

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)
DROIT-ECONOMIE-SCIENCES SOCIALES

THESE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)
Droit-Economie-Sciences sociales

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Nicolas COLLET-THIRY

le samedi 17 mars 2012

L'ENCADREMENT CONTRACTUEL DE LA SUBORDINATION

Directeur de thèse

Monsieur Bernard Teyssié

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président honoraire de l'Université

Membres du jury

Monsieur Jean-François Cesaro

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Arnaud Martinon

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Bernard Teyssié

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président honoraire de l'Université

Monsieur Pierre-Yves Verkindt

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)



L'université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – économie – sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.



Remerciements

Mes premiers remerciements vont à Monsieur le Professeur Teyssié, qui m'a fait l'honneur d'accepter de diriger ma thèse puis m'a apporté, tout au long de sa réalisation, son soutien permanent et ses conseils toujours précieux.

Ils vont également à Paul et Pierre Bouaziz, à Josianne et Chérifa, qui ont rendu la réalisation de ma thèse possible en m'accueillant au sein de leur cabinet dans le cadre d'une convention Cifre, et au contact desquels je pense avoir déjà beaucoup appris.

Mes remerciements vont aussi à tous ceux qui m'ont soutenu et encouragé au cours de ces trois ans :

Célia, qui a partagé avec moi toutes les péripéties d'un tel travail et m'a apporté une aide aussi précieuse que permanente.

Toute ma famille, et en particulier mes parents Catherine et Christian, mon frère Guillaume et ma belle-sœur Elodie, Nicole et Michèle, ainsi que mes beaux-parents Jacky et Annick, qui n'ont jamais cessé de s'intéresser à mon travail (« *Et ta thèse ?* »). Ils vont doublement à ma mère pour sa relecture minutieuse.

Mes amis Abdou, Carlos, Clément et Audrey, Jakob, dont le soutien est essentiel.

Mes amis Adélaïde, Aline, Emilie, Hadrien, Laure, Nadège, Nicolas, Pierre, Sandrine, que j'ai le plaisir de côtoyer depuis notre année de Master 2 et qui m'ont apporté leur aide, leurs observations et leurs critiques constructives.

Mes remerciements sont enfin destinés à tous les membres du laboratoire de droit social, et en particulier à Catherine Lebret qui en est le pilier unanimement reconnu.



Liste des principales abréviations

Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. A. P.	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. pén.	Code pénal
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CDD	Contrat de travail à durée déterminée
CDI	Contrat de travail à durée indéterminée
CE	Conseil d'Etat
Ch.	Chambre
Ch. mixte	Chambre mixte
Chron.	Chronique
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail



Circ.	Circulaire
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusion
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
CPH	Conseil de prud'hommes
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSBP	Cahiers sociaux du Barreau de Paris
D.	Recueil Dalloz
dir.	sous la direction de
Dr. Ouv.	Droit ouvrier
Dr. Soc.	Droit social
éd.	édition
IR	Informations rapides
JCP E	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) édition entreprise et affaires
JCP G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) édition générale
JCP S	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) édition sociale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Juris. soc.	Jurisprudence sociale
Obs.	Observations



p.	Page
PUF	Presses Universitaires de France
RDT	Revue Droit du travail
Réf.	référé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivant
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
SSL	Semaine sociale Lamy
suppl.	Supplément
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	Revue Travail et protection sociale
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
Vol.	volume



Sommaire

INTRODUCTION	8
PARTIE 1. L'INSTITUTION CONTRACTUELLE DE LA SUBORDINATION	25
TITRE 1. LA SOURCE DE LA SUBORDINATION	26
<i>CHAPITRE 1. LA SUBORDINATION, OBJET DE L'OBLIGATION DU SALARIE</i>	27
<i>CHAPITRE 2. LA SUBORDINATION, PREROGATIVE DE L'EMPLOYEUR</i>	40
TITRE 2. LA DETERMINATION DE LA SUBORDINATION	63
<i>CHAPITRE 1. IDENTIFICATION D'UNE SPHERE DE SUBORDINATION</i>	65
<i>CHAPITRE 2. MESURE DU POUVOIR EXERCE DANS LA SPHERE DE SUBORDINATION</i>	200
TITRE 3. LA CONTREPARTIE DE LA SUBORDINATION	303
<i>CHAPITRE 1. LE SALAIRE, UN ELEMENT NECESSAIREMENT CONTRACTUEL</i>	304
<i>CHAPITRE 2. LES ATTEINTES AU CARACTERE NECESSAIREMENT CONTRACTUEL DU SALAIRE</i>	325
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	349
PARTIE 2. L'EXCLUSION CONTRACTUELLE DE LA SUBORDINATION	356
TITRE 1. IDENTIFICATION DES POUVOIRS CONTRACTUELS D'INITIATIVE DU SALARIE	359
<i>CHAPITRE 1. LE POUVOIR DE SUSPENSION DE LA SUBORDINATION</i>	360
<i>CHAPITRE 2. LE POUVOIR DE RUPTURE DE LA SUBORDINATION</i>	378
TITRE 2. REGIME DES POUVOIRS CONTRACTUELS D'INITIATIVE DU SALARIE.....	404
<i>CHAPITRE 1. IDENTITE DES MANQUEMENTS PATRONAUX JUSTIFIANT LA REACTION DU SALARIE..</i>	405
<i>CHAPITRE 2. LE REJET DE LA SUBORDINATION PAR LE SALARIE</i>	448
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	455
CONCLUSION GENERALE	457



Introduction

1. Inégalité de la relation de travail. De tous les qualificatifs susceptibles de désigner la relation de travail salariée, celui d'« inégalitaire » est certainement le plus caractéristique. Le déséquilibre des rapports qu'entretiennent un employeur et un salarié a marqué la construction du droit du travail et continue à orienter son évolution. Il en est un élément fondateur¹.

Dans ce contexte, la question du rôle et du sens du contrat qui fonde depuis plus de deux siècles² la relation de travail s'est toujours posée. La figure du contrat, qui repose sur les principes d'égalité -juridique- des parties et de liberté contractuelle, s'est en effet révélée en décalage avec le déséquilibre fondamental de la relation établie entre employeur et salarié³. C'est le problème d'une « convention conclue entre deux personnes égales en droit même si en fait elles ne sont pas en situation d'égalité »⁴ qui est apparu. Le contrat est réputé exprimer la commune volonté des parties ; mais le peut-il vraiment compte tenu du déséquilibre existant entre elles ? Du point de vue du salarié, doit-il être considéré comme un instrument vide de sens, inutile puisque

¹ Cf. G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », Dr. Ouv. 1951, p. 1 (réédité Dr. Ouv. 2004, p. 52). Cf. également, du même auteur, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », Dr. Ouv. 2004, p. 49.

² Depuis la loi d'Allarde des 2-17 mars 1791 ayant aboli les corporations et consacré la liberté du travail, et la promulgation du Code civil en 1804, dont les articles 1779 et suivants encadrent la relation contractuelle de travail.

³ Cf. en ce sens P-Y. Verkindt, qui évoque « la contradiction entre le postulat de l'égalité juridique et abstraite des contractants et l'inégalité fondatrice de leurs situations respectives » (P-Y. Verkindt, « Le contrat de travail, modèle ou anti modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003) ; dans le même sens, J. Pélissier écrit que « toute la construction civiliste prend pour postulat une relation entre deux contractants égaux et libres » mais que « cette conception égalitaire est en contradiction flagrante avec ce qu'est le contrat de travail » (J. Pélissier, « Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. Soc. 1988, p. 387).

⁴ P. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p. 791.



traduisant la volonté exclusive de l'employeur, lui-même n'ayant que la liberté d'y « adhérer »⁵ sans pouvoir en discuter ni en modifier le contenu ? Pire encore, doit-il être tenu pour un outil d'exploitation, dont l'unique objet serait de légitimer et par là même de renforcer le pouvoir patronal⁶, tout en justifiant « l'extorsion de la plus-value »⁷ aux conditions fixées par le seul employeur de sorte qu'il serait possible de parler de « piège contractuel » ayant pour effet « d'entériner le principe de soumission »⁸ ? Ou bien, à l'inverse, le contrat peut-il, malgré l'inégalité de fait entre les parties, avoir une portée réelle, énoncer des droits et obligations réciproques reflétant la volonté du salarié comme celle de l'employeur, et en cela constituer le fondement librement consenti de la relation de travail ?

2. Une inégalité bicéphale. Apporter une réponse à cette question supposait d'opérer une distinction entre les deux formes de déséquilibre qui affectent la relation de travail. Ce déséquilibre est d'abord d'ordre économique et social et traduit une « capacité d'influence » de l'employeur envers le salarié : qui détient les moyens de production et propose l'emploi se trouve manifestement en position « de force » au regard de celui qui cherche un travail puis s'efforce de le conserver, pour orienter les termes de la relation de travail au plus près de ses intérêts exclusifs. Il est ensuite d'ordre juridique, le droit reconnaissant à l'employeur, à travers la notion de lien de subordination, la faculté d'exercer un pouvoir envers le salarié. Il est progressivement apparu qu'il était nécessaire d'encadrer ce double déséquilibre : l'influence de l'employeur devait être atténuée (I) ; son pouvoir devait être rationalisé (II). Le contrat de travail s'est révélé être en mesure de contribuer au second de ces objectifs.

⁵ Comme le résume Monsieur le Doyen Waquet, la question est de savoir « comment prendre au sérieux ce contrat passé le plus souvent entre deux personnes en situation d'égalité purement théorique ? » (P. Waquet, art. préc.). Dans le même sens, G. Borenfreund a pu évoquer « la nécessité d'arracher les rapports entre employeur et salariés au dogme de l'autonomie de la volonté, tant la fiction qui entoure la rencontre de deux volontés libres et égales apparaît ici criante » (G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. Ouv. 1997, p. 514).

⁶ Cf. X. Lagarde, qui vise « le contrat, initialement conçu comme l'instrument propre à légitimer le pouvoir patronal » (X. Lagarde, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », RTD. civ. 2002, p. 435)

⁷ A. Jeammaud, « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », Dr. Soc. 1978, p. 342 ; P. Moussy, « Un pas en avant, deux pas en arrière : à propos de l'effet boomerang du « renouveau » du contrat de travail », Dr. Ouv. 1999, p. 1.

⁸ P. Moussy, art. préc.



I. Atténuer l'influence

3. Notion de capacité d'influence. Indépendamment de ce que peuvent être les prévisions du droit positif, l'employeur détient de fait un pouvoir envers le salarié. Ce constat de l'existence d'un pouvoir patronal extra-juridique résulte d'abord d'une observation d'ordre chronologique ou historique : bien avant d'y être habilités par le droit, les « employeurs » ont exercé un pouvoir de décision et de contrainte envers les salariés. Sans autorisation juridique particulière, ils ont, de fait, formulé des directives et imposé des conditions d'emploi. Comme le souligne Monsieur le Professeur Dockès, « le fait du pouvoir est premier. Les employeurs n'ont pas attendu l'autorisation de la loi ou du contrat pour commander leurs salariés »⁹. Le constat d'un pouvoir extra-juridique de l'employeur est ensuite confirmé par la faculté que celui-ci peut manifester, une fois investi par le droit d'un certain pouvoir, à en excéder les limites en parvenant à exercer envers le salarié une contrainte accrue et à lui imposer l'exécution de directives qu'il n'a pourtant pas été habilité à formuler¹⁰.

Ce pouvoir a-juridique est l'expression d'une capacité d'influence de l'employeur¹¹, qui trouve sa source en dehors du droit et notamment du contrat, qui ne provient d'aucune norme mais de simples éléments de fait générateurs d'un déséquilibre économique et social : détention des moyens de production, domination économique, pénurie d'emploi, précarité de l'emploi, etc, qui placent le salarié en position d'infériorité¹² et le contraignent à se conformer aux exigences de l'employeur, bien qu'elles ne trouvent pas

⁹ E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203.

¹⁰ Par exemple en imposant l'exécution de tâches ne relevant pas de l'emploi pour lequel le salarié a été embauché, en imposant la réalisation d'heures supplémentaires non rémunérées, en empiétant sur la vie personnelle du salarié, etc, sans que celui-ci n'ose s'y opposer.

¹¹ E. Dockès évoque « l'influence prépondérante » de l'employeur (E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. Soc.* 2004, p. 620 ; *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Coll. Méthodes du Droit, 2005, p. 83).

¹² P-Y. Verkindt relève, tout en soulignant qu'elle n'est « pas spécifique au salariat », une situation d'« infériorité qui résulte de la contrainte économique, de l'ignorance ou de la vulnérabilité particulière » (« Le contrat de travail, modèle ou anti modèle du droit civil des contrats ? », art. préc.) ; Dans le même sens, P. Moussy et M-L Dufresne-Castets évoquent « l'indiscutable vulnérabilité sociale et économique » du demandeur d'emploi (« A propos du retour en force de la loyauté contractuelle (un flash back qui permet de remettre en cause l'autonomie du travailleur) », *Dr. Ouv.* 2006, p. 573).



de fondement juridique.

La capacité d'influence, qui n'est d'ailleurs pas propre aux relations de travail¹³, peut donc se définir comme l'aptitude d'un individu à contraindre plus ou moins étroitement les actions et le consentement d'un autre, sans titre ou droit particulier mais parce qu'il est, en raison de circonstances factuelles, en mesure de le faire¹⁴. C'est un « pouvoir factuel »¹⁵, ou « pouvoir – rapport social »¹⁶, une domination qui traduit l'application d'une forme de « loi du plus fort », dont la rigueur s'accroît à mesure que le déséquilibre se creuse¹⁷.

4. Insuffisance du contrat face à la capacité d'influence. Au stade de sa formation comme de son exécution, le contrat n'a jamais été en mesure d'éliminer ni même d'atténuer la capacité d'influence de l'employeur. Au stade de sa formation, la position dominante qui est en règle générale celle de l'employeur fait de lui l'auteur exclusif du contrat, apte à en définir seul le contenu en fonction de ses intérêts et à refuser toute modification que le salarié pourrait souhaiter¹⁸. Dans une large mesure, le pouvoir de fait de l'employeur écarte toute possibilité de négociation précontractuelle et réduit le contrat de travail au rang de contrat d'adhésion¹⁹. Au stade de son exécution, le contrat reste souvent fragile face à l'influence de l'employeur ; celle-ci lui permet de

¹³ La domination économique est source d'influence dans d'autres domaines des relations sociales, notamment en matière de consommation. La capacité d'influence peut également résulter de facteurs non économiques : détention de connaissances ou informations particulières, exercice d'une contrainte physique, etc.

¹⁴ Comp. la définition du « pouvoir – rapport social » que livre Monsieur A. Jeammaud : « relation asymétrique tenant à l'aptitude d'un acteur à influencer le comportement d'un ou plusieurs autres » (A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in *Le pouvoir de l'employeur*, dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008).

¹⁵ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Thèse, Coll. Bibliothèque de Droit privé, n°408, 2004, p. 14 ; dans le même sens, E. Dockès parle de « pouvoir de fait » (E. Dockès, préc.).

¹⁶ A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », art. préc.

¹⁷ Mais à l'inverse cette rigueur se restreindrait à mesure que le déséquilibre s'atténuerait : le propre de la capacité d'influence est de varier au gré de l'évolution des circonstances de fait dont elle résulte.

¹⁸ En ce sens, P. Moussy écrit qu'« il est évident que dans la majeure partie des cas les conditions du contrat sont imposées par celui qui embauche » (P. Moussy, « Un pas en avant, deux pas en arrière : à propos de l'effet boomerang du « renouveau » du contrat de travail », Dr. Ouv. 1999, p. 1).

¹⁹ Cf. P. Lokiec, Thèse, préc., p. 14 : « le pouvoir factuel (...) joue notamment un rôle central dans la formation du contrat en tant que pouvoir de négocier. Il explique la figure du contrat d'adhésion ».



transgresser les prévisions contractuelles (ses propres prévisions) sans que le salarié n'ose nécessairement réagir par crainte de perdre son emploi. Il est donc vain d'attendre du contrat qu'il garantisse le salarié contre les effets de la capacité d'influence de l'employeur.

5. Instrumentalisation du contrat. Tout au contraire, il est apparu que le contrat de travail pouvait même être instrumentalisé en vue d'accroître l'influence patronale. Très tôt, des employeurs ont compris le parti qu'ils pouvaient tirer de la technique contractuelle en termes de légitimation juridique de leur capacité d'influence. Stipuler dans ce contrat non négocié diverses obligations à la charge du salarié, autrement dit, lui faire d'emblée souscrire divers engagements, présentait l'intérêt certain de pouvoir ensuite opposer au salarié récalcitrant son propre consentement, réputé libre, et la force obligatoire du contrat pour justifier des décisions manifestement injustes. Le célèbre arrêt dit « des sabots » du 14 février 1866²⁰ est à cet égard emblématique des méfaits d'une application sans discernement de la « loi des parties » : parce qu'elle était prévue par un texte « de nature conventionnelle », l'amende de 10 francs (représentant deux semaines de salaire) infligée par l'employeur à une salariée qui avait contrevenu à l'interdiction du port de sabots dans l'atelier ne pouvait pas être modérée par le juge prud'homal au motif qu'elle était « d'une exagération évidente » et que l'employeur avait abusé de sa position dominante²¹. Le dogme de la liberté contractuelle est ici appliqué jusque dans ses conséquences les plus extrêmes.

Cette pratique patronale d'instrumentalisation du contrat persiste aujourd'hui, sous des formes à peines plus complexes. Les clauses dites de variation, par lesquelles le salarié est censé accepter par avance les modifications des dispositions contractuelles que pourrait souhaiter l'employeur en cours d'exécution du contrat²² et que la jurisprudence

²⁰ Cass. Civ. 14 février 1866, D 1866, I, p. 84.

²¹ Si le jugement du conseil de prud'hommes ne vise pas expressément l'abus, la notion fonde son raisonnement : « *Attendu que la loi doit protection à ceux que leur position d'esprit ou de fortune met à la merci des autres ; que dans l'espèce le fabricant est sans contradicteurs car il peut toujours trouver des ouvriers qui acceptent ses conditions (...); que l'amende fixée est d'une exagération évidente* ».

²² Sur la notion de clauses de variation et sur leur régime juridique, voir infra, n°298 et s.



n'a pas encore totalement éradiquées du paysage juridique²³, tout comme les nombreuses clauses génératrices de sujétions particulières pour le salarié mais dépourvues de contrepartie²⁴, permettent à l'employeur de « majorer [son] pouvoir de fait »²⁵ par l'effet d'une dénaturation du contrat²⁶.

Le constat est sans ambiguïté : face à l'influence patronale, le contrat ne peut être un instrument de défense des droits du salarié. Les correctifs au pouvoir de fait de l'employeur sont extra-contractuels.

6. Un premier correctif : l'action collective des salariés. Au niveau national comme à celui de l'entreprise, la capacité d'action collective des salariés constitue un premier correctif à l'influence de l'employeur.

Au niveau de l'entreprise, la revendication, l'action syndicale, la grève, sont autant de moyens d'action par lesquels la collectivité des salariés peut opposer sa volonté à celle de l'employeur en vue de tenter d'atténuer, voire d'équilibrer, le rapport de force. C'est une capacité de « contre – influence » qui peut être mise en œuvre face à l'employeur²⁷ dans le but de faire obstacle à certaines de ses décisions ou d'obtenir des améliorations des conditions de travail et du statut collectif²⁸. Une organisation efficace peut rendre aux salariés, à titre collectif, une certaine capacité de résistance à l'influence patronale

²³ Lorsqu'elle porte sur le lieu de travail, la clause de variation est tolérée malgré son illicéité manifeste : voir infra, n°213 et s.

²⁴ La clause de non concurrence, la clause prévoyant un travail à domicile, sont obligatoirement assorties d'une contrepartie financière parce que la jurisprudence l'exige. Ce n'est pas le cas des nombreuses autres clauses de sujétion qui figurent dans les contrats de travail : clause d'exclusivité, de discrétion, obligations d'information...

²⁵ A. Jeammaud, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 306.

²⁶ En ce sens J-M. Béraud analyse la pratique consistant à « conférer à toutes sortes de sujétions une légitimité fondée sur l'accord des parties » comme une « subornation » du contrat (J-M. Béraud, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », Dr. Ouv. 1997, p. 529).

²⁷ Cf. M-A. Souriac, qui évoque la « capacité d'influence des salariés », tirée notamment du droit de grève et de son articulation avec le droit à la négociation collective (M-A. Souriac, « Pouvoir et convention collective », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, dir. J. Pelissier, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2002).

²⁸ Cf. J. Frossard, qui qualifie la grève de mode d' « action unilatérale » permettant une « mise en cause du pouvoir de gestion » de l'employeur (J. Frossard, « Les recours à l'action unilatérale », Dr. Soc. 1987, p. 496).



qu'individuellement ils ne sont pas en mesure d'exercer et que le contrat de travail ne peut leur garantir.

Au plan national, les mêmes mécanismes permettent aux salariés d'œuvrer pour une amélioration de leur condition face aux intérêts du patronat. Les grands mouvements ouvriers des 19^e et 20^e siècles ont abouti à des conquêtes majeures²⁹, et plus généralement à l'élaboration du droit du travail dans son ensemble. C'est ce qu'a rappelé Gérard Lyon-Caen en écrivant, dans le cadre de ses travaux sur « les fondements historiques » du droit du travail, que celui-ci « s'est développé au fur et à mesure que la classe ouvrière s'organisait et que ses moyens de lutte se perfectionnaient (...). Il est un droit né de la pression des travailleurs sur le Parlement, le gouvernement ou la patronat, un droit conquis et non octroyé »³⁰. L'histoire du droit du travail est celle de l'évolution d'un rapport de force, d'une lutte constante entre deux influences opposées³¹. Les progrès accomplis témoignent de l'efficacité de l'action collective des salariés pour compenser le déséquilibre de fait de la relation individuelle de travail.

7. Un second correctif : une législation spéciale de protection. Précisément, la création d'un droit du travail constitue un second correctif à la capacité d'influence de l'employeur. Celle-ci a progressivement été encadrée par une législation spéciale destinée à en éliminer les manifestations les plus extrêmes et à protéger le salarié contre les abus auxquels sa situation de faiblesse l'expose.

La technique de l'institution de règles d'ordre public est un moyen efficace d'atténuer les effets de l'influence de l'employeur. En imposant aux contractants le respect de règles impératives (salaire minimum, durée légale du travail, repos et congés obligatoires,

²⁹ Parmi les plus importantes de ces conquêtes peuvent être citées les réformes de 1936 (institution des congés payés, limitation de la durée du travail, promotion de la négociation collective...) et, avant elles, la suppression du délit de coalition en 1864 et la consécration de la liberté syndicale en 1884, l'interdiction du travail des enfants en 1841... Pour une liste plus complète des « lois du travail », Cf. l'inventaire dressé par l'Histoire, n°368, Octobre 2011, p. 84, in « Le travail, de la bible aux 35 heures ».

³⁰ Cf. G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », Dr. Ouv. 1951, p. 1 (réédité Dr. Ouv. 2004, p. 52).

³¹ Cf. B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, Manuel, 4^e édition, 2010, p. 1 : « Le droit social (...) traduit une certaine conception de l'homme au travail en même temps qu'un rapport de force, celui établi entre les salariés ou leurs organisations et les employeurs ou groupements d'employeurs ».



règlementation de la rupture du contrat...), la loi encadre la liberté contractuelle, l'adapte pour tenir compte de la réalité du rapport de travail et pallier l'absence de négociation véritable du contrat de travail³². Elle impose un « respect minimum » des intérêts du salarié, une base à laquelle il n'est pas concevable que celui-ci puisse valablement renoncer. En ce sens, loin de l'exclure ou de la méconnaître, la loi garantit l'intégrité de la liberté contractuelle en empêchant l'employeur de la corrompre par l'effet de sa capacité d'influence. Comme l'ont parfaitement résumé Messieurs les Professeurs Pélissier, Jeammaud et Supiot, les règles de droit du travail qui « s'attachent à réduire ou contrebalancer le "pouvoir de fait" (...) "civilisent" une domination inhérente à notre système économique »³³.

Cette fonction protectrice du salarié que revêt le droit du travail explique l'aura de droit « progressiste » qui lui a été reconnue, celle d'un « droit ouvrier », dérogoratoire au droit civil quant à lui « droit bourgeois » par essence « conservateur »³⁴. L'opposition, qui n'est pas dénuée de pertinence, a toutefois été discutée au regard des fonctions réelles qui seraient celles du droit du travail³⁵, et est aujourd'hui plus nuancée compte tenu des

³² Cf. J. Pélissier : « La plupart des lois du travail ont été votées pour tenir compte de cette situation d'inégalité et pour protéger le salarié contre les accords qu'il pourrait donner lors de la conclusion du contrat de travail, au cours de son exécution ou même à l'issue de celui-ci » (J. Pélissier, « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. Soc.* 1988, p. 387) ; Cf. également M. Morand, qui note que « le contrat de travail s'est avéré impuissant à protéger réellement le salarié, nécessitant l'interventionnisme législatif » (M. Morand, « Apprécier plus exactement et réformer la relation entre le contrat et l'accord collectif », in « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », *Controverse*, dir A. Jeammaud, *RDT* 2007, p. 144).

³³ J. Pélissier, A. Jeammaud, A. Supiot, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 24^e éd., 2008, p. 727 (Ouvrage réédité : J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, 26^e éd., 2011).

³⁴ Cf. Pour une présentation de cette opposition, A. Jeammaud, in *Le Droit Capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, Coll. Critique du droit, 1980.

³⁵ Il a été souligné que le droit du travail, s'il protège effectivement le salarié, concourt également à la paix sociale et à la pérennité du système capitaliste. Pour B. Edelman, « il n'y a pas de "droit du travail", il y a du droit bourgeois qui s'ajuste au travail » et le « droit ouvrier [est] du droit bourgeois pour l'ouvrier » (B. Edelman, *La Légalisation de la classe ouvrière*, Ed. Bourgeois, 1978). J. Pélissier, A. Jeammaud et A. Supiot rappellent que le droit du travail peut être vu comme « un droit adéquat au capitalisme », qui « protégerait réellement les travailleurs des excès tout en organisant et en légitimant leur exploitation par le capital », de sorte qu'il participerait à une « médiation des rapports capital – travail, à leur reproduction et à la sauvegarde du mode de production dominant » (J. Pélissier, A. Jeammaud, A. Supiot, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 24^e éd., 2008, p. 42-43). Comme l'avait résumé G. Lyon-Caen, « les lois ouvrières, si importantes soient-elles pour l'amélioration de la condition ouvrière, ne sont que des limites apportées aux principes du régime économique existant », ce dont l'auteur concluait qu'elles « sont du lest jeté par un régime qui tente de survivre le plus longtemps possible » (G. Lyon-Caen, art. préc.). Le constat est également celui d'historiens : Monsieur le Professeur Minard a ainsi souligné que tout au long du XIX^e



vertus qui ont été redécouvertes au droit civil en termes de protection du salarié³⁶.

8. Quasi universalité des correctifs. L'impuissance du contrat individuel de travail face à l'influence patronale, ainsi que le recours à l'action syndicale et à une législation spéciale de protection pour y remédier, ne sont pas des particularités de notre droit positif. Au contraire, ces correctifs au déséquilibre de la relation de travail se caractérisent par leur quasi-universalité.

Tous les Etats ou presque ont adopté des règles destinées à assurer une certaine protection du salarié face à l'employeur. Dans son principe, la protection légale du salarié est une constante. L'adoption d'une législation spéciale est une technique de rationalisation des rapports de travail largement partagée³⁷. C'est sur le plan du contenu des dispositions légales et du degré d'encadrement de l'influence patronale que ce contenu manifeste que se situent les différences entre les pays³⁸. Les particularismes étatiques s'expriment à travers le niveau de protection accordé au salarié, qui relève de choix, d'orientations politiques et idéologiques³⁹.

Mais les distorsions dans le degré de protection reconnu au salarié ne font pas obstacle

siècle, « la contradiction entre les objectifs à court et à long terme mine le mouvement ouvrier. D'un côté, on veut croire à la libération future du travail. Les théoriciens socialistes comme Proudhon et Louis Blanc pensent que seule une nouvelle organisation de la société, l'association, permettra d'atteindre ce but. De l'autre côté, dans les luttes quotidiennes, c'est le salaire, les conditions de travail que l'on tente d'améliorer, sans en remettre en cause le principe, alors même que la dénonciation de l'aliénation salariale est au cœur de la critique socialiste du capitalisme : l'objectif du travail réconcilié avec son essence est perdu de vue (...). En tentant de rendre le rapport salarial plus supportable, on continue certes à rêver l'essence idéale du travail, mais, dans la pratique, on tâche principalement d'atténuer sa sombre réalité. De fait, la libération du travail semble remise au magasin des utopies » (P. Minard, « Marx ou la gloire du travailleur », in « Le travail, de la bible aux 35 heures », *l'Histoire*, n°368, Octobre 2011, p.74).

³⁶ Voir infra, n°13.

³⁷ 183 Etats ont adhéré à l'Organisation Internationale du Travail dont l'un des « objectifs stratégiques » est de « promouvoir et mettre en œuvre les principes et les droits fondamentaux au travail », selon le site internet de l'OIT (www.ilo.org).

³⁸ Par exemple, en termes de durée des congés payés annuels (Dans les Etats-membres de l'Union européenne la durée des congés payés annuels prévus par la loi varie de 20 à 25 jours), en termes de durée hebdomadaire légale du travail (40 heures en Grèce, en Pologne, au Gabon, au Sénégal ; 38 heures en Italie, en Belgique, 37 aux Pays-Bas)...

³⁹ En ce sens, B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, Manuel, 4^e édition, 2010, p. 1 : « Le droit social est d'abord un droit national. Il est l'écho d'un certain mode d'organisation de la société. Il exprime le degré de protection que celle-ci entend accorder au salarié dans ses rapports avec l'employeur ».



à l'existence de quelques règles communes. Au niveau supra-national également, la technique de l'élaboration d'une réglementation spéciale de protection est pratiquée. Tant le droit de l'union européenne que le droit international instituent un socle de protection minimum du salarié, dans une large mesure sur les mêmes thèmes : temps de travail et de repos⁴⁰, congés payés⁴¹, sécurité des travailleurs⁴², interdiction du travail des enfants⁴³, protection de la maternité notamment par la création d'un congé de maternité⁴⁴, principe de limitation du recours au contrat de travail à durée déterminée⁴⁵... Sans aboutir à harmoniser le droit des Etats membres ou des Etats parties, ces textes tendent à instaurer un tronc commun de protection du salarié face à l'influence patronale.

De même, l'action collective des salariés se manifeste, à des degrés divers, dans tous les pays, indépendamment du droit (en tant que fait), ou avec l'approbation du droit qui garantit la liberté syndicale et le droit de grève⁴⁶. Ces protections de l'action collective

⁴⁰ S'agissant du droit de l'Union européenne, la directive n°2003/88/CE du 4 novembre 2003 institue un repos quotidien de 11 heures par période de 24 heures, un repos hebdomadaire de 24 heures par période de sept jours, fixe la durée hebdomadaire maximum de travail à 48 heures... S'agissant du droit international, la convention OIT n°14 du 17 novembre 1921 et la convention OIT n°106 du 26 juin 1957 instituent également pour les Etats signataires l'obligation d'instituer un repos hebdomadaire de 24 heures par période de sept jours ; la convention n°47 du 22 juin 1935 et la recommandation du 26 juin 1962 invitent les Etats à fixer la durée légale du travail à 40 heures maximum.

⁴¹ La directive du 4 novembre 2003 établit à 4 semaines par an la durée minimale du droit à congés payés que les Etats membres doivent reconnaître aux salariés ; la convention OIT n°132 du 24 juin 1970 fixe cette durée à trois semaines par an.

⁴² Directive n°89/391/CEE du 12 juin 1989 ; Convention OIT n°155 du 22 juin 1981 et n°187 du 15 juin 2006.

⁴³ Tant le droit de l'Union européenne (directive n°94/33/CE du 22 juin 1994) que le droit international (convention OIT n°138 du 26 juin 1973) posent une interdiction du travail des enfants de moins de quinze ans ou n'ayant pas atteint l'âge de la fin de l'obligation scolaire lorsque celui-ci est supérieur à quinze ans.

⁴⁴ D'une durée minimale fixée à 14 semaines, tant par le droit communautaire (directive n°92/85/CEE du 19 octobre 1992) que par le droit international (convention OIT n°183 du 15 juin 2000).

⁴⁵ Directive n°99/70/CE du 28 juin 1999 (reprenant l'accord cadre du 18 mars 1999), convention OIT n°158 du 22 juin 1982.

⁴⁶ La reconnaissance de la liberté syndicale et du droit de grève se retrouve dans le droit de la quasi-totalité des Etats, dans toutes les régions du monde (à quelques exception notables : ainsi l'Arabie Saoudite ne reconnaît ni la liberté syndicale, ni le droit de grève ; la Chine ne reconnaît plus, depuis 1982, le droit de grève des travailleurs ; en Birmanie, liberté syndicale et droit de grève ne sont reconnus que depuis octobre 2011), avec cependant des degrés d'encadrement variables, tenant, par exemple, à l'obligation de respecter un préavis avant le déclenchement de la grève (Angleterre, Suède, Sénégal, Algérie, Congo, Japon, Inde, Liban...), à l'exigence d'approbation du mouvement par un vote des salariés (Angleterre, Algérie, Bahamas, Australie...), à l'exigence d'autorisation du mouvement par le



des salariés se retrouvent d'ailleurs tant au niveau européen, qu'il s'agisse du Conseil de l'Europe⁴⁷ ou de l'Union européenne⁴⁸, qu'international⁴⁹.

9. Face à la « capacité d'influence » de l'employeur née du déséquilibre économique et social, le contrat s'est montré impuissant ; il n'a jamais été en mesure d'éliminer l'inégalité qui existe de fait entre les parties, que seules l'action collective des salariés et la loi ont su atténuer. C'est cette faiblesse qui explique que le contrat a longtemps été marginalisé et déprécié par le droit du travail⁵⁰. Néanmoins, et ainsi qu'il est apparu à partir de la fin des années 1980⁵¹ où son « renouveau »⁵² a été constaté, en particulier à travers la prohibition de sa modification unilatérale et la prise de conscience de ce qu'il était le véritable fondement du rapport de travail, le contrat a fini par se révéler un puissant outil de cantonnement du pouvoir juridique de l'employeur⁵³.

II. Rationaliser le pouvoir

10. Attribution à l'employeur d'un pouvoir juridique. Indépendamment de son pouvoir factuel, l'employeur est investi par le système juridique d'un pouvoir envers le

gouvernement (Pérou, Kenya, Jordanie...), ou encore à l'obligation de respecter une procédure d'arbitrage suspendant le mouvement (Yémen, Jordanie, Gabon...).

⁴⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (article 11).

⁴⁸ Traité de Maastricht, 7 février 1992 (article F) ; Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne du 8 décembre 2000 (article 12).

⁴⁹ Convention OIT n°87 du 9 juillet 1948 relative à la liberté syndicale, ratifiée par 150 Etats ; Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 (article 23) ; Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (article 22), Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (article 8).

⁵⁰ Notamment dans les écrits de G. Scelles (*Le Droit Ouvrier*, 2^e ed. Paris, 1929), puis de P. Durand (« Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail », JCP G 1944, I, 387).

⁵¹ Mais cette nouvelle orientation du droit du travail avait été anticipée : G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », Archives Philosophiques du Droit 1968, T. 13, p. 59.

⁵² L'expression est de P. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p. 791, puis « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383. Dans le second de ces articles, l'auteur relève que « le contrat n'a jamais occupé une place aussi importante dans le droit du travail qu'en cette fin du 20^e Siècle ».

⁵³ E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203 ; A. Jeammaud, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 306.



salarié. Ce pouvoir juridique ne se confond pas avec le pouvoir factuel, les deux notions coexistent⁵⁴ ; à côté de sa capacité d'influence qui ne résulte d'aucune norme, l'employeur détient un pouvoir fondé et reconnu par le droit, désormais identifié comme celui de « *donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »⁵⁵. Il est procédé à l'habilitation juridique de l'employeur à la prise de décisions contraignantes⁵⁶ : l'employeur est *autorisé* à diriger l'activité du salarié.

11. Source contractuelle du pouvoir juridique de l'employeur. Plus précisément, dans notre système juridique et économique⁵⁷ c'est le contrat de travail qui est la source juridique du pouvoir de l'employeur. On sait en effet que ce contrat génère un lien de subordination⁵⁸ entre les parties, et que l'apparition du lien de subordination est

⁵⁴ Cf. en ce sens P-Y. Verkindt, qui note que « l'infériorité n'est pas encore la subordination. Dans le contrat de travail, à l'infériorité initiale, vient s'adjoindre une subordination juridique qui est le résultat du contrat » (P-Y. Verkindt, « Le contrat de travail, modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », art. préc.). Dans le même sens, E. Dockès écrit que « le pouvoir de formuler des ordres ayant valeur juridique, c'est-à-dire de créer des obligations, ne doit pas être confondu avec l'influence sur ses salariés que l'employeur détient dans les faits » (E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203 et s.) ;

⁵⁵ Cass. Soc. 13 novembre 1996, n°94-13187, Bull. Civ. V, n°386 ; GADT 4^e e, 2008. Cf. par la suite : Cass. Soc. 23 avril 1997, n°94-40909, Bull. Civ. V, n°142 ; Dr. Soc. 1997, p. 643, note J. Savatier ; Cass. Soc. 10 décembre 2002, n°00-43607 ; Cass. Soc. 1^{er} juillet 1997, n°94-43998, Bull. Civ. V, n°242 ; Cass. Soc. 4 décembre 1997, n°96-16442, Bull. Civ. V, n°419 ; Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-43031 ; Cass. Soc. 5 mai 2010, n°08-45323 ; Cass. Soc. 19 mai 2010, n°09-42633 ; Cass. Soc. 8 juin 2010, n°08-44965.

⁵⁶ Cf. A. Jeammaud, qui définit le pouvoir de l'employeur comme « une habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux (créateurs de normes), prendre des décisions, adresser des ordres, accomplir des actes matériels qui, en droit, s'imposent à d'autres personnes dont ils peuvent affecter, réduire, compromettre, les droits et les intérêts » (A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in *Le pouvoir de l'employeur*, Sem. Soc. Lamy, suppl. n°1340 du 11 février 2008) ; Cf. également E. Dockès, qui définit le « pouvoir juridique » comme « une faculté juridiquement reconnue de produire des actes juridiques » (E. Dockès, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, Coll. Méthodes du Droit, 2005, p. 93).

⁵⁷ La norme fondatrice du pouvoir de « l'employeur » est dépendante du système économique et juridique en vigueur. Il n'existe pas de norme universellement fondatrice du pouvoir exercé par le bénéficiaire d'une forme de « travail pour autrui ».

⁵⁸ Ce rapport de cause à effet doit toutefois être rappelé car l'importance du contentieux de la requalification en contrat de travail des conventions autrement qualifiées par les parties pourrait tendre à l'occulter. Dans le cadre de ces litiges il revient en effet au juge de rechercher à partir de l'exécution concrète de la convention, si dans les faits un lien de subordination existe, et dans l'affirmative d'en tirer comme conséquence l'existence d'un contrat de travail. Il ne doit pas en être déduit que la subordination préexisterait au contrat de travail, que c'est elle qui ferait le contrat de travail ; au contraire, le constat de son existence révèle celle d'un contrat de travail qui l'a institué (Cf. notamment, parmi une jurisprudence abondante : Cass. Soc. 8 juin 2010, n°08-44965, approuvant une Cour d'appel d'avoir requalifié en contrat de travail la convention liant la Société hôtelière B&B aux « gérants » de l'un de ses établissements après



consubstantielle à la conclusion du contrat de travail : d'une part, il n'est pas de contrat de travail qui ne génère de lien de subordination⁵⁹ (le consentement à la conclusion du contrat implique toujours consentement à l'institution du lien de subordination), d'autre part, il n'est pas de lien de subordination hors du contrat de travail. Sans un tel contrat, nul n'est subordonné à autrui, y compris à un contractant quelconque ; chacun est (en droit) libre et autonome, et les relations entre les individus sont articulées autour du principe d'égalité, radicalement incompatible avec toute idée d'obligation d'obéissance des uns envers les autres. La restriction de liberté qu'implique la subordination ne peut provenir que du contrat de travail, de l'échange des consentements par lequel les parties acceptent de *s'obliger* réciproquement⁶⁰.

avoir constaté que ceux-ci « travaillaient sous l'autorité et le contrôle direct de la société B & B, qu'ils devaient impérativement respecter les normes et standards de la chaîne, qu'ils ne disposaient d'aucune liberté en matière de fixation des prix et de choix des clients, de procédure d'accueil, de promotion, de publicité et de tenue de la comptabilité, qu'ils devaient suivre les directives de la société B & B qui en contrôlait la bonne exécution en pratiquant des inspections suivies de remontrances et en menaçant de représailles ceux qui ne respecteraient pas ces instructions, et de résiliation du contrat ceux qui voudraient être indépendants ». Cass. Soc. 21 janvier 2009, n°07-18276, pour une situation similaire s'agissant d'une autre société hôtelière ; Cass. Soc. 3 juin 2009, n°08-40981, Bull. Civ. V, n°141, approuvant une Cour d'appel d'avoir requalifié en contrat de travail la relation entre TF1 et les participants de l'émission « l'île de la tentation », compte tenu des directives strictes édictées par la Société ; Cass. Soc. 10 décembre 2008, n°07-43117, approuvant une Cour d'Appel d'avoir requalifié en contrat de travail le contrat de « mandat de négociateur immobilier libre » conclu entre les parties, après avoir constaté que la société dirigeait tous les aspects de l'activité de la demanderesse ; Cass. Soc. 22 septembre 2010, n°09-41495, RJS 2010, n°895, s'agissant d'un « correspondant » réalisant des reportages télévisés ; Cass. Soc. 30 juin 2010, n°09-42116, RJS 2010, n°897, s'agissant d'une aide ménagère dont les conditions de travail étaient organisées par une association de services à la personne ; Cass. Soc. 28 avril 2011, n°10-15573, JCP S 2011, 1362, note C. Puigelier, s'agissant d'un joueur de rugby).

⁵⁹ L'absence de subordination fait échec à la qualification de contrat de travail. Voir récemment : Cass. Soc. 24 mars 2010, n°08-44493, s'agissant d'une société « privée de tout pouvoir de décision » sur un salarié d'une entreprise tierce mis à sa disposition ; Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-43031, s'agissant d'un médecin fixant librement ses « tableaux de permanence (...) sans droit de regard de la clinique » ; Cass. Soc. 12 janvier 2010, n°07-45210, s'agissant d'un arbitre de football disposant d'une « totale indépendance dans l'exercice de [sa] mission », et ne se pliant qu'à des obligations « inhérentes à l'organisation des matchs » ; Cass. Soc. 16 septembre 2009, n°07-45034, s'agissant d'infirmières liées à une société par un contrat de collaboration libérale, dans des conditions marquées par « l'absence de manifestation d'un pouvoir de contrôle et de direction » ;

⁶⁰ Cf. P. Waquet, « Libertés et contrat de travail », RJS 2009, p. 347, qui rappelle que « c'est [le contrat de travail] qui établit entre l'employeur et le salarié un lien de subordination ». Dans le même sens, J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, notent que « le lien de subordination [est] engendré par le contrat » et que « le rapport de travail ou d'emploi est une relation d'inégalité juridique que, dans un régime d'égalité civile, seul un contrat librement conclu peut créer » (J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 26^e édition, 2011). M-C. Escande-Varniol écrit que « le lien de subordination n'est qu'un effet du contrat de travail » (M-C. Escande-Varniol, (« La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », RJS 2000, p. 260) ; J-Y. Frouin rappelle que « la subordination du salarié à l'employeur naît du contrat de travail et se manifeste dans l'exécution de ce contrat » (J-Y. Frouin, (« Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP S 2010, 1087, p. 22).



Or, c'est en vertu de ce lien de subordination né du contrat que l'employeur est investi d'un pouvoir envers le salarié ; nous verrons que le rapport de subordination est intrinsèquement un rapport de pouvoir, et que faire le constat de la source contractuelle du lien de subordination, c'est déjà faire celui du fondement contractuel du pouvoir de l'employeur⁶¹.

12. Mesure de la subordination – limitation du pouvoir. C'est dire que le contrat de travail est à même d'encadrer juridiquement le rapport de pouvoir et de garantir les droits du salarié. En tant que source de la subordination, le contrat en façonne l'ampleur. L'accord de volontés des parties définit l'étendue de la subordination qu'il institue, c'est-à-dire du pouvoir qu'il attribue à l'employeur et, symétriquement, de l'obligation d'obéissance qu'il impose au salarié.

Encore faut-il, pour prendre l'exacte mesure de la subordination convenue, procéder à une analyse exhaustive de l'accord de volontés des parties, c'est-à-dire à une analyse qui tienne compte, non seulement de leur volonté exprimée, mais également de leur volonté implicite. Car, si le contenu exprès du contrat est généralement favorable à l'employeur⁶², en revanche, son contenu implicite, objectif, exprime principalement les attentes du salarié⁶³ et tend à restaurer l'équilibre contractuel, donc à réhabiliter le contrat de travail en tant que véritable contrat.

La démarche est naturelle ; il s'agit simplement d'admettre que le salarié n'a pas pu accepter « tout et n'importe quoi », autrement dit qu'il n'a pas pu consentir à une subordination illimitée ni à une absence totale de prise en compte de ses intérêts⁶⁴, et que l'écrit qui prétendrait le contraire ne refléterait pas la réalité de l'accord contractuel. Elle est d'ailleurs soutenue par plusieurs règles majeures de droit commun, au premier

⁶¹ Voir infra, n°34 et s.

⁶² Cf. supra, n°4 et 5.

⁶³ Mais pas exclusivement : ainsi l'obligation implicite de loyauté est réciproque

⁶⁴ Cf. En ce sens G. Lyon-Caen, qui souligne que le consentement du salarié à la conclusion du contrat « n'est pas fictif. Il faut seulement que la jurisprudence sache parfois dire que le salarié n'a pas pu -ou voulu- consentir à certaines dispositions prises par l'employeur » (G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », Archives de philosophiques du droit 1968, T. 13, p. 59).



rang desquelles l'exigence de détermination de l'objet des obligations issue de l'article 1129 du Code civil, qui exclut une définition trop imprécise du rapport d'emploi qu'il reviendrait à l'employeur de modeler dans l'exercice de son pouvoir, et, évolution historique notable⁶⁵, le principe de force obligatoire des contrats inscrit à l'article 1134 du même code.

Dans ces conditions, le contrat apparaît comme un instrument capable de limiter, contrôler la subordination ; il permet de garantir les droits du salarié et de cerner ce que l'employeur est juridiquement *autorisé* à imposer, indépendamment de ce que, en fait, il est *en mesure* d'imposer.

13. Plus précisément, nous constaterons que le contrat encadre la subordination de plusieurs manières.

D'abord, il en restreint le domaine. La subordination n'existe que dans une certaine sphère dont les contours sont tracés par le contrat⁶⁶, et en dehors de laquelle le salarié échappe à l'autorité de l'employeur. La délimitation de la sphère de subordination s'impose sur le fondement de la règle de détermination de l'objet des obligations, et le mouvement jurisprudentiel d'identification d'un « socle contractuel »⁶⁷ a contribué à rendre ses frontières effectives.

Ensuite, le contrat précise le contenu du pouvoir de l'employeur ; l'analyse de la volonté implicite des parties permet d'identifier les prérogatives concédées⁶⁸ et les limites d'exercice dont elles sont assorties⁶⁹, au regard de la finalité du pouvoir contractuel, mais également des droits opposables du salarié, au premier rang desquels, le droit à la protection de la santé. C'est ainsi le degré de contrainte que représente la subordination pour le salarié qui est défini.

⁶⁵ Voir supra, n°5.

⁶⁶ Voir infra, n°61 et s.

⁶⁷ P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383

⁶⁸ Voir infra, n°223 et s.

⁶⁹ Voir infra, n°291 et s.



Par ailleurs, le contrat impose sa supériorité sur le pouvoir⁷⁰. Le second n'est qu'un effet du premier et ne saurait en mettre en cause les termes. Les prévisions du contrat, expresses ou implicites, sont intangibles. Elles ne cèdent ni face à la décision unilatérale de l'employeur⁷¹, ni face à la convention collective⁷², de sorte qu'est assurée, au moins juridiquement, la protection des droits acquis du salarié et de la liberté contractuelle⁷³.

Enfin, nous verrons que le salarié tire du contrat des moyens d'action unilatérale, des pouvoirs d'initiative en cas de méconnaissance de ses droits par l'employeur ou d'usage défaillant ou excessif du pouvoir. Le rôle du contrat n'est pas limité à l'institution de la subordination. Il prévoit également les moyens de l'exclure en cas de faute de l'employeur. Le salarié est en mesure de sanctionner l'employeur et de rejeter une subordination qui excéderait les termes de l'accord contractuel.

14. Le contrat apparaît ainsi comme un instrument précieux pour la défense des droits du salarié. La technique contractuelle de droit commun s'avère une voie pertinente d'encadrement des rapports juridiques entre employeur et salarié, et le contrat s'affirme comme la figure « centrale » du droit du travail⁷⁴. Le renversement de perspective est

⁷⁰ E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203 ;

⁷¹ C'est l'apport des célèbres arrêts Raquin (Cass. Soc 8 octobre 1987, n°84-41902, Bull civ V, n°541 ; Sem. Soc. Lamy, 1987, p. 591, note B. Boubli ; Dr. Soc. 1988, p. 140, obs. J. Savatier ; GADT 4^e ed, 2008, J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès) et Le Berre (Cass. Soc 10 juillet 1996, Bull civ V, n°278 ; Dr. Soc. 1996, p. 976, note H. Blaise ; RJS 1996, n°900 ; GADT 4^e ed, 2008, J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès), et de l'abondante jurisprudence postérieure, qui a confirmé de manière constante que l'employeur ne peut en aucun cas modifier unilatéralement le contrat de travail (Cf notamment Cass. Soc. 7 juillet 1998, n°95-45209, Bull. Civ. V, n°362 ; Cass. Soc. 1^{er} février 2000, n°98-40738 ; Cass. Soc. 26 juin 2001, n°99-42489 Bull. Civ. V, n°229 ; Cass. Soc. 16 septembre 2009 n°08-41057).

⁷² Il est de principe qu'« un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié » (Cass. Soc. 13 novembre 2001 n°99-42978, Bull. Civ. V, n°340 ; RJS 2001, n°1111 ; Cass. Soc. 25 février 2003 n°01-40588, Bull. Civ. V, n°64 ; RJS 2003, n°567). La règle est pleinement justifiée ; la convention collective est un instrument pertinent pour établir des droits nouveaux des salariés (voir supra, n°6), mais son rôle n'est pas, au contraire, de réduire les droits du salarié et d'accroître le pouvoir patronal. Si le rôle de la convention collective est dénaturé, il revient au contrat de travail de lui faire obstacle.

⁷³ Comme le note Monsieur le Professeur Mazeaud, « la liberté contractuelle, c'est aussi le droit au respect du contrat. Il est vain d'invoquer l'intérêt de l'entreprise pour imposer sa modification » (A. Mazeaud, « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », Dr. Soc. 2004, p. 77).

⁷⁴ A. Jeammaud, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », in *estudios juridicos en homenaje al Doctor Nestor de Buen Lozano*, 2003 ; cf. également du même auteur, « Les polyvalences du contrat de travail », in études offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 299 ; dans le même sens, A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », Dr. Soc. 1988, p. 540 (l'auteur évoque la « nouvelle vitalité » du



remarquable. Comme le note Monsieur le professeur Lagarde, « le contrat, initialement conçu comme l'instrument propre à légitimer le pouvoir patronal, devient (...) l'outil idéal en vue de le limiter »⁷⁵. Grâce à « l'analyse contractuelle [qui] fournit, à travers la possible invocation de principes civilistes comme la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle, un moyen de résistance au salarié »⁷⁶, le contrat apparaît finalement « moins comme un instrument d'exploitation que de protection »⁷⁷ du salarié. Son rôle est essentiel : il institue la subordination (partie 1) et le cas échéant l'exclut (partie 2).

15. Il n'y a d'ailleurs pas de contradiction dans la place réservée aux techniques contractuelles (au droit civil) dans le cadre de la relation de travail. Le droit civil est écarté par des règles impératives de droit du travail lorsqu'il est nécessaire de compenser le déséquilibre de fait qui existe entre les parties⁷⁸, mais il est appliqué aux aspects réellement contractuels des rapports entre employeur et salarié puisque, dans ces situations, rien ne justifie son éviction. Il n'est donc pas possible de parler d'instrumentalisation du droit civil dans un but de protection du salarié ; c'est en réalité une application distributive qui est faite du droit commun.

contrat de travail) ; C. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. Soc.* 2001, p. 802 (l'auteur relève que « le contrat a magnifiquement résisté à l'épreuve du temps »).

⁷⁵ X. Lagarde, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD civ.* 2002, p. 435.

⁷⁶ A. Jeammaud, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », « in *estudios juridicos en homenaje* », al Doctor Nestor de Buen Lozano, 2003.

⁷⁷ G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », art. préc. Cf. dans le même sens, G. Couturier : « On peut, parfois, faire crédit aux techniques contractuelles de droit commun pour promouvoir une meilleure protection des salariés, plus de justice dans les relations (même individuelles) de travail » (G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », *D* 1975, p. 151 (1^{ère} partie) et p. 221 (2^e partie).

⁷⁸ *Supra*, n°3



Partie 1. L'institution contractuelle de la subordination

16. Si le contrat est un instrument capable d'encadrer la subordination, c'est avant tout parce qu'il l'institue. Il instaure la subordination dans son principe même, autrement dit, il en est la source (Titre 1) ; il en définit l'étendue, conformément à l'exigence de détermination (Titre 2) ; il en fixe la contrepartie (Titre 3).



Titre 1. La source de la subordination

17. Dualité de la subordination. La subordination issue du contrat de travail présente un double statut, selon que l'on se place d'un côté ou de l'autre du lien de subordination, du point de vue du salarié ou de l'employeur. Du point de vue du salarié, la subordination est subie ; elle s'impose à lui et relève de l'objet de son obligation (Chapitre 1). Du point de vue de l'employeur, la subordination est exercée ; elle s'analyse en un pouvoir contractuel envers le salarié (Chapitre 2).



Chapitre 1. La subordination, objet de l'obligation du salarié

18. La notion d'objet en droit civil peut revêtir plusieurs sens : objet du contrat, des obligations, voire de la prestation.

La notion d'objet du contrat, dont la pertinence est discutée par une large partie de la doctrine⁷⁹, permet d'identifier « l'objectif juridique des parties, l'opération qu'elles cherchent à réaliser »⁸⁰. Elle présente ainsi l'intérêt de « révéler l'unité du rapport contractuel »⁸¹. Elle permet de saisir l'opération d'ensemble visée par les parties à travers la conclusion du contrat, mais se confond avec « l'objet de l'obligation principale et caractéristique »⁸².

L'objet des obligations désigne ce à quoi s'engage chacune des parties. Il identifie la prestation à laquelle est tenu le contractant. Il est la « matière de l'engagement »⁸³ contractuel. Il est l'outil juridique permettant à chaque contractant d'identifier ses obligations mais également ses droits contractuels (en tant que créancier de l'obligation réciproque du cocontractant).

Enfin l'objet est parfois entendu⁸⁴ comme l'objet de la prestation promise (sorte d'objet

⁷⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 4^e édition, 2009, p. 297 s. ; J. Gesthin, *Traité de droit civil*, LGDJ, 3^e édition, 1993, p. 656 ; J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit Civil, Les obligations*, Vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^e édition, 2010, p. 215.

⁸⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit.

⁸¹ A-S. Lucas-Puget, « Essai sur la notion d'objet du contrat », Thèse, Nantes, 2005.

⁸² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit.

⁸³ C. civ. art 1108.

⁸⁴ Voir M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 2004, p. 320.



de l'objet), permettant d'identifier cette « chose qu'une partie s'oblige à donner, à faire ou ne pas faire »⁸⁵. Il faudrait donc identifier dans un premier temps, au moyen de l'objet de l'obligation, la nature de l'obligation du débiteur (par exemple une obligation de transfert de propriété), puis identifier dans un second temps, au moyen de l'objet de la prestation, la « chose » sur laquelle porte cette obligation (un bien quelconque). En somme, c'est déjà appliquer l'exigence de détermination de l'objet à travers la notion d'objet de la prestation.

19. S'agissant du contrat de travail, la notion d'objet du contrat est souvent invoquée⁸⁶, mais toujours pour discuter de l'objet de l'obligation du salarié « qui caractérise le contrat de travail et focalise l'attention »⁸⁷.

Or le salarié s'engage, par le contrat de travail, à accomplir une prestation de travail subordonnée. Il s'agit là de l'objet de son obligation, et plus largement de celui du contrat de travail (section 1). Néanmoins, pour un certain nombre d'auteurs, l'objet de l'obligation du salarié serait autre et impliquerait, à des degrés divers selon les conceptions, la personne même du salarié, dans son corps comme dans son activité, qui serait mise à la disposition de l'employeur. Bien qu'anachronique, tant au regard du statut conféré au salarié que de la conception des pouvoirs de l'employeur qu'elle postule, cette position pose la question de la place de la personne du salarié au sein de l'objet du contrat de travail (section 2).

Section 1. L'objet de l'obligation du salarié

20. En concluant un contrat de travail, le salarié s'oblige à effectuer pour le compte de son employeur une prestation de travail subordonnée. L'objet de son obligation est donc

⁸⁵ C. civ. art 1126 .

⁸⁶ T. Revet, « l'objet du contrat de travail », Dr. Soc. 1992, p. 859 ; A. Supiot, « critique du Droit du Travail », coll. Les voies du Droit, PUF, 1994, qui consacre de longs développements à « l'obscur objet du contrat de travail » ; S. Brissy, « l'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », Dr. Soc. 2008, p. 434, pour qui l'obligation de donner du travail est « attachée à l'objet du contrat de travail ».

⁸⁷ E. Dockès, Droit du travail, Dalloz, 3^e éd, 2009, p. 89 s.



double : accomplir la prestation de travail contractuellement prévue (Sous-section 1) ; respecter la situation de subordination dans laquelle il se trouve en obéissant aux directives professionnelles de son employeur (Sous-section 2).

Sous – section 1. Une prestation de travail

21. Une obligation de faire. Le contrat de travail oblige le salarié à effectuer une prestation de travail, c'est-à-dire à réaliser un ensemble de tâches⁸⁸. L'obligation contractée par le salarié est une obligation de faire⁸⁹, qui consiste en l'accomplissement d'un fait positif⁹⁰, la réalisation du travail prévu. A ce stade, rien ne distingue la prestation de travail de celle prévue dans le cadre d'un contrat d'entreprise⁹¹. Le salarié s'engage à faire quelque chose pour l'employeur, tout comme un artisan s'engage à fournir un service, une prestation, à son client⁹². Les résultats de l'activité du salarié reviennent à l'employeur. Il n'y a aucun transfert de propriété des fruits du travail, sur lesquels le salarié n'acquiert aucun droit, et dont l'employeur est immédiatement propriétaire. En ce sens, l'employeur acquiert le résultat du travail, mais en aucun cas l'activité du salarié elle-même. La qualification d'obligation de donner est en conséquence exclue.

Le salarié s'engage donc à accomplir « un certain travail »⁹³ pour le compte de son employeur. Pour l'identification de ce travail, il faut mobiliser l'article 1129 du Code civil, qui trouve pleinement à s'appliquer.

⁸⁸ Devant présenter une certaine cohérence, puisque devant relever d'une même nature. Voir infra, n°67.

⁸⁹ En ce sens, J. Savatier, « La liberté dans le travail », Dr. Soc. 1990, p. 49, spé. p. 56 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^e édition, 2009 p. 283. Contra, A. Supiot, *Critique du Droit du Travail*, coll. Les voies du Droit, PUF, 1994., p. 58 ; M. Fabre-Magnan, « Le contrat de travail défini par son objet », in « Le travail en perspectives », dir. A. Supiot, LGDJ, 1998 .

⁹⁰ Rappr. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit., p. 276, qui définissent l'obligation de faire comme celles « dans lesquelles la prestation consiste en un fait positif que le débiteur promet d'accomplir ».

⁹¹ En ce sens, M. Fabre-Magnan, préc. Voir également F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit. p. 277, qui de manière éloquente citent en exemples de l'obligation de faire tant l'obligation de « l'entrepreneur [qui] s'engage à réaliser tel ou tel ouvrage », que celle du salarié qui s'engage « à travailler sous la direction du patron ».

⁹² C'est la situation de subordination, et elle seule, qui distingue ces prestations : supra, n°11.

⁹³ E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. Soc. 1997, p. 140 ; *Droit du travail*, préc.



22. Application de l'article 1129 du Code civil. En tant qu'objet de l'obligation du salarié, la prestation de travail attendue de lui doit être déterminée. L'article 1129 du Code civil s'applique à tout type d'obligation ; rien ne justifierait qu'il ne s'applique pas à la prestation du travailleur salarié. Comme le relève Monsieur le Professeur Dockès, l'applicabilité de l'article 1129 du Code civil ne doit pas prêter à contestation dans la mesure où « le terme de "chose" au sens de l'article 1129 du Code civil, doit être compris largement, comme incluant toutes les activités auxquelles un débiteur peut s'être engagé. Le travail subordonné ne saurait donc être exclu sur cet argument »⁹⁴.

L'article L 1221-3 du Code du travail⁹⁵ le confirme en disposant, après avoir énoncé incidemment que c'est « l'emploi qui fait l'objet du contrat de travail », que dans le cas particulier d'un emploi ne pouvant « être désigné que par un terme étranger sans correspondant en français, le contrat de travail comporte une explication en français du terme étranger ». C'est bien ici une exigence d'identification de la prestation de travail qui est énoncée : le contrat de travail doit permettre de cerner la nature du travail qui sera effectué. En ce sens, l'article L 1221-3 du Code du travail fait une application spécifique de l'exigence générale de détermination de l'objet des obligations qui résulte de l'article 1129 du Code civil.

Le contrat de travail doit donc définir une prestation précise attendue du salarié, et ne l'oblige qu'à l'accomplissement des tâches relevant de l'« espèce »⁹⁶ de travail à laquelle il s'est engagé⁹⁷. Le contrat trace ainsi les contours matériels de la sphère de subordination dans laquelle se trouve placé le salarié⁹⁸. L'exigence de détermination de l'objet de l'obligation joue ici, de manière très naturelle, son double rôle de bon sens et

⁹⁴ E. Dockès, art. Préc. Dans le même sens, voir F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., qui relèvent que le terme de « chose » renvoi « non seulement à une chose matérielle, corporelle, mais aussi une chose incorporelle », et que « entendue au sens large, la "chose" objet de l'obligation est la prestation promise par le débiteur, c'est-à-dire ce à quoi il s'est engagé ».

⁹⁵ Ancien article L 121-1, alinéa 2.

⁹⁶ Au sens de l'article 1129 du Code civil.

⁹⁷ Voir infra, n°67 et s.

⁹⁸ Voir infra, n°64 et s.



de garantie de sécurité pour le débiteur⁹⁹. De bon sens, car il ne saurait être raisonnablement soutenu qu'un contractant puisse s'engager sans même connaître la substance de la prestation qu'il promet (ne serait-ce que pour en apprécier la licéité, la possibilité, ou encore la juste contrepartie). De sécurité, puisqu'elle limite les prérogatives contractuelles de l'employeur, donc la sujétion du salarié.

23. Exclusion de la notion de mise à disposition de la « force de travail ». L'exigence de détermination de l'objet des obligations telle qu'elle résulte de l'article 1129 du Code civil et telle qu'elle s'applique au contrat de travail, fait obstacle à l'analyse, parfois développée¹⁰⁰, selon laquelle la mise à disposition au profit de l'employeur de la « force de travail » du salarié serait l'objet du contrat de travail.

Les implications de cette théorie, fondement d'une conception démesurée des pouvoirs de l'employeur, sont lourdes en termes de mise en cause de la liberté et de la dignité du salarié¹⁰¹. La notion de force de travail implique en effet une idée de globalité. Elle a pu être définie comme « l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles par lesquelles l'homme travaille »¹⁰². Elle recouvre l'ensemble des capacités, des aptitudes d'un individu, actuelles ou potentielles, utilisées ou non. La « force de travail » prétend à l'exhaustivité ; en cela, elle s'oppose à la notion même de détermination.

Admettre que la force de travail, et plus précisément sa « mise à disposition » ou sa « location » à l'employeur, puisse constituer l'objet du contrat de travail, reviendrait à donner un blanc seing à l'employeur quant à « l'usage » qu'il serait autorisé à « faire » du

⁹⁹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., p. 200.

¹⁰⁰ Voir notamment T. Revet, art. préc. ; J. Rivero, « Les libertés publiques dans l'entreprise », Dr. Soc. 1982, p. 423, pour qui « le salarié met à disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne » ; R. Saleilles, Bulletin de la société d'études législatives, 1906, p. 500, cité par T. Revet, art. préc. ; M. Fabre-Magnan, art. préc. ; S. Brissy, art. préc. ; I. Daugareilh, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », Dr. Soc. 1996, p. 128, spéc. p. 140.

¹⁰¹ Ce d'autant plus que ses partisans ont bien souvent envisagé, à regret ou non, ses conséquences potentielles en termes d'emprise de l'employeur sur la personne même du salarié : voir infra, n°29 et s.

¹⁰² T. Revet, « L'objet du contrat de travail », préc.



salarié, la seule limite¹⁰³ à cet usage correspondant aux aptitudes du salarié. Dans cette conception, si le salarié est *capable* d'accomplir une tâche quelle qu'elle soit, si cette tâche entre dans le champ de ses *compétences*, les droits dont l'employeur dispose sur la force de travail l'autorisent à exiger du salarié l'accomplissement de cette tâche, que celle-ci ait été envisagée lors de la conclusion du contrat de travail ou pas. Louis Mallet et Marie-Laure Morin, dans leur étude confrontant les approches gestionnaire et juridique de la notion d'emploi¹⁰⁴, ont parfaitement cerné cette problématique en constatant que d'un point de vue gestionnaire « l'entreprise demeure intéressée à la mise en œuvre de compétences spécifiques dans un processus de production finalisé, dont la direction demeure, de près ou de loin, seule juge » et que « la détermination contractuelle de l'emploi occupé pourrait, à l'extrême, ne plus faire référence à aucun poste. L'employeur achèterait un ensemble de compétences, susceptibles d'être utilisées dans des affectations très différentes ». Ces auteurs constatent cependant que juridiquement « il ne serait pas possible d'embaucher quelqu'un en fonction de ses seules compétences personnelles sans les référer à un minimum d'activités dans lesquelles l'entreprise lui demandera de les utiliser ». En effet, le salarié ne fournit pas sa « force de travail » dans sa globalité, mais seulement un travail précis, identifié¹⁰⁵ et accepté. Il ne saurait être tenu à l'accomplissement de tâches autres que celles contractuellement prévues, ce que la jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer à de nombreuses reprises¹⁰⁶, quand bien même ces tâches entreraient dans ses capacités et relèveraient ainsi de sa force de travail entendue comme l'ensemble de ses aptitudes. L'employeur n'est créancier que d'une prestation définie. Il n'est pas locataire de la force de travail que le salarié mettrait à sa disposition et qu'il pourrait utiliser comme bon lui semble en fonction de ses besoins.

¹⁰³ Outre bien sûr les limites classiques tenant à l'ordre public et au respect des droits et libertés fondamentaux.

¹⁰⁴ L. Mallet et M-L. Morin, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, p. 660.

¹⁰⁵ Pour A. Beaucourt, le salarié s'engage à accomplir « un travail défini », non à mettre sa force de travail à disposition de l'employeur : « Le contrat de travail, nature juridique et principaux effets, Droit civil et législations comparées », Thèse, Paris, 1912, p. 156.

¹⁰⁶ Voir infra, n°91 et s. D'ores et déjà, quelques références emblématiques : Cass. Soc. 28 mars 1995, n°91-43681 ; Cass. Soc. 26 mai 1998, n°96-40617 ; Cass. Soc. 10 mai 1999, n°96-45673, Bull. civ. V, n°199 ; RJS 1999, n°791, *Dr. Soc.* 1999, p. 736, obs. B. Gauriau ; Cass. Soc. 17 janvier 2006, n°04-40965.



24. Certaines décisions de la Cour de cassation ont pu être invoquées au soutien de la théorie selon laquelle la mise à disposition de l'employeur de la force de travail du salarié constituerait l'objet du contrat de travail. A plusieurs reprises en effet, dans des situations où l'employeur n'avait pas fourni de travail au salarié ni versé de salaire, il a été jugé, pour condamner l'employeur au paiement d'un rappel de salaire, que le salaire est dû dès lors que le salarié « *se tient à la disposition de l'employeur* »¹⁰⁷. L'objet de l'obligation du salarié serait donc de se tenir à la disposition de l'employeur. Le « versement du salaire » serait « issu de cette seule mise à disposition »¹⁰⁸.

Une telle analyse est excessive. La règle selon laquelle l'employeur qui ne fournit pas de travail au salarié qui s'est tenu à sa disposition reste tenu de payer le salaire n'a ni pour objet ni pour effet de faire de la mise à disposition du salarié l'objet du contrat de travail.

En réalité, il apparaît que la notion de mise à disposition telle qu'invoquée dans ces décisions, doit simplement être entendue comme désignant l'attitude du salarié qui se tient prêt à exécuter ses obligations contractuelles, c'est-à-dire à effectuer sa prestation de travail subordonnée. La Cour de cassation se borne à constater que le salarié n'a pas manqué à ses obligations. C'est d'ailleurs ce qu'elle précise dans un arrêt du 3 juillet 2001 en relevant que « la société ne prouvait pas le refus du salarié d'exécuter son travail »¹⁰⁹.

Ayant établi les « responsabilités » dans l'inexécution des obligations, la Cour de cassation applique ensuite le régime traditionnel de l'exception d'inexécution. Il est constant en effet que l'exception d'inexécution ne peut être invoquée par un contractant qu'en cas d'inexécution contractuelle préalable *imputable à son cocontractant*. Elle est refusée au cocontractant qui l'invoque alors même que l'inexécution lui est imputable¹¹⁰

¹⁰⁷ Cass. Soc. 11 juillet 2006 n°04-46711 ; Cass. Soc. 3 juillet 2001 n°99-43361 ; Dr. Soc. 2001, p. 1009, obs. C. Radé ; Cass. Soc. 28 février 1962, Bull. civ. V, n°231.

¹⁰⁸ S. Brissy, art. préc.

¹⁰⁹ Cass. Soc. 3 juillet 2001, préc.

¹¹⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit. p. 451 ; C. Chabas, « L'inexécution licite du contrat », Thèse, 2001, LGDJ, bibliothèque de droit privé n°380, p. 330 s. ; C. Paulin, « La clause résolutoire », Thèse, 1996, LGDJ, bibliothèque de droit privé n°258, p. 82 s.



parce qu'il est l'auteur de l'inexécution ou même parce qu'il est responsable de l'inexécution commise par son cocontractant¹¹¹. Dès lors, le paiement du salaire s'impose non pas en tant que contrepartie de la tenue du salarié à disposition de l'employeur mais en tant qu'obligation de l'employeur que rien ne vient exclure. Ce qui est déterminant n'est pas la tenue à disposition du salarié en elle-même mais l'absence de refus d'exécuter la prestation de travail qu'elle démontre.

De surcroît, il peut également être soutenu que, tenu d'exécuter une prestation de travail *subordonnée*, le salarié à qui l'employeur ne fournit aucun travail exécute son obligation de subordination, précisément en se conformant à l'absence d'ordre de son employeur, assimilable à un ordre de ne pas faire, étant noté que la « tenue à disposition » témoigne de ce que le salarié s'est également conformé aux directives générales de l'employeur en matière d'horaires et de lieu de travail.

25. C'est donc l'accomplissement d'une prestation de travail, obligation de faire exclusive de toute notion de mise à disposition d'une quelconque « force de travail », qui forme la première partie de l'objet de l'obligation du salarié. La seconde réside dans le respect de la situation de subordination dans laquelle il se trouve placé.

Sous – section 2. Une prestation de travail subordonnée

26. *Obligation contractuelle de subordination.* La prestation de travail que s'engage à accomplir le salarié est une prestation de travail subordonnée. Le contrat de travail institue pour le salarié l'obligation d'exécuter la prestation de travail prévue, mais également de l'exécuter dans les conditions et selon les modalités édictées par l'employeur. En contractant, le salarié accepte de se constituer débiteur d'une obligation de subordination qui lui impose d'obéir aux directives professionnelles de l'employeur. En d'autres termes, « l'obéissance aux ordres »¹¹² est (partiellement) « l'objet de l'obligation qui forme la matière de l'engagement ». De même, l'employeur entend être

¹¹¹ Cass. Civ 3. 5 mars 1970, n°69-10252, Bull. civ., n°173

¹¹² A. Supiot, *Critique du Droit du Travail*, coll. Les voies du Droit, PUF, 1994



titulaire d'une « créance de subordination », autrement dit d'un pouvoir contractuel¹¹³. La subordination relève de ce à quoi s'engage contractuellement le salarié et de ce qu'attend du contrat l'employeur.

La subordination qui résulte du contrat de travail¹¹⁴ n'est donc pas un simple état du salarié, une situation dans laquelle il se trouve placé ; elle n'est pas une simple caractéristique du contrat de travail et de la prestation de travail, un « élément de contexte ». Elle constitue une obligation contractuelle du salarié. En convenant par la conclusion du contrat de travail d'instaurer entre elles un lien de subordination, les parties ont entendu que le contrat fasse peser sur le salarié une obligation de subordination qui se décline en diverses obligations d'obéissance¹¹⁵.

La nature d'obligation contractuelle du salarié que revêt la subordination apparaît d'ailleurs très clairement lorsqu'il est admis que les employeurs puissent qualifier « l'insubordination » de faute¹¹⁶. La notion « d'insubordination » et sa nature de manquement contractuel imputable au salarié n'ont de sens que si l'on admet que la subordination est en elle-même une obligation du salarié¹¹⁷, impliquant le respect d'un certain nombre de directives professionnelles.

27. Application de l'article 1129 du Code civil. La subordination s'impose au salarié en tant qu'obligation contractuelle. La contrepartie de l'observation est que la subordination ne s'impose à lui *qu'en tant* qu'obligation contractuelle, assortie en tant que telle de la garantie constituée par l'exigence de détermination prévue par l'article

¹¹³ Infra, n°34 et s., n°37

¹¹⁴ Supra, n°11

¹¹⁵ C'est tout l'enjeu de la détermination de l'objet de l'obligation de subordination que d'identifier ces obligations d'obéissance qui matérialisent l'obligation de subordination (ce qui revient à identifier les prérogatives de l'employeur dans le cadre de l'exercice de son pouvoir contractuel : voir infra, n°223).

¹¹⁶ Voir par exemple Cass. Soc. 26 mai 2010, n° 09-40419, qui considère que statue à bon droit la Cour d'appel qui retient l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement après avoir constaté que « le salarié avait fait preuve d'insubordination en refusant d'établir des commentaires de gestion » que lui demandait son employeur ; Cass. Soc. 1^{er} décembre 2009, n°08-41952, « l'insubordination persistante [du salarié] et ses manquements aux règles de sécurité dont il avait la charge justifiait un licenciement pour faute grave »

¹¹⁷ Cf. l'argument avancé dans le pourvoi formé par un employeur : « l'insubordination du salarié constitue une violation des obligations résultant du contrat de travail » (Cass. Soc. 16 juin 2010, n°09-40604).



1129 du Code civil. Il ne fait pas de doute que la subordination est une « chose » au sens de ce texte, et que rien ne vient s'opposer à sa détermination¹¹⁸. Certes, l'exercice des pouvoirs de l'employeur a pour objectif d'assurer une certaine « flexibilité », une certaine adaptation de la relation de travail afin d'en permettre la bonne exécution¹¹⁹. Mais l'exigence de détermination ne fait pas obstacle à cet objectif. Elle implique simplement que le pouvoir patronal s'exerce dans un domaine délimité par les parties, à la stricte mesure de ce qu'a accepté le salarié. Comme tout contractant, le salarié tire de la loi le droit de savoir à quoi le contrat l'engage. L'exigence de détermination s'applique à toute obligation ; la souscription d'une obligation de subordination, ou d'obéissance, ne peut échapper à la règle, d'autant qu'une telle obligation est particulièrement contraignante en termes de restriction des libertés individuelles. Le salarié ne se soumet pas à l'employeur de manière absolue. Il ne concède qu'une obéissance professionnelle dont il doit connaître précisément les limites. La subordination est circonscrite par le contrat de travail¹²⁰ ; elle n'est pas de portée générale.

Section 2. La place de la personne du salarié

28. Dans l'exécution de son obligation contractuelle de réaliser une prestation de travail subordonnée déterminée, le salarié se heurte parfois à des dérives, des excès de l'employeur dans l'usage du pouvoir que lui confère le contrat de travail. Ces dérives ont conduit certains auteurs à s'interroger sur la place de la personne même du salarié dans l'objet du contrat de travail au regard de l'emprise exercée par l'employeur.

29. *L'analyse ancienne de la relation de travail comme louage de service.* Il a ainsi été considéré à la fin du 19^{ème} siècle que la relation de travail avait pour objet la personne même du salarié, dans le cadre d'un contrat de louage. Antérieure à l'apparition de la notion de « contrat de travail »¹²¹, l'analyse se fondait sur les

¹¹⁸ En ce sens, E. dockès, art. préc., p. 141-142.

¹¹⁹ Sur la finalité du pouvoir de l'employeur, voir infra, n°220 et s.

¹²⁰ Infra, n°61 et s.

¹²¹ Selon A. Supiot, la première utilisation de la notion de contrat de travail est à mettre au crédit d'une loi du 18 juillet 1901. Elle est à nouveau visée dans une loi du 21 mars 1905, puis dans le code du travail



dispositions de l'article 1779 du Code civil relatif au « louage des gens de travail ». Il était communément admis que ce texte permettait une véritable « location de salariés » sur le modèle de la location de droit commun : ainsi, selon Baudry-Lacantinerie « la seule différence de nature entre le louage de choses et le louage de services, c'est que le louage porte dans le premier cas sur un objet et dans le second cas sur la personne même du locateur »¹²². Dans le même sens, Ripert et Boulanger ont considéré que « c'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat, en même temps qu'elle en est le sujet »¹²³. L'employeur contracterait donc avec le salarié en tant que sujet, pour en devenir le locataire, et serait titulaire d'un droit de jouissance sur la personne même du salarié.

30. Résurgences de l'analyse. Bien que parfaitement anachronique au regard de l'évolution du droit du travail, notamment s'agissant de la prise en compte croissante de la dignité du salarié et de l'abandon de la notion de contrat de louage pour qualifier la relation de travail, cette analyse a été reprise dans un passé proche par certains auteurs¹²⁴. Ainsi, pour Monsieur le Professeur Revet, l'objet du contrat de travail serait « la force de travail », dont il retient une définition particulière en l'assimilant au « travail - activité, [à] la personne en action », qui ferait « l'objet d'une location ». Poussant l'analyse jusqu'à ses limites les plus extrêmes, l'auteur va jusqu'à considérer que le mécanisme du contrat de travail repose sur la « réification » de la personne c'est-à-dire sur sa « transformation » en force de travail, laquelle constitue la « chose louée »¹²⁵, tout en relevant simplement que la réification de la personne ne saurait être totale puisqu'une telle opération « aboutirait inmanquablement à la faire disparaître ; il n'y aurait plus de sujet mais un objet, plus de personne mais un esclave ». Dans le même sens, Madame le Professeur Fabre-Magnan écrit que l'objet de l'obligation du salarié

promulgué le 28 décembre 1910 (A. Supiot, *Critique du Droit du Travail*, coll. Les voies du Droit, PUF, 1994).

¹²² G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^{ème} éd., 1907

¹²³ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1947, n°2948

¹²⁴ T. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1992, p. 859 ; A. Supiot, *Critique du Droit du Travail*, coll. Les voies du Droit, PUF, 1994 ; M. Fabre-Magnan, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, dir. A. Supiot, LGDJ, 1998 art. préc.

¹²⁵ T. Revet, art. préc.



réside dans la mise à disposition au profit de son employeur de sa « personne elle-même dans l'une de ses facettes, un aspect tant de son corps que de sa volonté »¹²⁶. Contraire à la dignité du salarié car source d'une sujétion sans borne, aux principes de non patrimonialité et de non commercialité du corps humain¹²⁷, au principe de prohibition de l'esclavage dans la mesure où la location conférerait à l'employeur l'usus et le fructus, soit deux attributs du droit de propriété¹²⁸, sur la personne même du salarié, cette vision dépassée de la relation de travail ne peut qu'être rejetée.

L'analyse de Monsieur le Professeur Supiot¹²⁹ se veut plus pragmatique. L'auteur fait le constat de « la discipline physique » que le travail exerce sur le salarié, de « l'emprise sur les corps au travail ». Selon lui, « ne pas voir que la maîtrise acquise sur les travailleurs dans la relation salariale est d'abord une maîtrise physique, c'est ne pas voir le nez au milieu de la figure », et c'est à tort que l'analyse juridique occulte la place du corps humain dans le contrat de travail en refusant de reconnaître que « la personne physique constitue l'objet de la prestation du salarié ». Si Monsieur Supiot considère que le contrat de travail emporte mise à disposition au profit de l'employeur du corps même du salarié, c'est non pour légitimer l'accroissement de sujétion du salarié comme semble le faire Monsieur Revet, mais pour rendre compte de la réalité des relations de travail¹³⁰ et de leurs excès, passés¹³¹ ou actuels.

Mais aussi fondées ces observations factuelles soient-elles, on ne peut que douter de la pertinence de la démarche consistant à fournir un fondement juridique (l'objet) à une

¹²⁶ M. Fabre-Magnan, art. préc., p. 115

¹²⁷ En ce sens, J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. Soc.* 1990, p. 49, spé. p. 56 : « il faut s'élever contre l'idée (...) que le contrat de travail a pour objet le corps même du travailleur (...). Le salarié n'abandonne pas son corps à la volonté de l'employeur. Il se borne à contracter des obligations de faire ou ne pas faire. Ses droits sur son corps sont inaliénables ».

¹²⁸ E. Dockès, op. cit., p. 90.

¹²⁹ A. Supiot, *Critique du Droit du Travail*, coll. Les voies du Droit, PUF, 1994, p. 51 s.

¹³⁰ « La mise en évidence de la place du corps humain dans la relation de travail n'a pas été le produit de la pensée juridique elle-même, mais de l'observation de ce que devenaient, dans les faits, ces corps "disparus" dans l'analyse patrimoniale », écrit-il, op. cit., p. 64.

¹³¹ L'auteur retranscrit un extrait des travaux d'une commission d'enquête sur les conditions de travail dans l'industrie anglaise du 19^e siècle, mettant en évidence les conditions de travail insupportables des très jeunes enfants, travaillant 19 heures par jour avec seulement une heure de pause.



situation de fait que précisément il s'agit de dénoncer et combattre. Les dérives constatées dans la pratique ne peuvent fonder une théorie juridique les justifiant et les confortant. Toute l'évolution du droit du travail, dont Monsieur Supiot relève d'ailleurs que son apparition s'explique par la nécessité de lutter contre les excès constatés, conduit au contraire à considérer que le contrat de travail n'amène pas le salarié à accorder à son employeur un quelconque droit sur sa personne¹³². Bien plus, l'analyse de Monsieur Supiot se révèle dangereuse pour le salarié en ce qu'elle exclut l'application de l'exigence de détermination de l'objet de son obligation. L'auteur écrit ainsi que « dans tous les contrats ayant pour objet une activité humaine », la personne du prestataire est engagée, mais « ne forme [pas] la matière de l'engagement » car « l'objet est une chose ou une prestation définie à l'avance, alors que dans le contrat de travail cette définition se fera dans l'exécution même du contrat, par la mise en œuvre de la maîtrise ainsi acquise par l'employeur sur le corps productif du salarié »¹³³. C'est nier l'applicabilité de l'article 1129 du Code civil, que rien pourtant ne vient exclure, et qui implique une identification claire et précise, lors de la conclusion du contrat de travail, de ce à quoi le salarié s'engage, qu'il s'agisse de la prestation de travail ou de la subordination.

¹³² On en trouvera une application avec la décision du tribunal de grande instance de Nanterre du 5 septembre 2008 ayant déclaré illicite le système d'évaluation des salariés de la société Wolters Kluwer, qui marque le refus des juges d'admettre un contrôle et une évaluation par l'employeur du comportement des salariés.

¹³³ op. cit., p. 60



Chapitre 2. La subordination, prérogative de l'employeur

31. Du point de vue de l'employeur, la subordination issue du contrat de travail est une prérogative, un pouvoir. Les notions de pouvoir de l'employeur et de lien de subordination sont indissociables, et c'est ce qui démontre que le pouvoir de l'employeur est une prérogative contractuelle (section 1). Le contrat fonde le pouvoir. Outre qu'il est atteint positivement par l'analyse des liens inextricables entre pouvoir et subordination, ce constat peut également être atteint négativement dans la mesure où aucune autre source du pouvoir de l'employeur ne peut être identifiée, ni dans la loi, ni dans « l'institution », ni dans les droits fondamentaux (section 2). Le contrat fait alors figure de seule source possible du pouvoir de l'employeur.

Section 1. La concession à l'employeur d'un pouvoir contractuel

32. En concluant le contrat de travail les parties consentent à établir entre elles un lien de subordination¹³⁴ et habilite l'employeur à l'exercice d'un pouvoir (sous-section 1). Ce pouvoir juridique issu du contrat de travail est indifférent à la préexistence et à la persistance d'une capacité d'influence¹³⁵ de l'employeur (sous-section 2).

Sous – section 1. Habilitation contractuelle de l'employeur

33. Tout contrat de travail emporte réalisation d'une opération d'habilitation (§1) qui a pour objet de concéder à l'employeur un pouvoir conçu globalement, c'est-à-dire dans

¹³⁴ Supra, n°11.

¹³⁵ Sur la notion de capacité d'influence de l'employeur, voir supra, n°3.



ses diverses manifestations, y compris disciplinaires ou « réglementaires » (§2).

§1. L'opération d'habilitation

34. Rapport de subordination et rapport de pouvoir. En instaurant un lien de subordination, le contrat de travail institue une relation juridiquement inégalitaire. La subordination est l'expression d'un déséquilibre juridique. En cela, elle n'a de sens qu'en tant que rapport puisque le déséquilibre ne peut s'apprécier que par comparaison des situations respectives de deux sujets de droit. L'expression consacrée de « lien de subordination » peut ainsi paraître redondante dans la mesure où la notion même de « subordination » exprime nécessairement l'idée d'un lien. N'être subordonné à personne reviendrait à ne pas être subordonné du tout ; il n'y a de « subordonné » que pour autant qu'existe un « donneur d'ordre » auquel il faut obéir. La subordination renvoie ainsi inévitablement à l'image d'un pouvoir qui matérialise le déséquilibre entre les parties. Le pouvoir lui-même n'a également de sens qu'en tant que rapport. Il n'y a de pouvoir que s'il s'exerce envers quelqu'un ; on n'exerce aucun pouvoir lorsqu'on ne l'exerce envers personne (le pouvoir exercé sur soi-même n'étant rien de plus que l'usage de la liberté individuelle).

Un rapport de subordination au sens où l'institue le contrat de travail n'est donc rien d'autre qu'un rapport de pouvoir¹³⁶. Les deux concepts renvoient à une seule réalité, celle d'une relation juridiquement inégalitaire dont ils expriment tous deux la dualité : tout comme le pouvoir peut être exercé ou subi¹³⁷, la subordination revêt un double

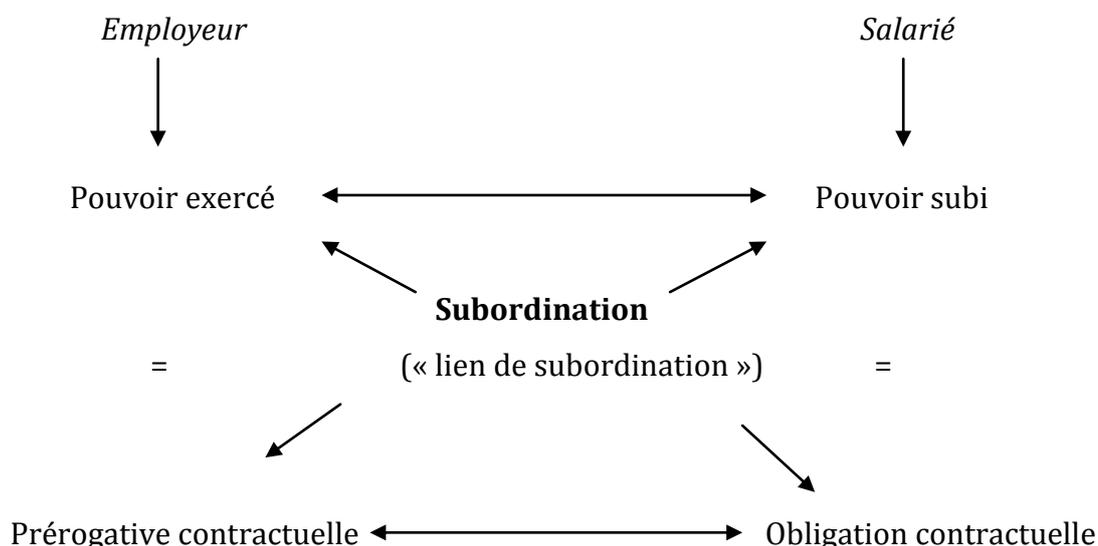
¹³⁶ Cf. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 17, qui relève que c'est « la subordination qui fait du rapport de travail un rapport de pouvoir ». Dans le même sens, A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008, p. 19, relève que « la mention d'un lien de subordination [est une] référence implicite à une relation de pouvoir ».

¹³⁷ J-M. Béraud, « Le juge et le pouvoir patronal », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008, p. 79. L'auteur constate que « la doctrine fait du pouvoir subi l'élément clé du droit du travail. En témoigne la définition unanimement donnée du contrat de travail. Chez tous les auteurs, on trouve en effet quelque chose du genre : contrat par lequel une personne dénommée salarié s'engage, moyennant un salaire, à travailler dans un lien de subordination juridique au profit d'une autre dénommée employeur. Mais on ne trouve chez aucun : contrat par lequel une personne dénommée employeur s'engage à exercer un pouvoir de sujétion sur une autre dénommée salarié afin de la faire travailler moyennant un salaire ; Et pourtant n'est-ce pas la définition à laquelle on aboutirait si, au



statut, tout à la fois prérogative pour l'un et obligation¹³⁸ pour l'autre. En ce sens, le pouvoir de l'employeur a pu être très justement qualifié de « verso »¹³⁹ ou d'« envers »¹⁴⁰ de la subordination juridique du salarié (comprise en tant qu'obligation). Le pouvoir exercé apparaît comme « l'autre face du lien de subordination engendré par le contrat »¹⁴¹. Au pouvoir exercé répond un pouvoir subi ou, s'agissant d'un rapport contractuel, à la prérogative contractuelle qu'est l'exercice d'un pouvoir concédé répond une obligation contractuelle de subordination impliquant l'obéissance aux directives données dans le cadre de l'exercice du pouvoir.

35. Schéma récapitulatif.



36. Le pouvoir de l'employeur, subordination appliquée. Le pouvoir de l'employeur est l'expression de la subordination en tant que prérogative. Il la « concrétise ». En ce

lieu d'entrer dans le pouvoir par le bas on y entrait par le haut, si au lieu d'appréhender le pouvoir subi on s'attachait au pouvoir exercé ? ».

¹³⁸ Sur la nature d'obligation du salarié que revêt la subordination, voir supra, n°26.

¹³⁹ E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2009, p. 81.

¹⁴⁰ A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Thèse, Paris X, 2006, p. 15 : « La Cour de cassation s'est attachée à ériger la subordination du salarié en critère distinctif du contrat de travail. En adoptant un tel critère, il va sans dire que la Cour de cassation a contribué à présenter le pouvoir de l'employeur, l'envers de la subordination du salarié, comme une effet juridique du contrat de travail ».

¹⁴¹ J. Pélissier, A. Jemmaud, A. Supiot, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 26^e éd., 2011, p. 722.



sens la subordination « se réalise à travers le pouvoir patronal »¹⁴² ; le pouvoir de l'employeur se présente comme le versant actif¹⁴³ du lien de subordination. Il en est l'expression ; s'il en est une « facette »¹⁴⁴, c'est de la facette « concrète », « appliquée » qu'il s'agit. En exerçant son pouvoir, l'employeur met en œuvre la situation de subordination. Il use de la prérogative que celle-ci représente pour lui, tandis que le salarié exécute l'obligation contractuelle d'obéissance dont il est débiteur. C'est du reste la position de la Cour de cassation qui, depuis 1996¹⁴⁵ et de manière constante¹⁴⁶, définit le lien de subordination par la référence au pouvoir de l'employeur. En énonçant que « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* », elle rattache directement le pouvoir de l'employeur au lien de subordination. Le premier découle du second. Comme le constate Monsieur le Conseiller Waquet, « le lien de subordination engendre le pouvoir de direction »¹⁴⁷. Le pouvoir exercé par l'employeur envers le salarié est intrinsèquement lié à la situation de subordination créée par le contrat de travail¹⁴⁸. Les deux notions sont consubstantielles l'une à l'autre. Le pouvoir de l'employeur ne peut pas se comprendre indépendamment du lien de subordination qui l'institue et qu'il matérialise.

37. L'accord de volontés à l'origine du pouvoir de l'employeur. En concluant le contrat de travail, les parties s'accordent pour instaurer entre elles un lien de subordination ; le

¹⁴² D. Langé, *Droit du travail*, Ellipses, 2003, p. 24.

¹⁴³ A. Jammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jammaud, *Sem. Soc. Lamy*, suppl n°1340 du 11 février 2008, p. 19 : « le lien [de subordination] révèle le pouvoir ou, mieux, n'est que ce rapport asymétrique vu du côté passif ».

¹⁴⁴ S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jammaud, *Sem. Soc. Lamy*, suppl n°1340 du 11 février 2008, p. 47.

¹⁴⁵ Cass. Soc. 13 novembre 1996, n°94-13187, *Bull. Civ. V*, n°386; *GADT* 4^e ed, 2008.

¹⁴⁶ La formule a été reprise de manière constante, et notamment : Cass. Soc. 23 avril 1997, n°94-40909, *Bull. Civ. V*, n°142 ; *Dr. Soc.* 1997, p. 643, note J. Savatier ; Cass. Soc. 10 décembre 2002, n°00-43607 ; Cass. Soc. 1^{er} juillet 1997, n°94-43998, *Bull. Civ. V*, n°242 ; Cass. Soc. 4 décembre 1997, n°96-16442, *Bull. Civ. V*, n°419 ; Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-43031 ; Cass. Soc. 5 mai 2010, n°08-45323 ; Cass. Soc. 19 mai 2010, n°09-42633 ; Cass. Soc. 8 juin 2010, n°08-44965 ;

¹⁴⁷ P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999, p. 383

¹⁴⁸ Cf G. Lyon Caen, pour qui il y a lieu d'« expliquer le pouvoir de direction des hommes par l'état de subordination caractéristique du contrat de travail » (G. Lyon-Caen, « Le pouvoir dans l'entreprise », in « Le pouvoir du chef d'entreprise », dir. J. Pélissier, *Dalloz*, coll. *Thèmes et commentaires*, 2002, p. 6).



lien de subordination résulte -toujours- du contrat. Or le lien de subordination est un rapport de pouvoir, pouvoir exercé par l'employeur et subi par le salarié¹⁴⁹. Personne ne conteste ces principes : il est acquis que la subordination est un effet du contrat et qu'elle se définit par l'exercice du pouvoir de l'employeur. Dans ces conditions, il est très étonnant que le fondement contractuel du pouvoir de l'employeur semble parfois encore pouvoir prêter à discussion. En tant que partie intégrante de la subordination, qui résulte du contrat de travail, le pouvoir exercé par l'employeur est contractuel¹⁵⁰. On ne peut pas, tout en admettant que la subordination résulte du contrat de travail, nier que le pouvoir de l'employeur qui la concrétise en résulte lui aussi. Le contrat institue le lien de subordination, autrement dit, il institue le rapport de pouvoir¹⁵¹, dans son exercice comme dans l'obligation d'obéissance dont il s'accompagne pour le salarié¹⁵². L'échange de volontés qui marque la conclusion du contrat de travail porte nécessairement sur l'instauration d'un rapport de subordination, ce qui revient à dire qu'il porte nécessairement sur l'instauration d'un rapport de pouvoir. L'accord des parties quant à la création d'un rapport de pouvoir est inhérent à leur accord quant à la conclusion du contrat de travail. Le constat d'un accord de volontés systématique à l'origine du pouvoir de l'employeur est donc avant tout le résultat d'une analyse objective de la volonté des contractants confrontée aux conditions d'existence du contrat de travail.

Cette analyse objective est conforme à la réalité de la volonté des parties ; elle n'est pas fictive. Le salarié consent à confier à l'employeur un certain pouvoir¹⁵³ dans le but de mettre en œuvre le contrat¹⁵⁴. Le consentement du salarié à la concession d'un pouvoir à l'employeur peut être présumé parce qu'il est évident qu'en l'état du droit (encore qu'un modèle hiérarchique d'organisation des relations de travail ne soit pas une fatalité et

¹⁴⁹ Supra, n°34.

¹⁵⁰ Cf. M-C. Escande-Varniol, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », RJS 2000, p. 261, qui rappelle que « le pouvoir de direction des personnes », qui est « d'abord un pouvoir sur des individus », trouve son « fondement [dans] le contrat de travail, facteur de subordination ».

¹⁵¹ Cf. P. Waquet, « Libertés et contrat de travail », RJS 2009, p. 351) : « le pouvoir de l'employeur découle du contrat de travail. C'est celui-ci qui établit entre l'employeur et le salarié un lien de subordination ».

¹⁵² Sur la nature d'obligation du salarié que revêt la subordination, voir supra, n°26.

¹⁵³ Qui doit être déterminé : cf infra, n°219 et s.

¹⁵⁴ Sur la finalité du pouvoir contractuel de l'employeur, voir infra, n°220 et s.



soit à bien des égards critiquable¹⁵⁵), tout salarié admet que son activité professionnelle est dans une certaine mesure dirigée par l'employeur. Le salarié accepte de déléguer à l'employeur le soin d'organiser et de diriger son activité ; pour ce faire, il lui reconnaît diverses prérogatives professionnelles et s'engage à s'y conformer¹⁵⁶. De même, l'employeur, lors de la conclusion du contrat de travail, consent à exercer ce pouvoir et entend l'exercer (dans le même temps, il s'engage nécessairement à assumer les responsabilités dont le pouvoir s'accompagne). Il ne conçoit pas une relation de travail dans laquelle il ne dirigerait pas l'activité professionnelle du salarié¹⁵⁷. La détention d'un pouvoir professionnel est un élément déterminant de son engagement contractuel.

38. Le contrat de travail comme norme d'habilitation. La concession à l'employeur d'un pouvoir résulte de la commune volonté des parties. L'employeur est titulaire d'un pouvoir envers le salarié parce que le contrat de travail le lui concède¹⁵⁸, c'est-à-dire parce que les parties le lui concèdent. Le pouvoir se manifeste par des actions unilatérales¹⁵⁹ mais se fonde sur un accord de volontés originel. La conclusion du contrat opère habilitation de l'employeur à l'exercice d'un pouvoir ; autrement dit, le contrat de travail fait figure de norme d'habilitation de l'employeur à l'exercice de ce pouvoir. Comme l'explique Monsieur le Professeur Dockès, « un pouvoir juridique doit venir d'un acte juridique. Cet acte qui habilite l'employeur à détenir un pouvoir sur son salarié est le contrat individuel de travail. C'est parce que le salarié y a consenti par

¹⁵⁵ La critique est d'ordre social (cf. P. Moussy, « Un pas en avant, deux pas en arrière : à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail », Dr. Ouv. 1999, p. 1. L'auteur pointe les incompatibilités entre subordination et liberté individuelle), mais également d'ordre économique (Cf. E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », Dr. Soc. 2004, p. 620. Pour l'auteur, s'il peut procurer des gains, le pouvoir est également dans d'autres hypothèses contre-performant d'un point de vue économique).

¹⁵⁶ Cf J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, Thémis, 13^e éd., PUF, 1993 : « c'est le consentement du travailleur qui fonde l'autorité du chef d'entreprise ».

¹⁵⁷ Cf. P. Mousseron, *prec.* : « L'employeur se conçoit et se veut maître chez lui ».

¹⁵⁸ Cf E. Dockès, *Droit du Travail*, Dalloz, 4^e éd., 2009, p. 83 : « le pouvoir juridique est une faculté concédée par le contrat de travail » ; Cf. également C. Radé, « A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », Dr. Soc. 1999, p. 3 ; « l'employeur tire son pouvoir de direction du contrat de travail par lequel le salarié accepte de se placer sous son autorité ».

¹⁵⁹ Cf. J. Frossard, « Les recours à l'action unilatérale », Dr. Soc. 1987, p. 496.



contrat que l'employeur est doté d'un pouvoir »¹⁶⁰. Dans le même sens, Monsieur le Professeur Lyon-Caen estime que l'employeur « tire son pouvoir du contrat »¹⁶¹, autrement dit que « le contrat de travail est l'explication –la seule possible- des pouvoirs de la société employeur, des pouvoirs d'une personne privée sur une autre personne privée, de la domination de l'argent sur le travail humain »¹⁶². C'est le contrat qui investit l'employeur d'un pouvoir, qui identifie le contenu de ce pouvoir¹⁶³ et en trace les limites¹⁶⁴. Les parties au contrat de travail créent et définissent le pouvoir exercé par l'employeur.

39. La Cour de cassation elle-même a parfois fait expressément allusion au fondement contractuel du pouvoir de l'employeur. Elle a ainsi, à l'occasion de deux arrêts rendus en matière d'évaluation des salariés (dans le cadre de litiges portant, soit sur le refus d'une salariée de se conformer à une procédure d'évaluation mise en place par l'employeur, soit sur les conséquences de l'évaluation), visé le « *pouvoir de direction né du contrat de travail* »¹⁶⁵, faisant ainsi directement référence à l'habilitation contractuelle de l'employeur¹⁶⁶.

¹⁶⁰ E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 4^e éd., 2009, p. 90 ; dans le même sens, cet auteur précise que « en droit français seul le contrat individuel de travail peut être reconnu comme norme d'habilitation du pouvoir juridique de l'employeur » (E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », études offertes à J. Pélissier, Dalloz 2004 p. 203 et s.)

¹⁶¹ G. Lyon-Caen, « Le pouvoir dans l'entreprise », in « Le pouvoir du chef d'entreprise », dir. J. Pélissier, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2002, p. 6.

¹⁶² L'auteur ajoute que cette habilitation contractuelle est « dissimulée, masquée. Le code du travail ne mentionne pas la société, mais son double "l'entreprise" ; il ne cite pas le PDG mais son jumeau le chef d'entreprise (...). Entreprise, chef d'entreprise, on admirera au passage le tour de prestidigitation : à l'entrée un contrat avec des droits et des obligations ; à la sortie, un organisme fonctionnant comme dans l'intérêt général avec des pouvoirs analogues à ceux qui s'exercent dans l'Etat et confiés à un chef » (art. préc. p. 5).

¹⁶³ Voir infra, n°223.

¹⁶⁴ Voir infra, n°291.

¹⁶⁵ Cass. Soc. 10 juillet 2002, n°00-42368 ; Cass. Soc. 5 novembre 2009, n°08-43112.

¹⁶⁶ Toutefois, des allusions contraires sont à signaler, renvoyant à un fondement légal (infra n°56), voire supra légal (infra, n°59), du pouvoir de l'employeur.



§2. L'absence de spécificité des manifestations disciplinaires et réglementaires du pouvoir de l'employeur

40. L'habilitation contractuelle de l'employeur lui confère un pouvoir « global », recouvrant des manifestations dites disciplinaires (I) ou réglementaires (II).

I. L'habilitation contractuelle de l'employeur à l'exercice du pouvoir dans ses manifestations disciplinaires

41. La spécificité d'un pouvoir de sanction, qui témoigne d'une autorité renforcée de son titulaire, peut conduire à se poser la question de savoir si son fondement pourrait différer de celui du pouvoir « général » de l'employeur. A côté d'un pouvoir d'organisation et de direction du travail tiré du contrat, existerait-il un versant disciplinaire du pouvoir issu d'une autre source, notamment de la loi ? Autrement dit, à un pouvoir organisationnel concédé par le contrat de travail avec l'accord du salarié, s'ajouterait-il un pouvoir de sanction extérieur à la commune volonté des parties qui s'imposerait au salarié sans que celui-ci ait consenti ni à sa création ni à son attribution à l'employeur ?

42. *L'unité du pouvoir de l'employeur.* Cette analyse n'est pas convaincante, en premier lieu en ce qu'elle postule la détention par l'employeur de pouvoirs distincts et autonomes : au pouvoir de direction s'ajouterait *par ailleurs* un pouvoir disciplinaire. Or, le pouvoir de l'employeur apparaît plutôt comme une réalité unique qui se décompose en diverses prérogatives¹⁶⁷, dont certaines présentent un aspect disciplinaire. Le rapport de subordination est un rapport unique de pouvoir. L'employeur est titulaire *d'un* pouvoir aux manifestations multiples¹⁶⁸, ce que l'emploi, par facilité de langage, des

¹⁶⁷ Monsieur le Professeur G. Lyon-Caen parle de « pouvoirs multiformes » de l'employeur (G. Lyon-Caen, « Le pouvoir dans l'entreprise », in « Le pouvoir du chef d'entreprise », dir. J. Pélissier, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2002)

¹⁶⁸ Cf. E. Dockès, *Droit du Travail*, Dalloz, 4^e édition, 2009, p. 81 : « l'employeur n'a fondamentalement qu'un pouvoir, le pouvoir de direction. Simplement ce pouvoir de direction peut être exercé, notamment, de manière réglementaire ou disciplinaire »



termes « pouvoir disciplinaire » et « pouvoir de direction » ne doit pas faire perdre de vue. L'employeur détient un pouvoir ayant pour finalité la mise en œuvre du contrat¹⁶⁹ et recouvrant les diverses prérogatives¹⁷⁰ jugées nécessaires par les parties pour atteindre cette finalité. Investi d'un pouvoir « global », l'employeur dirige puis éventuellement sanctionne.

C'est d'ailleurs ce que suggère la Cour de cassation lorsqu'elle évoque, pour définir le lien de subordination, « **le pouvoir [de l'employeur] de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné** »¹⁷¹. C'est bien d'un pouvoir qu'il est fait état, dont l'employeur tire diverses facultés. Comme le relève Monsieur le Professeur Mazeaud, « il existe d'abord et avant tout *un pouvoir* de l'employeur, qui se décline ensuite sur trois registres : direction, règlement, discipline »¹⁷².

L'unité du pouvoir de l'employeur apparaît d'ailleurs très clairement au regard des rapports qu'entretiennent ses aspects organisationnels et disciplinaires : ces deux aspects sont consubstantiels l'un à l'autre. D'une part, il n'est pas imaginé une faculté de diriger à laquelle ne soit pas associée une faculté de sanctionner : une telle faculté de sanction est jugée indispensable pour assurer le respect du pouvoir de l'employeur. D'autre part, une faculté de sanction indépendante d'un pouvoir de direction ou d'organisation n'aurait aucun sens dans la mesure où la notification d'une sanction suppose l'édiction préalable de règles auxquelles il aura été manqué¹⁷³. En ce sens, le pouvoir de sanction dont dispose l'employeur a pu être qualifié de « démembrement »¹⁷⁴, de « déclinaison »¹⁷⁵, de « prolongement »¹⁷⁶ ou encore

¹⁶⁹ Sur la finalité du pouvoir concédé à l'employeur, voir infra, n°220 et s.

¹⁷⁰ L'identification de ces différentes prérogatives est une question de détermination du contenu du pouvoir, non d'identification de son fondement. Voir infra, n°219.

¹⁷¹ Cass. Soc. 13 novembre 1996, n°94-13187, Bull. Civ. V, n°386 ; GADT, 4^e ed, 2008.

¹⁷² « Contractuel mais disciplinaire », A. Mazeaud, Dr. Soc. 2003, p. 164.

¹⁷³ Cf. J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 26^e éd, 2011 : « L'instauration et le maintien d'une discipline passe d'abord par la production de règles avant de se manifester par le prononcé de sanctions dites "disciplinaires" ».

¹⁷⁴ Cf. J. Pélessier, A. Jeammaud, A. Supiot, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 24^e ed., 2008, p. 725.

¹⁷⁵ E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 4^e éd., 2009, p. 81.



« d'attribut ou de corollaire »¹⁷⁷ du pouvoir de direction, et être présenté comme « le pouvoir de direction dans son expression coercitive »¹⁷⁸. Ces différentes présentations expriment bien l'idée, non seulement d'une unité du pouvoir de l'employeur, mais également de la complémentarité et de l'indissociabilité des prérogatives qu'il recouvre. Il serait donc artificiel de chercher au « pouvoir disciplinaire » un fondement distinct du « pouvoir de direction » de l'employeur. C'est d'un pouvoir unique aux manifestations diverses que l'employeur est titulaire ; le fondement de ce pouvoir ne peut, en conséquence, qu'être unique. Il réside dans le contrat de travail¹⁷⁹, que l'on considère le pouvoir sous un angle organisationnel ou disciplinaire.

43. L'accord de volontés relatif au pouvoir disciplinaire. Considérer le pouvoir disciplinaire comme un effet du contrat de travail est d'ailleurs conforme à la volonté des parties. Décidant de confier un pouvoir à l'employeur¹⁸⁰, les parties ont également eu l'intention de le rendre contraignant, d'en assurer l'effectivité, par l'attribution simultanée d'un pouvoir de sanction. L'accord de volontés des parties marquant la conclusion du contrat de travail porte également sur la concession à l'employeur d'un pouvoir disciplinaire : comme le rappelle Serge Frossard, « en sanctionnant le salarié, l'employeur agit (...) en tant que titulaire d'un pouvoir que lui confère le contrat dans le cadre de ce que les parties ont convenu »¹⁸¹. Le salarié accepte ou au moins est conscient qu'en concédant à l'employeur le pouvoir de diriger son activité professionnelle et en s'engageant à se conformer à ses directives, il lui reconnaît également un certain pouvoir disciplinaire¹⁸² ; le salarié concède un pouvoir global. Quant à l'employeur, il se conçoit nécessairement comme titulaire d'un pouvoir de sanction ; il entend disposer des moyens de faire respecter ses directives et n'admettrait pas d'être dépourvu des moyens

¹⁷⁶ « Modification du contrat de travail et droit disciplinaire », M-C Amauger-Lattes, Dr. Soc. 1998, p. 120.

¹⁷⁷ « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », A. Jeammaud, in *Le pouvoir de l'employeur*, dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.

¹⁷⁸ « Le contractuel pourchasse le disciplinaire », M. Morand, JCP E 1998, 2058.

¹⁷⁹ Voir supra, n°33 et s.

¹⁸⁰ Voir supra, n°37.

¹⁸¹ « La réaction de l'employeur à la faute du salarié », S. Frossard, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 231 et s.

¹⁸² Toutefois encadré par diverses limites : voir infra, n°282 et s.



de réprimer les manquements à ses ordres et directives.

II. L'habilitation contractuelle de l'employeur à l'exercice du pouvoir dans ses manifestations réglementaires

44. Le « réglementaire » semble a priori radicalement opposé au « contractuel ». Contrat et règlement apparaissent comme deux notions non seulement distinctes, mais surtout contraires : le contrat est échange de volontés alors que le règlement est expression unilatérale d'une volonté qui s'impose à autrui. Dans ces conditions, le « pouvoir réglementaire » classiquement reconnu à l'employeur peut-il être considéré comme issu lui aussi du contrat de travail ?

45. Le pouvoir « réglementaire », simple expression formalisée du pouvoir de l'employeur. En réalité, la dichotomie n'est qu'apparente entre pouvoir réglementaire de l'employeur et contrat de travail. L'expression « pouvoir réglementaire » désigne simplement la faculté (et l'obligation¹⁸³) pour l'employeur d'élaborer un règlement intérieur relatif aux mesures d'application des règles de santé et de sécurité et énonçant l'échelle des sanctions¹⁸⁴. Il est une déclinaison du pouvoir contractuel plus général de l'employeur d'organiser l'entreprise et l'activité des salariés. Le pouvoir « réglementaire » est le pouvoir par lequel l'employeur édicte par écrit certains ordres et certaines directives, de manière plus formalisée que dans l'exercice de son pouvoir « de direction ». La notion de « réglementaire », s'agissant du pouvoir de l'employeur, n'exprime qu'une distinction de forme. Il n'existe pas véritablement de « pouvoir réglementaire » de l'employeur : son aspect dit « réglementaire » n'est qu'un démembrement du pouvoir unitaire¹⁸⁵ institué par le contrat de travail. En tant que tel, il trouve également son fondement dans le contrat de travail. C'est du contrat que l'employeur tire la faculté d'édicter des normes, y compris lorsqu'il les exprime sous forme de clauses d'un règlement intérieur.

¹⁸³ C. trav. art. L 1311-2

¹⁸⁴ C. trav. art L 1321-1 et suivants.

¹⁸⁵ Sur l'unité du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°42.



La conclusion du contrat a emporté concession à l'employeur d'un pouvoir justifiant que des directives soient émises sous diverses formes. Le salarié contracte une obligation d'obéissance, ou de subordination, aux ordres de l'employeur, qu'ils soient ponctuels ou aient vocation à s'appliquer de manière pérenne, qu'ils soient émis verbalement ou par écrit, notamment dans un règlement intérieur. Il serait artificiel de considérer que l'échange de volontés, bien que portant sur la concession à l'employeur d'un pouvoir global d'organisation, n'aurait pas porté sur sa faculté d'inscrire certaines de ses directives dans un document formel par ailleurs encadré par la loi¹⁸⁶.

Sous – section 2. Habilitation contractuelle et capacité d'influence de l'employeur

46. La réalité de l'existence d'une capacité d'influence de l'employeur n'est pas méconnue par le constat du fondement contractuel du pouvoir de l'employeur. Faire le constat du fondement contractuel du pouvoir de l'employeur, d'une habilitation contractuelle à l'origine du pouvoir, n'aboutit pas à nier la réalité de l'existence de la capacité d'influence, du pouvoir de fait que celui-ci détient également¹⁸⁷, autrement dit à nier la réalité d'un déséquilibre extra-juridique entre employeur et salarié pour ne situer le rapport de pouvoir que sur le terrain des effets du contrat.

Le contrat ne fonde pas la capacité d'influence de l'employeur, qui préexiste¹⁸⁸ et dont le propre est précisément de n'être juridiquement fondée par aucune norme, contrat ou autre, mais de résulter de faits (notamment de la domination économique et de la détention des moyens de production¹⁸⁹). Au stade de l'exécution du contrat, dans une

¹⁸⁶ Sur la portée des dispositions légales relatives au règlement intérieur, voir infra, n°58.

¹⁸⁷ Sur la notion de capacité d'influence, voir supra, n°3.

¹⁸⁸ Cf E. Dockès : « le fait du pouvoir est premier. Les employeurs n'ont pas attendu l'autorisation de la loi ou du contrat pour commander leurs salariés » (« De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004 p. 206)

¹⁸⁹ Sur les origines de la capacité d'influence de l'employeur, voir supra, n°3.



large mesure, cette capacité d'influence subsiste¹⁹⁰. Le contrat n'a pas la faculté de la supprimer. Il n'a pas plus celle de la transformer : il n'en fait pas une prérogative juridique. Il n'a pas enfin celle d'en réduire la portée ; il est largement impuissant à y faire obstacle¹⁹¹. La capacité d'influence de l'employeur préexiste au contrat et persiste après sa conclusion.

47. En réalité, le contrat de travail et l'habilitation de l'employeur à l'exercice d'un pouvoir à laquelle il procède sont simplement indifférents à cette capacité d'influence. Avec beaucoup de pragmatisme le contrat se désintéresse de ce pouvoir de fait sur lequel il n'a aucune prise (mais que par ailleurs le droit cherche à encadrer à travers d'autres outils, notamment avec l'instauration d'une législation spéciale du travail et la promotion de l'action syndicale¹⁹²), pour habiliter l'employeur à l'exercice d'un autre pouvoir, juridique, rationalisé et encadré. Plutôt que de vainement tenter de maîtriser le pouvoir de fait de l'employeur, le contrat s'en détourne et instaure un pouvoir concurrent qu'il modèle et encadre. Pouvoir juridique et pouvoir de fait sont donc amenés à coexister tout en s'ignorant.

Faire le constat du fondement contractuel du pouvoir de l'employeur ne revient donc pas à nier cette réalité d'un pouvoir a-juridique de l'employeur mais à reconnaître que la notion de « pouvoir » de l'employeur revêt une double nature¹⁹³. A côté d'une capacité d'influence détenue en fait, réelle mais sans portée juridique et sans légitimité, et qui fait figure de nuisance dans les relations de travail, existe un pouvoir issu de l'habilitation contractuelle qui, seul, doit produire des effets juridiques.

¹⁹⁰ E. Dockès constate en ce sens que « la soumission, dans un contexte de travail subordonné, est monnaie courante ».

¹⁹¹ Sur les insuffisances du contrat face à la capacité d'influence de l'employeur, voir supra, n°4 et s.

¹⁹² Sur les outils de résistance à la capacité d'influence de l'employeur, voir supra, n°6 et s.

¹⁹³ Cf. P. Lokiec, pour qui il y a lieu d'opérer une « distinction de deux faces du pouvoir » (P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 13). Dans le même sens, E. Dockès rappelle que le « fait du pouvoir doit être soigneusement distingué des actes juridiques de pouvoir » (E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. Soc.* 2004, p. 620). Sur la distinction entre les notions de pouvoir de fait et de pouvoir juridique, voir supra, n°3 et n°10.



48. Le constat du fondement contractuel du pouvoir de l'employeur n'est pas remis en cause par celui de l'existence d'une capacité d'influence de l'employeur. A l'inverse, l'influence factuelle de l'employeur est sans incidence sur le fondement contractuel de son pouvoir juridique. Elle est impuissante à le priver de portée pour se révéler le véritable fondement du pouvoir exercé par l'employeur. Ce n'est pas le pouvoir de fait qui fonde le pouvoir juridique ; le pouvoir – prérogative de l'employeur n'est pas un effet de sa capacité d'influence. Il n'en est pas non plus la reprise par l'intermédiaire du contrat : il serait inexact de réduire le contrat de travail à une simple norme recognitive du pouvoir de l'employeur. Le contrat ne se borne pas à reconnaître un pouvoir préexistant, à reproduire et à légitimer un pouvoir de fait. Il *crée* un pouvoir¹⁹⁴ dont il définit la portée et les conditions d'exercice, dans un contexte *par ailleurs* marqué par une influence persistante de l'employeur. Le pouvoir de l'employeur, issu de l'habilitation contractuelle, est hermétique à la capacité d'influence détenue en fait.

49. Considérer que le contrat se borne à officialiser le pouvoir de fait de l'employeur reposerait d'abord sur une analyse de la volonté des parties (des deux parties) qui relèverait de la fiction. S'agissant du salarié, s'il peut être admis qu'il consent à attribuer à son employeur certaines prérogatives professionnelles définies et délimitées¹⁹⁵, en revanche il ne peut pas être sérieusement soutenu qu'en contractant, il entend reconnaître à l'employeur un pouvoir illimité, à la mesure de sa capacité d'influence et des variations que celle-ci est susceptible de connaître : le salarié n'entend pas reconnaître à l'employeur le *droit* d'imposer tout ce qu'il *peut*, en fait, imposer. S'agissant de l'employeur, il ne doit pas être perdu de vue que celui-ci entend toujours être investi d'un pouvoir sur le salarié ; or, considérer son pouvoir juridique comme le simple reflet de son pouvoir de fait ferait dépendre sa détention d'un pouvoir juridique

¹⁹⁴En ce sens, A. Jeammaud écrit que « les "pouvoirs de droit" ne sont pas tous des "pouvoirs de fait" reconnus par le droit. Leur présence dans le droit positif est **tantôt consécration et encadrement** d'un pouvoir-rapport social qui paraît "déjà là", **tantôt création et attribution** d'un pouvoir-prérogative sans origine dans un pouvoir factuel qu'il s'agirait de consacrer ou discipliner. Au demeurant, **même lorsqu'elle "habille" ce qui semble être d'abord du fait social, une juridification n'est jamais simple "enregistrement"** » (A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008

¹⁹⁵ Voir infra, n°223



de la pérennité de sa capacité d'influence, dont rien ne garantit qu'elle soit éternelle compte tenu de l'évolutivité des faits dont elle dépend¹⁹⁶.

50. Une telle analyse aboutirait de surcroît à une auto - légitimation du pouvoir, le pouvoir juridique résultant du pouvoir de fait par l'intermédiaire d'un contrat transparent. Celui qui, dans les faits, détiendrait un certain pouvoir, une certaine capacité d'influence, devrait pour cette seule raison être considéré et reconnu comme titulaire d'un pouvoir juridique, alors même qu'aucune norme ne l'aurait préalablement habilité à exercer un tel pouvoir. Cela reviendrait à admettre que « les rapports de domination existant en pratique » puissent « accéder d'eux mêmes à la vie juridique ». Une telle « accession au juridique sans habilitation », qui marquerait « la soumission du droit au pouvoir et [s'opposerait] à la limitation du pouvoir par le droit »¹⁹⁷, serait radicalement incompatible avec les principes d'un état de droit organisé en une structure pyramidale de normes. Elle serait la négation même du droit, en ce qu'elle n'est rien d'autre que l'affirmation à peine dissimulée de « la loi du plus fort ».

Section 2. Le refus à l'employeur d'un pouvoir extra-contractuel

51. Différents fondements au pouvoir de l'employeur ont été recherchés en dehors du contrat, mais il apparaît qu'aucun, qu'il s'agisse de la loi (sous - section 2), des normes supra - légales (sous - section 3), ou de « l'institution » (sous - section 1), ne peut être considéré comme habilitant l'employeur à l'exercice d'un pouvoir.

¹⁹⁶ Puisque la capacité d'influence de l'employeur ne résulte d'aucune norme, mais de faits, elle est éminemment dépendante d'un certain nombre d'éléments « de contexte », économiques, sociaux, politiques. Ainsi, dans une hypothèse de plein-emploi accompagnée d'un déclin du modèle du salariat auquel serait préféré l'auto-entrepreneuriat ou l'exercice de professions libérales, la difficulté potentielle que rencontreraient les employeurs à recruter les salariés dont ils ont besoin aboutirait à la disparition de leur capacité d'influence, le « rapport de force » s'inversant au profit des salariés.

¹⁹⁷ E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203 et s.



Sous – section 1. L'absence de fondement institutionnel

52. La source du pouvoir de l'employeur a parfois été recherchée au sein de la théorie dite « de l'institution ». La notion d'institution n'est, en elle-même, pas dénuée de pertinence. Les éléments de définition qu'a pu en livrer Hauriou sont riches de perspectives : « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communions dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »¹⁹⁸.

L'intérêt principal de la notion d'institution est de fournir une explication juridique cohérente de certains phénomènes sociaux qui, par nature, se situent en marge du droit positif. Ainsi en est-il du principe même de l'organisation étatique¹⁹⁹ ou encore des événements politiques et historiques majeurs débouchant sur des bouleversements des régimes et des modes de gouvernement. La théorie de l'institution, par le biais d'un recours au droit naturel, justifie *a posteriori* ces phénomènes et leurs effets ; en y associant une idée d'œuvre, elle leur fournit la légitimité qu'ils ne peuvent trouver dans le droit positif, en raison, soit de son inexistence (cf., à l'état de nature, le cas de la création de l'Etat), soit de son opposition expresse au phénomène en cause (cf. les multiples incriminations applicables à un mouvement insurrectionnel ou révolutionnaire). De cette légitimité découle la force obligatoire des normes créées : le pouvoir exercé par l'entité s'impose. L'institution est ainsi génératrice de pouvoir, ou du moins justifie que l'entité considérée soit génératrice de pouvoir.

Un tel processus de légitimation *a posteriori*, parce qu'il justifie l'a-juridisme du phénomène considéré au moment de sa survenance, est éminemment relatif : son application dépend de l'issue du phénomène en cause et de l'adhésion qu'il suscite. En

¹⁹⁸ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in « Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté », Cahiers de la nouvelle journée, n°23.

¹⁹⁹ Cf E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », Droit et Société 30-31/1995, p. 381 : l'auteur explique qu'Hauriou a d'abord pensé la théorie de l'institution essentiellement autour du modèle de l'Etat



cela, il consacre la prééminence du Fait sur le Droit (positif). Il ne peut donc qu'être exceptionnel et doit reposer sur un large consensus social (auquel Hauriou fait référence à travers les « manifestations de communions » qu'il estime nécessaires).

53. C'est pourquoi son application à l'entreprise est particulièrement contestable. L'entreprise est un sujet de droit. Elle s'inscrit dans le droit positif, sous l'une des formes prévues et régies par le système juridique en vigueur (en l'état du droit positif français, elle prend donc la forme d'une société commerciale ou civile, ou d'une association). Il n'est pas nécessaire ni approprié d'expliquer son existence en recourant au droit naturel par le biais de la théorie institutionnelle comme l'a fait Paul Durand. L'entreprise et la relation de travail n'ont rien d'une « institution » ; elles ne sont que des formes de relations de droit privé ancrées dans le droit positif.

L'origine du pouvoir qu'exerce l'employeur (et non pas l'entreprise²⁰⁰) ne peut donc être institutionnelle. La théorie du pouvoir attachée à l'institution ne peut pas être invoquée pour expliquer le pouvoir de l'employeur. Il n'y a pas dans l'entreprise « d'idée d'œuvre » justifiant en elle-même l'exercice d'un pouvoir par l'employeur (qualifié pour l'occasion de « chef d'entreprise »). L'entreprise ne crée pas spontanément un pouvoir²⁰¹. Rien ne le justifierait.

54. En réalité, le recours à la théorie institutionnelle pour justifier le pouvoir de l'employeur n'est qu'une tentative pour expliquer le pouvoir juridique de l'employeur par sa capacité d'influence²⁰² préexistante²⁰³. Détenteur *en fait* d'un pouvoir issu de sa domination économique, l'employeur serait *de ce fait* également titulaire d'un pouvoir

²⁰⁰ Cf. G. Lyon-Caen, qui qualifie ce fréquent glissement terminologique de « tour de prestidigitation » (G. Lyon-Caen, « Le pouvoir dans l'entreprise », in « Le pouvoir du chef d'entreprise », dir. J. Pélissier, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2002, p. 6).

²⁰¹ A. Fabre, Le régime du pouvoir de l'employeur, Thèse, Paris X, 2006, p. 15 : « en tant qu'elle constitue une institution, l'entreprise générerait donc spontanément du pouvoir ».

²⁰² Sur la notion de capacité d'influence, voir supra, n°3.

²⁰³ En ce sens, E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », préc. : la « conception d'un droit soumis au fait, qui est une des formes que peut prendre le jusnaturalisme ou le sociologisme, a été déclinée sous des formes très variables. La principale, historiquement, est la théorie institutionnelle ».



juridique. Parce que détenteur d'une capacité d'influence, l'employeur accèderait au rang de chef (d'entreprise) et en tirerait un pouvoir juridique : une telle conception, qui renvoie, à travers le filtre de l'institution, à l'autolégitimation du pouvoir, ne peut pas être défendue dans un Etat de droit²⁰⁴.

Cette théorie est d'autant plus inacceptable juridiquement que, de surcroît, le pouvoir a parfois été présenté comme appartenant *par essence* à l'employeur, comme étant une « prérogative naturelle » de celui-ci²⁰⁵, ou encore, ainsi qu'a cru devoir un temps l'affirmer la Cour de cassation, comme étant « *inhérent à sa qualité* »²⁰⁶. Une telle théorie postulant la supériorité naturelle de certains hommes sur les autres, actant la persistance d'un « patronat de droit divin », est non seulement moralement scandaleuse mais également juridiquement illicite au regard du principe constitutionnel d'égalité.

Sous – section 2. L'absence de fondement légal

55. Reconnaissance légale et encadrement légal du pouvoir. Il ressort très clairement des dispositions du Code du travail que le rapport de travail est conçu comme un rapport de pouvoir. L'existence d'un pouvoir de l'employeur est reconnue par la loi, qui s'efforce de l'encadrer, de l'assortir de limites²⁰⁷. Ces limites sont diverses : obligation faite à l'employeur de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé des salariés²⁰⁸, interdiction de motiver une décision de manière discriminatoire²⁰⁹, encadrement de la fixation de la durée et des horaires de travail²¹⁰, encadrement de la

²⁰⁴ Voir supra, n°48 et s., spéc. n°50.

²⁰⁵ P. Durand, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947, p. 430.

²⁰⁶ Cass. Soc. 16 juin 1945, Dr. Soc. 1946, p. 427, note P. Durand, GADT 4^e ed, 2008. P. Durand croyait alors devoir saluer « une excellente formule, au style ferme, [à] la hardiesse novatrice », considérant le pouvoir (disciplinaire en l'espèce) comme « un attribut naturel, attaché à la fonction de chef d'entreprise ».

²⁰⁷ Cf. A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl. n°1340 du 11 février 2008, p. 21 : « Que des dispositions, sans nommer ce pouvoir, prévoient et parfois prescrivent, encadrent, soumettent à des procédures ou à une exigence de motivation, voire de justification, des mesures qui ont le sens d'actes pris dans son exercice, implique la reconnaissance de ce dernier ».

²⁰⁸ C. trav. art. L 4121-1 .

²⁰⁹ C. trav. art. L 1132-1.

²¹⁰ C. trav. art. L 3131-1 et suivants.



faculté de sanctionner le salarié²¹¹... La loi perçoit et encadre le pouvoir de l'employeur. C'est d'ailleurs plus du pouvoir de fait que du pouvoir juridique de l'employeur qu'il s'agit : la législation du travail fait obstacle au libre usage par l'employeur de sa capacité d'influence²¹², elle tend à éviter que l'usage par l'employeur de son pouvoir juridique issu du contrat de travail ne soit déformé par son pouvoir de fait. Elle fait, depuis ses origines, office de correctif au déséquilibre entre les parties à la relation de travail ; elle trouve son sens et sa finalité dans ce déséquilibre.

56. Un constat : l'absence de disposition légale attribuant un pouvoir. Mais si la loi reconnaît et encadre le pouvoir de l'employeur, pour autant, elle ne l'institue pas, qu'il s'agisse du pouvoir de fait (qui n'est issu d'aucune norme) ou du pouvoir juridique : aucun texte ne concède un pouvoir à l'employeur²¹³. Le Code du travail se borne à régir un pouvoir préexistant dont il ne constitue pas la source²¹⁴ et sur la source duquel il ne se prononce d'ailleurs pas. On ne peut pas voir dans les dispositions limitant le pouvoir de l'employeur un fondement de ce pouvoir. Il y aurait là une inversion de logique : si un phénomène appelle un encadrement compte tenu de sa capacité de nuisance, l'encadrement qui lui est apporté ne peut pas être analysé à lui seul comme son fondement, sauf à considérer que l'encadrement a moins pour fonction *d'encadrer* que de *légitimer*²¹⁵ (mais même à considérer que son encadrement légitime le pouvoir en en rationalisant l'usage, la légitimation n'est pas le fondement). Les occasionnelles allusions jurisprudentielles²¹⁶ à un fondement légal du pouvoir sont donc très

²¹¹ Infra, n°57

²¹² Voir supra, n°7

²¹³ Cf. J. Pélissier, A. Jeammaud, A.Supiot, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 24^e éd., 2008, p. 721 : « aucune disposition légale n'investit expressément l'employeur d'un "pouvoir" ou d'un "pouvoir de direction". On ne saurait dire, pour autant, qu'aucune norme de l'ordre juridique de ce pays ne reconnaît ce pouvoir ». Dans le même sens : A. Jeammaud, M. Le Friant, et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », D 1998, A-38 : « le code du travail ne consacre pas formellement cette autorité. Ces prérogatives juridiques se dessinent en creux ».

²¹⁴ En ce sens, E. Dockès, « de la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », prec. : « Une telle norme d'habilitation ne peut pas non plus être découverte dans la loi qui ne mentionne pas le pouvoir de direction de l'employeur ».

²¹⁵ Cf. J. Pélissier, A. Jeammaud, A.Supiot, préc., p. 42-43 : « Le droit du travail serait ambivalent : il protégerait réellement les travailleurs des excès tout en organisant et légitimant leur exploitation par le capital ».

²¹⁶ Cass. Soc. 18 octobre 2006 n°04-48612, Sem. Soc. Lamy n°1281, D. 2007, 695, note J. Mouly ; Cass. Soc. 7 juillet 2004 n°02-41276.



étonnantes, ce d'autant plus qu'elles sont en contradiction avec le courant constant reconnaissant que le lien de subordination, donc le pouvoir de l'employeur, résulte du contrat de travail²¹⁷. Il faut cependant constater que, dans aucun des arrêts où elles figurent, ces allusions n'ont eu une quelconque incidence sur l'issue du litige. Elles ont été, dans les cas d'espèce tranchés, sans aucune portée, et rien n'indique qu'au plan des principes, une portée supérieure doive leur être reconnue.

57. Un constat applicable aux manifestations disciplinaires du pouvoir. S'agissant des manifestations disciplinaires du pouvoir de l'employeur, l'analyse contractuelle²¹⁸ aurait pu sembler contredite par l'existence d'un « droit disciplinaire »²¹⁹ légal, codifié aux articles L 1331-1 et suivants du Code du travail. Mais l'existence d'une telle contradiction aurait supposé que la loi puisse être considérée comme le fondement du pouvoir disciplinaire, ce qui n'est pas le cas.

Aucune disposition légale ne prétend conférer un pouvoir disciplinaire à l'employeur. Aucun texte ne prétend créer ou instituer un pouvoir de sanction ni l'attribuer à l'employeur. D'ailleurs les employeurs n'ont pas attendu 1982, année d'institution légale du droit disciplinaire, pour se considérer investis d'un tel pouvoir qui, effectivement, n'était pas le fruit de leur capacité d'influence mais leur était attribué par le contrat de travail.

En revanche, il apparaît très clairement à la lecture des dispositions du Code du travail que leur objet est de rationaliser et d'encadrer le pouvoir disciplinaire par diverses exigences de procédure²²⁰ et de motivation²²¹ et par l'institution d'un contrôle judiciaire²²². La loi traite d'un pouvoir disciplinaire dont elle *constate* l'existence et

²¹⁷ Voir supra, n°37

²¹⁸ Supra, n°34 et s.

²¹⁹ L'expression correspond à l'intitulé du titre 3 du livre 3 de la première partie du nouveau code du travail.

²²⁰ C. trav. art. L 1332-1 et suivants.

²²¹ C. trav. art. L 1331-1, qui vise un « agissement considéré comme fautif » ; Art. L 1332-1 qui vise « les griefs retenus ».

²²² C. trav. art. L 1333-1 et suivants.



qu'elle appréhende mais qu'elle n'a pas elle-même créé²²³.

Les dispositions de l'article L 1331-1, qui énoncent que « *constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* », illustrent bien la finalité du droit disciplinaire. Ce texte n'est pas une norme attributive d'un pouvoir de sanction, mais constitue un élément fondamental du dispositif légal d'encadrement du pouvoir de sanction. En effet, il livre une définition extensive de la sanction disciplinaire (« *toute mesure* »), au point d'appréhender les sanctions impliquant une modification du contrat de travail (sans les autoriser pour autant²²⁴), afin d'assurer l'effectivité de l'encadrement du pouvoir disciplinaire de l'employeur, en donnant aux garanties légales, notamment au contrôle du juge, un large champ d'application, y compris s'agissant de mesures que l'employeur n'aurait pas qualifiées de sanctions mais qui en auraient la nature. Il est un outil de cantonnement du pouvoir disciplinaire, en aucun cas son fondement ni sa légitimation.

La Cour de cassation a récemment confirmé que le fondement du pouvoir disciplinaire de l'employeur ne résidait pas dans la loi, à l'occasion d'un litige opposant la Fédération française de football à un arbitre demandant que soit reconnue entre eux l'existence d'un contrat de travail. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir débouté l'arbitre de ses demandes, après avoir opéré diverses constatations sur la nature des rapports entre les parties, dont une relative à l'origine du pouvoir disciplinaire de la Fédération : « *le pouvoir disciplinaire exercé par la FFF était la conséquence de prérogatives de puissance publique destinées à assurer l'organisation de la pratique*

²²³ En ce sens, cf. S. Frossard, « La réaction de l'employeur à la faute du salarié », art. préc. : « Les différents efforts entrepris par les parlementaires et les magistrats pour domestiquer et rationaliser le pouvoir disciplinaire de l'employeur n'entament pas le fait que l'employeur dispose bien en la matière d'un pouvoir ». Cf. également F. Dumont, JCP S 2009, 1185 : « La loi du 4 août 1982 (...) a introduit dans le code du travail des dispositions visant à réglementer le pouvoir disciplinaire de l'employeur soumis, auparavant, à un contrôle juridictionnel très réduit. Sans remettre en cause ce pouvoir, le législateur en limite l'exercice ».

²²⁴ Sur l'absence d'autorisation par la loi, notamment par l'article L 1331-1 du Code du travail, des sanctions emportant modification du contrat de travail, et par conséquent sur le bien fondé de la jurisprudence dite Le Berry, voir infra, n°297.



arbitrale, d'où il résultait que le pouvoir exercé par cette dernière n'était pas assimilable à celui dont dispose un employeur sur son personnel »²²⁵. Parce que le pouvoir disciplinaire de la FFF résulte de la loi, il n'est pas assimilable à celui d'un employeur. C'est dire a contrario que le pouvoir disciplinaire que détient l'employeur dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail ne résulte pas de la loi mais du contrat lui-même²²⁶.

58. *Un constat applicable aux manifestations réglementaires du pouvoir.* De même, la loi n'institue pas un « pouvoir réglementaire » de l'employeur. En exigeant la rédaction d'un règlement intérieur²²⁷, elle se borne à poser des exigences de forme applicables aux décisions prises dans certaines matières, notamment en matière de santé et sécurité, et à contraindre l'employeur à user de son pouvoir dans ces matières sensibles. En cela, elle est génératrice de contraintes pour l'employeur ; elle encadre son pouvoir ; elle tente de le guider vers un exercice conforme aux obligations légales et contractuelles de sécurité et de prévenir son inaction. Mais elle ne fonde pas un « pouvoir réglementaire » de l'employeur qui, en réalité, n'existe pas en tant que tel et n'est qu'un aspect du pouvoir contractuel d'organisation²²⁸.

Sous – section 3. L'absence de fondement supra – légal

59. Il semblait aller de soi que le pouvoir de l'employeur ne trouvait aucun fondement au sein des normes supra légales, notamment constitutionnelles. Aucun texte ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne reconnaît ni n'attribue un pouvoir patronal. Notamment, comme l'a parfaitement démontré Monsieur le Professeur Dockès²²⁹, la liberté d'entreprendre qui a, selon le Conseil constitutionnel, valeur de principe constitutionnel²³⁰, ne fonde pas le pouvoir de l'employeur. Proclamée en 1791 « contre

²²⁵ Cass. Soc. 12 janvier 2010, n°07-45210, JCP S, 2010, 1214, note D. Jacotot.

²²⁶ Sur le fondement contractuel du pouvoir disciplinaire, voir supra n°41 et s.

²²⁷ C. trav. art. L 1311-2.

²²⁸ Supra, n°44 et s.

²²⁹ E. Dockès, « Le pouvoir patronal au dessus des lois ? », Dr. Ouv. 2005, p. 1.

²³⁰ Décision 81-132 du 16 janvier 1982.



le pouvoir des maîtres, contre la subordination des compagnons »²³¹, la liberté d'entreprendre est une opposition au pouvoir et non un fondement du pouvoir. Elle garantit le libre exercice d'une activité professionnelle, non l'exercice d'un pouvoir des uns sur les autres dans le cadre de l'exercice de certaines activités professionnelles.

Dans ces conditions, la position exprimée par la Cour de cassation dans un arrêt²³², resté isolé, selon laquelle une « *atteinte au pouvoir de direction* » (consistant en l'espèce en une remise en cause du choix de l'emplacement de pointeuses) emportait violation du « *principe fondamental de la liberté d'entreprendre* », est particulièrement critiquable dans la mesure où elle relie ces deux notions qui n'ont rien en commun, et croit pouvoir élever le pouvoir au rang de droit fondamental. Il a été très justement relevé que si « le pouvoir peut être un droit subjectif, il n'est jamais un droit fondamental de la personne humaine » car « il n'existe pas de droit fondamental qui garantisse le droit de commander autrui »²³³. Le pouvoir de l'employeur ne résulte pas de la liberté d'entreprendre.

60. Loi, Constitution, Institution ; autant de normes ou théories dans lesquelles le pouvoir de l'employeur ne trouve aucun fondement. Son fondement est purement contractuel.

²³¹ E. Dockès, préc.

²³² Cass. Soc. 13 juillet 2004, n°02-15142, Bull. Civ. V, n°205.

²³³ E. Dockès, préc.



Titre 2. La détermination de la subordination

61. Parce qu'elle implique une restriction des libertés individuelles, la subordination doit être strictement délimitée. Cette exigence générale est relayée sur le terrain contractuel, puisqu'en tant qu'objet de l'obligation du salarié²³⁴ la subordination doit être déterminée²³⁵, au sens de l'article 1129 du Code civil.

Mais comment déterminer la subordination ? Il faut ici se référer à la finalité de l'exigence de détermination de l'objet des obligations, qui est d'identifier « ce qui est dû » par le débiteur, de cerner la portée exacte de ses obligations²³⁶, autrement dit de savoir « en quoi consiste exactement la prestation promise »²³⁷. Appliquée à la subordination, la règle implique que le salarié ait connaissance de l'étendue de son obligation de respect des directives de l'employeur. Concrètement, une telle connaissance suppose une double démarche.

61-1. D'abord, le *domaine* de la subordination doit être connu. Le lien de subordination ne lie les parties que dans l'exécution du contrat de travail. Il n'est pas absolu ni permanent. Il ne vaut que dans certaines limites ; il doit être circonscrit dans le temps, dans l'espace et dans le type de prestation de travail qu'il concerne. Ces frontières dessinent une sphère de subordination, entendue comme le champ au sein duquel le salarié se conforme au pouvoir contractuel de l'employeur et en dehors duquel il retrouve son entière autonomie. La détermination de l'obligation de subordination du

²³⁴ Voir supra, n°26 .

²³⁵ Sur l'applicabilité de l'article 1129 du Code civil à l'obligation de subordination, Voir supra, n°27.

²³⁶ Cf. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 4^e éd, 2009, p. 299 ; J. Gesthin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993, p. 665 s ; J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit Civil, Les obligations*, Vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010, p. 216 s.

²³⁷ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, p. 284.



salarié implique en premier lieu l'identification de cette sphère de subordination que le salarié consent à créer et à intégrer pour l'accomplissement de sa prestation de travail (Chapitre 1).

61-2. Ensuite, les *implications* de la subordination doivent être cernées. La connaissance par le salarié de l'étendue de son obligation de subordination suppose d'identifier les directives auxquelles il doit se conformer. Quels sont les ordres légitimes ? Quels sont les ordres illégitimes, qu'il peut refuser d'exécuter ? Il s'agit ici de cerner le contenu de l'habilitation contractuelle que reçoit l'employeur à l'exercice d'un pouvoir²³⁸, autrement dit d'identifier les prérogatives que l'employeur tire de son pouvoir et ainsi d'identifier corrélativement les obligations d'obéissance qui découlent pour le salarié de son obligation générale de subordination (Chapitre 2).

62. En résumé, d'une part le salarié n'est tenu d'obéir qu'« à certains ordres de l'employeur »²³⁹, et d'autre part les pouvoirs de l'employeur « ne peuvent s'exprimer que dans le cadre contractuel tracé par la volonté des parties », ce qui s'explique par la circonstance que le salarié consent « seulement à ce que ses actions soient dirigées plus ou moins étroitement pour la réalisation de la prestation de travail à laquelle il s'engage »²⁴⁰.

²³⁸ Sur la concession par le salarié d'un pouvoir à l'employeur, dans le cadre de la conclusion du contrat de travail, ou autrement dit sur la nature contractuelle du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°34 et s.

²³⁹ E. Dockès, art. préc. p. 141.

²⁴⁰ S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.



Chapitre 1. Identification d'une sphère de subordination

63. L'obligation de subordination du salarié ne valant qu'au temps et au lieu du travail, la délimitation de la sphère de subordination suppose de répondre à une triple question : quel temps ? quel lieu ? quel travail ?²⁴¹. Autrement dit, la sphère de subordination doit être identifiée dans ses différentes dimensions, matérielle, temporelle, géographique.

Les contours matériels de la sphère de subordination renvoient à l'identification de la prestation de travail²⁴². Le contrat doit déterminer la prestation pour l'exécution de laquelle il est conclu, ce qui suppose d'identifier les fonctions du salarié²⁴³. Si une liste limitative des tâches que le salarié pourra être amené à exécuter n'est pas nécessaire, la fixation de la nature du travail s'impose. C'est uniquement dans le cadre de l'exécution de ces fonctions contractuellement prévues que le salarié est tenu de se conformer aux directives de l'employeur²⁴⁴ (Section 1).

Dans sa dimension temporelle, la sphère de subordination implique la détermination de la durée²⁴⁵ et des horaires²⁴⁶ de travail. C'est ainsi le temps de la subordination qui doit

²⁴¹ Rapp. P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383, qui note que « le travail (...) se subdivise en trois questions : un travail, lequel ; un travail, où ; un travail, quand et combien ? ».

²⁴² La prestation de travail participe en elle-même de l'objet de l'obligation, mais peut également être appréciée en tant qu'elle constitue un aspect de la sphère de subordination, elle-même partie intégrante de l'objet de l'obligation, puisque son identification limite le pouvoir de l'employeur dans l'attribution des tâches.

²⁴³ Voir infra, n°65 et s.

²⁴⁴ A. Gardin résume cette idée à travers la notion d'« ordre acceptable », qui implique que la directive de l'employeur n'est légitime et exécutoire que si elle « correspond à l'activité normale du salarié telle que prévue par les parties » (A. Gardin, « Une illustration de l'insubordination du salarié : le refus d'exécuter une tâche », Dr. Soc. 1996, p. 363).

²⁴⁵ Voir infra, n°104 et s.



être fixé, quant à son volume et quant à sa localisation, temps en dehors duquel le salarié n'est tenu à aucune obligation d'obéissance envers son employeur, ses activités relevant de sa vie personnelle²⁴⁷ (Section 2).

Enfin, la dimension géographique de la sphère de subordination exige la fixation d'un lieu de travail²⁴⁸, qui a pu être qualifié d'« aire d'autorité » de l'employeur²⁴⁹, en dehors duquel le salarié est en droit de refuser d'exécuter sa prestation et de se conformer aux ordres et directives de son employeur (Section 3).

Ces différentes dimensions de la sphère de subordination ne sont pas de simples caractéristiques de l'emploi du salarié²⁵⁰ mais procèdent de l'objet de son obligation, en tant qu'elles délimitent l'obligation de subordination qu'il a accepté de souscrire²⁵¹. Elles sont donc par nature des « éléments contractuels ». Le salarié contracte en tenant compte de chacun de ces aspects de la sphère de subordination : il s'engage pour effectuer une prestation de travail précise, correspondant à ses aspirations et à ses compétences, quantifiée par la référence à une durée du travail, en un lieu et selon des horaires de travail identifiés, qu'il juge compatibles avec sa vie personnelle, familiale et sociale, et avec les restrictions qu'il accepte d'y apporter, l'ensemble de ces paramètres et leur combinaison étant constitutifs d'une obligation de subordination d'une certaine étendue dont il considère que la rémunération qu'il perçoit est la juste contrepartie ou à tout le moins une contrepartie acceptable.

²⁴⁶ Voir infra, n°155 et s. Il y a lieu de relever d'emblée qu'en l'état actuel, la jurisprudence retient une solution contraire.

²⁴⁷ Vie personnelle dont on sait que certains aspects perdurent au temps et au lieu du travail. Sur ce sujet, voir infra, n°308 et s., et voir notamment : F. Favennec-Hery, « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », RJS 2001, p. 940 ; J-E. Ray, « Vies professionnelles et vies personnelles », Dr. Soc. 2004, p. 5 ; « Temps professionnels et temps personnels », Dr. Soc. 2004, p. 58 ; P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 2004, p. 23 ; A. Lepage, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », Dr. Soc. 2006, p. 364.

²⁴⁸ Voir infra, n°191 et s.

²⁴⁹ P-H. Mousseron, « Le lieu de travail, territoire de l'entreprise », Dr. Soc. 2007, p. 1110..

²⁵⁰ Expression utilisée par G. Couturier, « La rémunération, élément du contrat de travail », Dr. Soc. 1998, p. 523

²⁵¹ En ce sens, Monsieur le Professeur Pélissier écrit que « la prestation personnelle de travail (...) se compose elle-même de trois éléments : nature du travail, durée du travail et lieu de travail » (J. Pélissier, « La détermination des éléments du contrat de travail », Dr. Ouv. 2005, p. 92).



La fixation des différentes composantes de la sphère de subordination par le contrat de travail permet au salarié d'avoir une connaissance précise de ses obligations : elle est en cela un outil de protection²⁵². Elle le garantit contre les éventuels excès de l'employeur dans l'utilisation de son pouvoir et préserve sa vie personnelle.

Section 1. Les contours matériels de la sphère de subordination

64. Parce que le salarié ne s'engage pas comme « homme à tout faire » louant sa « force de travail »²⁵³, la prestation de travail à l'exécution de laquelle il s'engage, donc l'étendue de son obligation d'obéissance aux directives professionnelles de son employeur dans l'affectation des tâches composant cette prestation (traçant les limites matérielles de la sphère de subordination), doivent être déterminées ou au moins déterminables.

Aux termes de l'article 1129, alinéa 1, du Code civil, c'est « l'espèce » du travail²⁵⁴ formant l'objet de la prestation du salarié, c'est-à-dire la nature du travail, qui doit être déterminée (Sous-section 1). Les tâches composant la prestation de travail, par ailleurs appelées à varier pendant l'exécution du contrat au gré des affectations du salarié décidées par l'employeur (Sous-section 2), peuvent n'être que déterminables.

Sous-section 1. La détermination de la nature du travail

65. La détermination de la nature du travail pour l'exécution duquel le contrat est conclu permet l'identification d'une prestation de travail cohérente (§1). Cette détermination peut résulter d'une définition de la finalité de l'emploi occupé, de sa qualification, de sa description par une énumération des tâches caractéristiques, ou encore de la combinaison de ces techniques. Les modes d'identification de la nature du travail sont

²⁵² Comme l'écrit G. Béliet, « Le travail à temps partiel annuel : un nouveau pas vers "l'indétermination" dans le contrat de travail », Dr. Soc. 1994, p. 176 : « protection et certitudes sont indissociables ; quasi synonymes ».

²⁵³ Sur la notion de force de travail et son incompatibilité avec l'exigence de détermination, voir supra, n°23.

²⁵⁴ En ce sens, E. Dockès, art. préc., p. 144.



donc multiples ; mais cette multiplicité est parfois détournée pour évincer l'exigence de détermination de « l'espèce » du travail, à travers la notion de polyvalence (§2).

§1. Identification d'une prestation de travail cohérente

66. L'identification d'une prestation de travail cohérente passe par celle de la nature du travail (I), qui peut être réalisée selon différents modes (II).

I. Recherche de l'identification de la nature du travail

67. *Rationalisation de la prestation de travail.* L'exigence de détermination de « l'espèce » du travail implique l'identification de la nature de ce travail. Le contrat de travail doit permettre de connaître la catégorie de travail à exécuter. Le salarié s'engage à l'accomplissement d'une prestation de travail qu'il identifie, au moins dans ses traits principaux, grâce à sa « catégorisation ». La relation contractuelle doit donc être articulée autour de l'exécution d'une prestation de travail cohérente, car procédant d'une nature de travail. L'impératif rattachement de la prestation de travail à une « espèce » déterminée de travail implique une certaine rationalisation de la prestation de travail.

Il s'agit de cerner la substance de la mission du salarié, ce qui renvoie à la question : « pourquoi le salarié est-il embauché ? ». La réponse à cette question donne le sens de l'emploi²⁵⁵ : « le salarié est embauché pour confectionner des repas ; pour assurer la gestion du système informatique ; pour récolter des fruits et légumes ; pour pratiquer un sport en compétition... ». L'emploi du salarié doit avoir un sens, perceptible par le résultat visé, en lien avec une nature de travail. Il constitue un ensemble logique ; il procède de l'attribution d'une mission cohérente au salarié.

La prestation de travail du salarié ne peut en effet être conçue que comme une globalité

²⁵⁵ La notion d'emploi est ici utilisée dans le sens « d'activité humaine ». Sur la polysémie de la notion d'emploi, voir L. Mallet et M-L Morrin, préc.



rationnelle, recouvrant un ensemble articulé de tâches complémentaires ou connexes car relevant de la même « espèce » de travail dont elles constituent des déclinaisons. A l'inverse, le contrat ne peut se contenter de prévoir une prestation de travail constituée d'une simple addition de tâches éparses, sans rapport les unes avec les autres, formant un ensemble ad hoc dépourvu de logique et d'élément fédérateur et ne permettant pas d'identifier la nature du travail. Si les parties entendent définir expressément les tâches à accomplir, elles doivent le faire en se référant à une nature de travail unique²⁵⁶.

68. Déterminabilité des tâches caractéristiques. Si, au contraire, les parties n'énumèrent pas les tâches composant l'emploi, ou ne le font que succinctement et à titre indicatif, au stade de la conclusion du contrat, la nature du travail permet de rendre ces tâches déterminables. La nature du travail tient en effet lieu de référence à partir de laquelle peuvent être déduites les tâches concrètes qui la composent, qui constituent les différentes facettes de « l'espèce » du travail à effectuer et qui pourront donc être requises du salarié à un moment ou à un autre de la relation de travail²⁵⁷, sans pour autant être toutes et toujours exécutées²⁵⁸. Les tâches caractéristiques de l'emploi, mais également les tâches complémentaires ou connexes, sont ainsi rendues déterminables. Il s'agit cette fois de répondre à la question : « quelles sont les implications concrètes du travail ? », ce qui suppose de procéder à une interprétation du contenu objectif de l'emploi.

69. En cours d'exécution du contrat, la nature du travail tient lieu de critère d'interprétation pour apprécier la concordance d'une tâche demandée aux prévisions contractuelles. Elle établit une « zone d'acceptabilité »²⁵⁹ au sein de laquelle s'exerce le pouvoir d'affectation de l'employeur²⁶⁰, et trace les limites de l'obligation de

²⁵⁶ Voir infra, n°75. La jurisprudence réserve cependant une exception déroutante, avec l'admission de la notion de « polyvalence » discrétionnaire. Voir infra, n°80 et s.

²⁵⁷ Il s'agit ici de « tracer de façon réciproque les caractéristiques auxquelles devra répondre l'objet de la prestation, c'est-à-dire les activités que le salarié pourra être amené à remplir dans les différents postes singuliers auquel il sera affecté » (L. Mallet et M-L. Morin, art. préc., p. 665).

²⁵⁸ Voir infra, n°86 et s.

²⁵⁹ L. Mallet et M-L. Morin, art. préc., p. 662.

²⁶⁰ Voir infra, n°86 et s.



subordination du salarié. Concrètement, il s'agit de se demander si telle tâche particulière participe de la nature du travail convenue, de la substance de la mission du salarié²⁶¹, de sorte qu'elle peut être exigée de ce dernier, ou si elle l'excède, ce qui autorise le salarié à refuser de l'exécuter. Il s'agit ici de répondre à la question : « l'exécution de cette tâche est-elle cohérente au regard de la finalité de la prestation de travail ? ».

L'analyse de la tâche demandée au crible de la nature du travail contractuellement définie va dans le sens des intérêts du salarié, qui dispose ainsi d'un outil de contrôle du pouvoir d'affectation détenu par l'employeur. Mais l'employeur peut lui aussi y trouver intérêt puisqu'une telle analyse intègre une certaine dose de souplesse dans l'exécution du contrat de travail, notamment en termes d'adaptation du travail aux évolutions techniques et technologiques : sous réserve d'avoir préalablement assuré sa formation à cette tâche²⁶², l'employeur pourra affecter le salarié à l'exécution d'une tâche nouvellement apparue, inconnue lors de la conclusion du contrat de travail, mais découlant de la nature du travail telle qu'ayant évolué.

II. Modes d'identification de la nature du travail

70. Pour identifier la nature du travail, les parties peuvent se contenter de définir la finalité de l'emploi du salarié (A). Elles peuvent aussi convenir d'une qualification de l'emploi occupé (B), le décrire en établissant une énumération des tâches caractéristiques (C), ou encore combiner ces techniques (D).

A. Définition de la finalité de l'emploi

71. Pour identifier l'emploi du salarié, les parties peuvent décider de définir expressément sa finalité, c'est-à-dire la mission du salarié, en répondant dans le contrat

²⁶¹ Un arrêt a pu se référer à la notion de « logique des fonctions » : CA Montpellier, 10 juin 1993, SA Transause c/ Lalzace, cité par A. Gardin, art. préc.

²⁶² On sait que l'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi : Cass. Soc. 25 février 1992, n°89-41634, Bull. Civ. V n°122.



de travail à la question : « pourquoi le salarié est-il embauché ? », sans par ailleurs nommer l'emploi par attribution d'une qualification. Le sens de l'emploi est néanmoins perceptible. La mission du salarié ainsi définie tient alors lieu de « référent » pour déterminer les tâches exigibles²⁶³.

B. Qualification de l'emploi

72. Pour déterminer la nature du travail et permettre l'identification des tâches caractéristiques, les parties peuvent arrêter une qualification contractuelle de l'emploi. Il s'agit d'attribuer à ce dernier un « titre » révélateur de la nature du travail, de nommer la nature du travail, de manière objective et sans référence à la personne du salarié²⁶⁴. Les parties déterminent la qualité en laquelle le salarié est embauché. Si la qualification retenue est suffisamment explicite (pour le sens commun ou pour « l'Homme du métier » au regard des usages professionnels), elle permet à elle seule d'identifier la nature du travail. Elle fait de plus office de standard objectif recouvrant par essence un ensemble de tâches « catégorisées »²⁶⁵, qui sont ainsi déterminables lors de la conclusion du contrat. En ce sens, elle « spécifie l'offre d'emploi »²⁶⁶ ; elle relie la prestation de travail à un « emploi type »²⁶⁷.

²⁶³ Voir supra, n°67 et s.

²⁶⁴ Cependant, la notion de qualification est parfois comprise comme désignant non la nature du travail, mais « l'aptitude du salarié à occuper un emploi » (J. Yung Hung, « Aspects juridiques de la qualification professionnelle », Thèse, Toulouse, 1982). Dans cette seconde acception, elle renvoie aux compétences du salarié (voir également P. Santelmann, « la reconnaissance de la qualification professionnelle, Dr. Soc. 1995, p. 1014). Néanmoins, les deux acceptions se rejoignent si l'on considère, comme le fait Monsieur le Professeur Antoine Lyon-Caen (« Le droit et la gestion des compétences », Dr. Soc. 1992, p. 574) que si « la qualification est reconnaissance d'une aptitude », c'est en ce sens qu'elle est « une relation entre les qualités d'un salarié et l'activité qu'il exerce », une « identité déterminée par accord » et non « un attribut du salarié », ce qui implique que « la qualification contractuellement arrêtée constitue la mesure de ce que l'employeur peut exiger du salarié ». En cela, la qualification joue plus un rôle d'identification du travail à effectuer que des compétences du salarié. Elle s'attache aux aptitudes du salarié non de manière abstraite, mais aux aptitudes en tant que tâches pouvant être effectuées. Il ne s'agit pas des aptitudes personnelles, mais des aptitudes contractuelles.

²⁶⁵ Que les parties peuvent par ailleurs préciser en en dressant une liste : infra, n°75 et s.

²⁶⁶ J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 24^e édition, 2008, p. 271

²⁶⁷ La convention collective nationale du commerce et de la réparation de l'automobile définit la qualification professionnelle comme « un ensemble d'activités constitutives d'un emploi type dans un domaine d'activité déterminé ».



73. La détermination des tâches inhérentes à l'emploi tel que qualifié et dont le salarié est débiteur suppose d'interpréter la qualification non seulement en elle-même, mais également au regard de l'entreprise, en tenant compte de ses caractères et spécificités (taille, traditions, qualité des savoirs et des prestations...). Par exemple, un emploi de cuisinier ne comportera pas les mêmes obligations selon que le salarié est employé par un restaurant gastronomique ou par un établissement de restauration rapide. Si dans le second cas la confection de tous types de plats peut être requise du salarié, dans le premier le haut niveau de technicité des tâches pourra conduire à restreindre les obligations du salarié, par exemple en excluant la confection de desserts qui relèvent d'un emploi de pâtissier²⁶⁸.

74. De façon constante, la jurisprudence et la majorité de la doctrine considèrent la qualification comme un élément contractuel. La Cour de cassation se réfère fréquemment à la notion de qualification pour apprécier la validité de l'attribution d'une tâche nouvelle par l'employeur au salarié²⁶⁹. C'est encore la qualification qu'elle recherche, à partir de la réalité des relations de travail, dans le silence du contrat sur la détermination de la nature du travail (ou en l'absence de contrat écrit)²⁷⁰.

Pourtant la qualification n'est qu'un mode d'identification, certes fréquemment utilisé, mais non exclusif et -sauf convention collective contraire- non obligatoire, de la nature du travail, laquelle est l'élément contractuel visé²⁷¹. L'excès de l'employeur dans l'attribution des tâches s'apprécie au regard de la nature du travail qui forme l'objet de l'obligation du salarié. De même, en l'absence de prévisions contractuelles expresses,

²⁶⁸ On perçoit ici que les notions de métier et de compétence sont néanmoins susceptibles d'exercer une certaine influence sur l'appréciation du contenu de la qualification.

²⁶⁹ Cass. Soc. 10 mai 1999, n°96-45673, Bull. Civ. V, n°199 ; RJS 1999 n°791 ; Dr. Soc. 1999, p. 736, obs B. Gauriau ; Cass. Soc. 6 février 2002, n°99-45995 ; Cass. Soc. 7 février 2007, n°05-43680 ; Cass. Soc. 25 mars 2009, n°07-45266 ; Cass. Soc. 27 octobre 2009, n°08-42707 ; Cass. Soc. 20 janvier 2010, n°08-42739, qui énonce que « un changement d'affectation caractérise une modification du contrat de travail dès lors qu'il concerne des fonctions de qualification différente ». Néanmoins, la Cour de cassation se réfère parfois à d'autres critères, tels que la « mission », les « attributions », ou même « la nature des fonctions » : voir infra n°91.

²⁷⁰ Cass. Soc. 10 mai 2000, n°98-41466 ; Cass. Soc. 20 novembre 2006, n°05-42568.

²⁷¹ En ce sens, M. Morand note que « ce qui semble contractuel, c'est la nature de l'emploi occupé et le contenu des tâches qu'il comporte et non l'appellation conventionnelle » (M. Morand, « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP E 2003, 704).



c'est la nature du travail qui doit être recherchée. Enfin, lorsque l'employeur prétend modifier expressément la qualification du salarié, c'est parce que cette modification entraîne celle de la nature du travail à effectuer qu'elle exige l'accord du salarié²⁷² (a contrario, si la qualification est renommée sans modification de son contenu, ce changement terminologique ne caractérise pas une atteinte à la nature du travail ni une modification du contrat).

En visant fréquemment la qualification plutôt que la nature ou « l'espèce » du travail, vraisemblablement par simple commodité de langage (tentante, il est vrai, lorsqu'une qualification est effectivement stipulée), la jurisprudence assimile deux notions certes liées, mais distinctes. La détermination de la nature du travail s'impose, contrairement à la fixation d'une qualification qui peut être remplacée par une description de l'emploi.

C. Description de l'emploi

75. Conditions de validité. Les parties peuvent préférer déterminer l'emploi du salarié en procédant à l'énumération des tâches caractéristiques le composant plutôt qu'en le qualifiant ou en identifiant sa finalité²⁷³. Si ces tâches sont réellement connexes ou complémentaires et forment ainsi un ensemble cohérent, elles permettent d'identifier « l'espèce » du travail unique dont elles relèvent, bien que cette « espèce » soit innommée. Il est donc possible de cerner la nature commune des tâches et la finalité de l'emploi du salarié. Le processus est inversé (ce sont les tâches qui permettent de déterminer la nature du travail, non le contraire : les tâches sont déterminées, la nature du travail est déterminable), mais les contours matériels de la sphère de subordination sont identifiés. La clause d'énumération des tâches est alors valable.

²⁷² La Cour de cassation le confirme ponctuellement. Ainsi, dans une espèce où un employeur prétendait imposer au salarié, « chef cuisinier », d'occuper les fonctions de « magasinier », il a été jugé que cette décision caractérisait une modification du contrat de travail car elle « transformait les attributions du salarié **en changeant** sa qualification professionnelle » (Cass. Soc. 2 octobre 2002, n°00-42003). Dans le même sens, un employeur ne peut imposer à un salarié « carrossier-peintre » de devenir « responsable de l'atelier de peinture » car cette directive « transforme les attributions du salarié » (Cass. Soc. 16 décembre 1998, n°96-41845, Bull. Civ. V, n°557 ; RJS 1999, n°154).

²⁷³ A ce sujet, la directive du 14 octobre 1991 prévoit que l'information due au salarié doit soit porter sur la catégorie d'emploi, soit consister en « la caractérisation ou la description sommaire du travail ».



Par exemple, si le contrat de travail stipule que le salarié est embauché en vue de « créer et assurer l'entretien d'un site internet de l'entreprise, entretenir le réseau informatique, apporter une assistance technique informatique aux salariés de l'entreprise », il apparaît que les différentes tâches prévues relèvent bien d'une même nature de travail et forment un ensemble cohérent.

La clause est en revanche nulle si les tâches énumérées sont excessivement diversifiées et ne relèvent pas d'une espèce commune de travail. Dans une telle hypothèse les tâches prévues ne concourent pas à la réalisation d'une prestation de travail cohérente (elles ne constituent pas un emploi) ; dans l'exercice de son pouvoir d'affectation, l'employeur pourrait faire basculer le salarié d'une espèce de travail à une autre, sans que ces variations soient prévisibles. L'énumération contractuelle des tâches définit alors une prestation de travail ne satisfaisant pas à l'exigence de détermination²⁷⁴. La clause d'énumération des tâches est un mode valable d'identification de la nature du travail, mais elle ne doit pas être l'occasion de contourner les exigences de l'article 1129 du Code civil. Une « espèce » de travail doit être identifiée.

76. Caractère limitatif de l'énumération. En présence d'une telle clause d'énumération des tâches, au stade de l'exécution du contrat de travail, le salarié peut-il se voir imposer l'exécution d'autres tâches que celles énumérées par le contrat ? Si ces tâches relèvent d'une autre nature de travail, la réponse est assurément négative : le salarié ne peut pas être contraint d'effectuer des tâches ne relevant pas de la nature du travail, même innommée, qu'il a acceptée. Qu'en est-il des tâches connexes, relevant de la même nature de travail ?

Si le contrat stipule que l'énumération n'est pas limitative et n'interdit pas à l'employeur d'affecter le salarié à l'exécution d'autres tâches connexes ou complémentaires, celles-ci peuvent être imposées. La connexité de ces tâches les rendait déterminables dès la formation du contrat.

²⁷⁴ Sur les conséquences et les sanctions de la nullité de la clause, voir infra, n°84.



En l'absence de telles stipulations, ces tâches peuvent être refusées par le salarié. En effet, en énumérant dans le contrat de travail les tâches à effectuer, les parties ont déterminé tout à la fois « l'espèce » du travail *et* ses déclinaisons concrètes ; elles ont donc été au-delà des exigences légales qui impliquent de déterminer l'objet de l'obligation « *au moins quant à son espèce* »²⁷⁵. Les tâches à effectuer sont déterminées ; il n'est donc pas nécessaire de les rechercher à partir de la nature du travail. L'énumération contractuelle définit une prestation de travail correspondant à une fraction « d'espèce » de travail et cette stipulation s'impose²⁷⁶. La référence à la nature commune des tâches sert ici à apprécier la validité de l'énumération au regard de l'exigence de cohérence de la prestation de travail, mais ne permet pas d'étendre les obligations du salarié à l'ensemble des tâches relevant de la même nature²⁷⁷. L'employeur ne pourra que *proposer* au salarié l'exécution d'une tâche nouvelle.

Le cas échéant, l'énumération des tâches pose également la question de son articulation avec la qualification contractuelle ou la finalité de l'emploi définie.

D. Combinaison des techniques d'identification

77. *Cumul à visée explicative.* Les parties peuvent prévoir une qualification contractuelle ou une définition de la finalité de l'emploi *et* une énumération de tâches. Ce cumul peut résulter du contrat de travail lui-même ou de la référence à la convention collective applicable (hypothèse dans laquelle le contrat mentionne une qualification dont la convention collective détaille les tâches qui en résultent).

L'adjonction d'une énumération de tâches à la qualification est souvent rendue indispensable par une certaine tendance à l'attribution de qualifications obscures. Le choix par les parties de termes peu explicites ne permettant pas d'identifier la prestation

²⁷⁵ Cod. Civ. Art. 1129.

²⁷⁶ On trouvera une application de ce principe dans un arrêt de la Cour de Cassation du 26 mai 1998, n°96-40617 : voir infra, n°92

²⁷⁷ On perçoit la double finalité de la nature du travail : rendre déterminables les tâches lorsqu'elles ne sont pas prévues ; apprécier leur cohérence lorsqu'elles le sont.



de travail, l'extrême spécialisation de la qualification stipulée ou encore l'attribution de qualifications « maison » propres à l'entreprise contractante mais inconnue en dehors, sont autant de facteurs d'obscurité des qualifications. De même, la finalité de l'emploi peut avoir été définie en termes généraux.

Dans de telles hypothèses la qualification ou la finalité de l'emploi ne suffisent pas à identifier la nature du travail. L'énumération des tâches a donc pour fonction de les illustrer. Elle contribue à mieux cerner leurs implications. Elle a donc en principe une valeur purement indicative. Son objet est d'assurer la parfaite information des contractants et le caractère éclairé de leur consentement. La qualification ou la finalité de l'emploi reste le mode principal d'identification de la nature du travail.

En conséquence, les tâches non expressément visées dans l'énumération mais connexes ou complémentaires peuvent être imposées au salarié puisqu'elles résultent non pas de l'interprétation extensive de la clause d'énumération mais de la qualification ou de la finalité de l'emploi qui a été convenue pour identifier la nature du travail et qui recouvre par essence un ensemble de tâches ne s'arrêtant pas à celles expressément citées à titre d'illustration²⁷⁸.

Néanmoins, selon la rédaction de la clause, par exception, l'énumération peut ne pas simplement revêtir une valeur indicative mais produire un effet « restrictif » ou un effet « acquisitif » sur les tâches.

78. Effet « restrictif » de la clause d'énumération des tâches. La clause d'énumération peut stipuler que le salarié ne s'engage qu'à l'exécution des tâches expressément citées, à l'exclusion de toute autre tâche même découlant normalement de la qualification ou de la finalité d'emploi visée. Une telle clause a pour effet de restreindre les obligations

²⁷⁸ La situation est différente de celle envisagée précédemment (n°76), où la question était de savoir si, en l'absence de qualification et d'identification de la finalité de l'emploi, les tâches non visées dans la clause d'énumération mais participant de la même nature de travail s'imposent au salarié. Dans cette situation, les parties s'étaient accordées sur un nombre limité de tâches, dont il fallait par ailleurs qu'elles soient rattachables à une nature de travail pour satisfaire à l'exigence de détermination et à ses implications en termes de cohérence de la prestation de travail.



inhérentes à ces standards ; elle n'affecte donc pas la détermination de la prestation de travail. Le salarié n'est tenu qu'à une fraction de « l'espèce » du travail ; son emploi est plus « ciblé » qu'aux termes de la seule qualification ou finalité d'emploi. La situation est la même qu'en présence d'une clause d'énumération des tâches sans qualification contractuelle ni stipulation de la finalité de l'emploi²⁷⁹, mais elle suppose ici une stipulation expresse en ce sens²⁸⁰.

Pour éviter une telle situation, les employeurs, non seulement s'abstiennent en règle générale de toute stipulation à vocation limitative, mais insèrent fréquemment des formules destinées à rappeler le caractère purement informatif et non limitatif de la clause d'énumération. Il est ainsi courant de trouver des énumérations de tâches accompagnées de formules telles que : « le salarié sera *notamment* chargé des fonctions suivantes » ; « *sans* que cette liste soit *limitative* » ; « *à titre indicatif*, le salarié assurera les tâches suivantes » ; « le salarié pourra être appelé à *effectuer d'autres tâches* relevant de sa qualification ». Il s'agit de simples rappels du droit commun, en réalité superfétatoires.

79. Effet « acquisitif » de la clause d'énumération des tâches. Les clauses d'énumération peuvent également produire un effet « acquisitif », qui semble être moins bien perçu et anticipé par les employeurs.

Il peut en effet être soutenu que les tâches énumérées par le contrat, sans par ailleurs exclure l'ajout d'autres tâches, sont « intouchables » et constituent le socle minimum de l'emploi. L'employeur ne pourrait pas les retirer unilatéralement au salarié qui serait en droit d'exiger de poursuivre leur exécution. Les tâches visées seraient contractualisées. Cette position a été soutenue²⁸¹ s'agissant d'un salarié employé sous la qualification de « technico-commercial » et dont le contrat de travail stipulait : « *dans le cadre de sa mission M. X... aura **notamment** à promouvoir les produits [de la société], former les*

²⁷⁹ Voir supra, n°76

²⁸⁰ Dans le cas d'une énumération sans qualification, il a été vu que le droit du salarié de refuser les tâches non expressément citées est acquis même sans stipulation expresse en ce sens.

²⁸¹ Cass. Soc. 7 juin 2006, n°04-44815.



clients sur les produits, fournir une assistance technique ». Classiquement, l'employeur avait rappelé le caractère non limitatif de cette énumération, en ajoutant que « *M. X... peut être amené à assurer d'autres tâches relevant de sa qualification* ». Mais aucune stipulation ne rappelait le caractère illustratif des tâches visées. Or, l'employeur avait retiré ces fonctions au salarié et l'avait affecté à un service « *location* ». La Cour d'appel avait admis la position du salarié selon laquelle les tâches visées par la clause « *étaient contractuelles* » et ne pouvaient lui être retirées. Elle avait ordonné sous astreinte la « *réintégration du salarié dans ses fonctions contractuelles* ». Le pourvoi de l'employeur faisait valoir que « *la seule mention de certaines tâches ou fonctions dans le contrat de travail n'a pas pour effet de les contractualiser, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera exclusivement ces tâches* », et « *qu'en affirmant néanmoins que les tâches de M. X... consistant à assurer la promotion des produits [de la société], la formation des clients, leur assistance technique, étaient contractuelles quand le contrat n'indiquait ces tâches qu'à titre d'information, et précisait que M. X... pouvait exécuter d'autres tâches relevant de sa qualification, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil* ». Ce pourvoi est rejeté. La Cour de cassation considère, sans toutefois se prononcer sur la nature exacte de la clause d'énumération des tâches, que « *la modification concernait non de simples tâches parmi d'autres mais l'économie fonctionnelle du contrat de travail (...) et caractérisait un trouble manifestement illicite* ». Certes, en l'espèce la modification des tâches paraissait excessive et excédait la qualification du salarié, donc « l'espèce » du travail. L'employeur prétendait retirer l'ensemble des tâches caractéristiques de l'emploi, qui s'en trouvait modifié. Sa condamnation était inévitable, non pas seulement sur le fondement de la contractualisation des tâches, mais également sur le fondement de l'atteinte à la substance de l'emploi.

Le raisonnement paraît cependant transposable à d'autres énumérations de tâches, même lorsque les tâches visées sont moins caractéristiques de l'emploi²⁸². Il ne devrait

²⁸² Certaines entreprises ont perçu l'éventualité d'un effet « acquisitif » des clauses d'énumération, et entendent s'en prémunir par une stipulation expresse. Notamment, on lit dans certains contrats de travail conclus par une entreprise de restauration ferroviaire, que l'« énumération est non exhaustive et ne saurait conduire l'entreprise à systématiquement mettre en œuvre chacune [des tâches] ».



pas pouvoir être soutenu que ces clauses sont purement informatives, sauf à méconnaître la notion de clause informative qui doit s'entendre, ainsi que l'a exposé Monsieur le Professeur Péliissier, de la clause qui « a trait à un fait ou à une donnée normative préexistant à la rédaction du contrat. Il s'agit d'une "clause de constatation" »²⁸³. Or une clause d'énumération des tâches n'a pas pour objet de préciser une donnée préexistante, mais une donnée contractuelle : l'emploi du salarié.

Pour autant, considérer que les tâches énumérées sont contractuelles et ne peuvent être retirées purement et simplement ne conduit pas à considérer que ces tâches doivent toutes et toujours être mises en œuvre²⁸⁴. Le pouvoir d'affectation de l'employeur lui permet d'imposer une certaine variation des tâches²⁸⁵. Il lui est simplement interdit de retirer définitivement ou durablement les tâches contractuellement confiées au salarié.

§2. Non-identification d'une prestation de travail cohérente

80. Objectif : recherche de « flexibilité ». L'exigence de détermination de l'objet de l'obligation impose une certaine prévisibilité de la relation contractuelle. Appliquée à la nature du travail, l'exigence de détermination impose une certaine prévisibilité du travail à effectuer. Mais il est connu que, de certains points de vue, « prévisibilité » rime avec « rigidité ». D'où l'idée, développée et appliquée par certains employeurs désireux de bénéficier d'une plus grande « flexibilité », d'une prestation de travail affranchie de l'exigence de détermination de la nature du travail par la promotion d'une notion dite de « polyvalence ». Il s'agit d'attribuer au salarié une qualification « d'employé polyvalent » recouvrant un ensemble de tâches diverses sans cohérence ni rattachement à une « espèce » de travail.

81. Moyens : amalgame entre nature du travail et qualification. Les données de

²⁸³ J. Péliissier, « La détermination des éléments du contrat de travail », Dr. Ouv. 2005, p. 92. Sur ce sujet voir également, du même auteur : « Pour un droit des clauses du contrat de travail », RJS 2005, p. 499, et « Clauses informatives et causes contractuelles du contrat de travail », RJS 2004, p.3.

²⁸⁴ Ce d'autant plus que certains contrats énumèrent les tâches de manière quasi intégrale et extrêmement détaillée, parfois sur plusieurs pages.

²⁸⁵ Voir infra, n°86 et s.



l'opération sont les suivantes :

- on sait qu'en principe la détermination de la nature du travail s'impose²⁸⁶ et que la stipulation d'une énumération de tâches éparses ne permet pas de contourner cette exigence²⁸⁷ ;
- mais on sait aussi qu'il est souvent opéré, parfois par la jurisprudence elle-même, un raccourci conduisant à assimiler la qualification à la nature du travail²⁸⁸ ; en pratique, la validité de l'énumération des tâches est donc appréciée au regard de la qualification et non au regard de la nature du travail ;
- on sait également que les qualifications sont souvent obscures et supposent d'être éclairées par une liste de tâches indicatives²⁸⁹ ;
- en conclusion, la validité de la liste de tâches s'apprécie (en pratique) au regard de la qualification qui (si elle est obscure) s'identifie au regard de la liste de tâches... La nature du travail est évincée, la qualification est dénaturée : il n'existe plus aucun « référent » pour apprécier la validité de l'énumération des tâches. Dès lors, il est aisé de contourner l'exigence de détermination de la nature du travail, simplement en attribuant à la prestation de travail une qualification obscure (telle que celle « d'employé polyvalent »), sans aucun sens en elle-même, et de définir librement les tâches censées en découler. Sous couvert de « préciser » la qualification, il est loisible à l'employeur de procéder à une énumération des tâches les plus diverses, relevant de multiples « espèces » de travail. En cas de contentieux, il sera soutenu par l'employeur que les tâches du salarié relèvent bien de sa qualification contractuelle... Ce qui est paradoxalement exact puisque cette « qualification » n'existe qu'au regard de la liste de tâches prévue au contrat !

²⁸⁶ Voir supra, n°67 et s.

²⁸⁷ Voir supra, n°75.

²⁸⁸ Voir supra, n°74

²⁸⁹ Voir supra, n°77 et s.



82. Résultat : indétermination. Pourtant il est impossible à la lecture de l'énoncé de la qualification « d'employé polyvalent » de déterminer la nature du travail que le salarié s'engage à effectuer. L'employeur est libre de définir des fonctions relevant de plusieurs « espèces » de travail, puis au cours de l'exécution du contrat de travail de faire basculer le salarié d'une « espèce » de travail à une autre. Par exemple, les contrats conclus par une célèbre enseigne de restauration rapide contiennent les stipulations suivantes :

« L'employé est engagé en qualité d'équipier polyvalent. L'employé pourra occuper l'une quelconque des tâches relevant de sa fonction dont la liste non exhaustive figure ci-dessous.

Utiliser les caisses enregistreuses, prendre et servir les commandes, manipuler les équipements pour les frites, manipuler les machines à boisson, manipuler le grill, préparer les pains, préparer les condiments, nettoyer la salle, ramasser les papiers d'emballage se trouvant à l'extérieur du restaurant, nettoyer les postes de travail, mettre le restaurant en route, décharger les camions de livraisons, transférer les aliments de l'entrepôt à la cuisine, vider et nettoyer les poubelles.

En outre la nécessaire polyvalence des tâches peut conduire l'employé à effectuer toute autre tâche imposée par les nécessités du service ressortant de sa qualification ».

Au sein de cette entreprise, la qualification « d'équipier polyvalent » recouvre donc des tâches relevant de quatre « espèces » de travail : cuisinier, caissier, balayeur et manutentionnaire. Aucun critère objectif ne permet de déterminer la part de chacune de ces natures de travail dans la prestation qui devra être exécutée. Lors de la conclusion du contrat de travail, le salarié est incapable de cerner la réalité de la prestation de travail à laquelle il s'engage (exclusivement cuisinier ? mi-balayeur, mi-manutentionnaire ?). Lors de l'exécution du contrat, il ne peut s'opposer à la variation, même incessante, de la nature de son travail. La polyvalence fait alors office de clause de variation déguisée²⁹⁰.

²⁹⁰ Les deux notions se distinguent. S'agissant d'une clause de variation, la nature du travail du salarié est déterminée, mais il est précisé que cette nature pourra être modifiée en cours d'exécution du contrat par



83. La qualification « d'employé polyvalent » occulte la question de la nature du travail en optant pour une appellation vide de sens, en ce qu'aucune tâche ne lui est inhérente. Les tâches que le salarié devra exécuter ne sont connues que par leur énumération et peuvent correspondre à n'importe quel aspect de l'activité de l'entreprise²⁹¹. Aucun élément fédérateur ne les relie. En réalité, la qualification « d'employé polyvalent » est la négation même de la notion de qualification. Le salarié « polyvalent » est un salarié sans emploi déterminé. Il suffit, pour achever de s'en convaincre, de constater l'extrême diversité des entreprises recourant à cette notion. On trouve des « employés polyvalents » au sein d'hôtels, de restaurants, de supermarchés, de stations services, de banques, de parfumeries, de bibliothèques, et même... de poney-club ! Comment admettre qu'une qualification permet d'identifier un emploi cohérent quand elle est utilisée dans les mêmes termes aussi bien pour désigner un emploi de banquier que de salarié d'un poney club ?

Le terme même de « polyvalence » traduit bien l'impasse sémantique dans laquelle se trouve l'employeur qui tente d'attribuer un intitulé d'emploi synthétisant différentes natures du travail. Aucun terme cohérent ne regroupe les fonctions (par exemple) de cuisinier et de balayeur. La « polyvalence » ne le permet pas non plus. Elle traduit seulement l'idée de variation des natures de travail. Mais elle traduit aussi leur indétermination. Finalement, la qualification « d'employé polyvalent » n'est rien d'autre qu'une version modernisée de la qualification « d'homme à tout faire ».

84. Nullité de la clause de polyvalence et rétablissement de la nature du travail évincée. Le contentieux sur cette question semble faible, voire inexistant. La Cour de cassation n'a, semble-t-il, jamais été appelée à statuer sur la validité d'une telle

l'employeur. Une telle clause est nulle. S'agissant d'une « clause de polyvalence », dès la conclusion du contrat, il est prévu un cumul de natures de travail placées sur un pied d'égalité, l'employeur se réservant la possibilité d'affecter quotidiennement le salarié à l'exécution de tâches relevant de n'importe laquelle de ces natures de travail.

²⁹¹ La prestation de travail du salarié est « définie » plus au regard de l'activité de l'entreprise qu'au regard du travail à effectuer (souvent d'ailleurs la qualification précise le secteur d'activité : par exemple « employé polyvalent de station service »). L'employeur entend se réserver la faculté d'adapter l'emploi du salarié aux nécessités de l'entreprise, comme il le ferait avec une clause de variation. L'indétermination est alors d'autant plus grande que l'activité de l'entreprise est diversifiée.



prestation de travail. Il ne fait cependant pas de doute qu'au regard de l'article 1129 du Code civil, la clause de polyvalence est nulle.

Les conséquences de la nullité varient selon les circonstances de son invocation. Si depuis son embauche, le salarié a été cantonné dans l'exécution de tâches relevant d'une unique « espèce » de travail, à sa demande cette « espèce » de travail doit être retenue comme formant, seule, l'objet de son obligation²⁹². Il en résulte qu'en cours d'exécution du contrat de travail, le salarié pourrait invoquer la nullité de la clause et la nature réelle de son travail pour, d'une part refuser d'exécuter les tâches relevant d'une autre espèce de travail que son employeur prétendrait lui assigner sur le fondement de la clause d'énumération des tâches et pour, d'autre part, refuser que lui soient retirées les tâches jusqu'alors exécutées. Il pourrait également saisir la juridiction prud'homale afin que soit judiciairement déterminée la nature de son travail et qu'il soit ordonné sous astreinte à l'employeur qui aurait imposé une affectation illicite de le réaffecter à des tâches conformes à cet emploi. Le licenciement motivé par le refus de l'affectation illicite serait sans cause réelle ni sérieuse puisque sanctionnant le droit du salarié de refuser l'extension de la sphère de subordination au-delà de ses contours matériels ; les voies de la prise d'acte ou de la résiliation judiciaire seraient ouvertes au salarié si l'employeur imposait une affectation irrégulière.

Si, à l'inverse, depuis son embauche le salarié a effectivement été affecté à des tâches relevant de plusieurs espèces de travail, la détermination de la nature de son travail peut se révéler plus problématique pour le juge, notamment lorsqu'aucune affectation principale ne se dégage. En effet, dans une telle hypothèse, la détermination de la nature du travail à partir de la réalité de la prestation de travail est une impasse, sauf à retenir la plus favorable pour le salarié (ou considérée comme telle par lui), ce qui se justifierait par son statut de partie ayant subi la clause, ou sauf à renvoyer à la négociation des parties, ce qui reste une option sans garantie de réussite et qui ne peut être que temporaire, le juge devant, in fine, trancher le litige à défaut de conciliation des parties.

²⁹² A l'inverse le salarié doit être admis à rapporter la preuve de ce que cette affectation ne correspond pas à ses prévisions et à demander sa réaffectation.



Dans tous les cas, le salarié doit pouvoir obtenir la condamnation de l'employeur à des dommages et intérêts réparant le préjudice résultant nécessairement de la présence de la clause illicite de polyvalence l'ayant privé des garanties de l'exigence de détermination de l'objet des obligations, limitant le pouvoir d'affectation de l'employeur.

Sous-section 2. La variabilité déterminable du travail

85. Dans le respect des limites matérielles de la sphère de subordination tracées par la détermination de l'« espèce » de travail, l'employeur tire du contrat de travail le pouvoir d'affecter le salarié à l'exécution de l'une quelconque des tâches qui forment l'objet de son obligation (§1). Mais l'exercice de ce pouvoir d'affectation est parfois excessif et constitue alors un manquement contractuel (§2).

§1. Pouvoir d'affectation de l'employeur

86. L'emploi recouvre une multiplicité de tâches ; mais celles-ci ne sont pas toutes ni toujours exécutées. Au contraire, elles sont susceptibles de variations. C'est à l'employeur qu'il revient de procéder, au cours de l'exécution du contrat de travail, à l'affectation du salarié à l'une ou l'autre des tâches relevant de la nature du travail convenue. Le pouvoir d'affectation reconnu à l'employeur lui permet d'adapter le quotidien de la prestation de travail du salarié aux impératifs de l'entreprise²⁹³, dans le respect des limites de l'« espèce » de travail qui définit les frontières à l'intérieur desquelles les tâches peuvent valablement évoluer et assure ainsi le respect de l'exigence de détermination.

87. La jurisprudence exprime ce principe de variabilité des tâches à travers une formule constante utilisée pour la première fois dans un arrêt du 10 mai 1999²⁹⁴ : « *la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il effectuait*

²⁹³ Monsieur le Doyen Waquet note à ce sujet qu'« une certaine mobilité fonctionnelle est nécessaire à la vie des entreprises » (P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 387).

²⁹⁴ Cass. Soc. 10 mai 1999, n°96-45673, Bull. Civ. V, n°199 ; RJS 1999, n°791 ; Dr. Soc. 1999, p. 736, obs B. Gauriau.



antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification²⁹⁵, ne caractérise pas une modification du contrat de travail », de sorte que le changement d'affectation du salarié s'analyse en un changement « *des conditions de travail [décidé par l'employeur] dans le cadre de son pouvoir de direction* », que le salarié ne peut refuser.

Les faits de l'espèce illustrent parfaitement l'équilibre recherché par la jurisprudence : une salariée occupant un emploi d'ouvrière agricole, affectée jusqu'alors principalement à la cueillette des citrons, l'avait été par son employeur à l'engainage²⁹⁶ des bananes. Considérant cette nouvelle affectation comme une sanction, la salariée n'avait pas repris le travail et avait été licenciée. Devant les juges du fond, la question de l'existence d'une sanction déguisée n'avait pas été discutée, le débat se concentrant sur la question de la validité de la réaffectation au regard de l'affectation antérieure. La Cour d'appel avait considéré que le changement de tâches voulu par l'employeur « *avait une incidence sur les fonctions de la salariée, [et] apportait une modification substantielle et non accessoire aux conditions d'exécution de son contrat de travail* », de sorte que la salariée pouvait valablement le refuser. La Cour de cassation a censuré ce raisonnement. L'affectation ne peut être contestée du seul fait de son importance au regard des fonctions antérieures ; seule son appréciation au regard de l'emploi de la salariée et des tâches qu'il implique est un critère pertinent. Il appartenait donc aux juges du fond d'apprécier si la nouvelle tâche relevait ou non de celles inhérentes à l'emploi d'ouvrier agricole. Dans l'affirmative, le changement décidé par l'employeur ne méconnaît pas l'exigence de détermination de l'emploi puisque la tâche nouvelle était identifiée comme relevant de l'objet de l'obligation du salarié. L'employeur se borne à exécuter le contrat²⁹⁷ et n'excède pas la sphère de subordination.

88. La Cour de cassation a confirmé son analyse à de nombreuses reprises. Elle a ainsi jugé qu'une salariée occupant un emploi de femme de ménage aux termes d'un contrat

²⁹⁵ Il faudrait dire « à la nature de son travail telle que qualifiée ». Voir supra, n°74

²⁹⁶ Technique visant à limiter le grattage des fruits dû au frottement des feuilles et à accélérer la croissance des bananes.

²⁹⁷ Ce en quoi considérer la nouvelle affectation comme un changement des « conditions de travail » paraît curieux.



conclu avec un syndicat de copropriétaires, affectée depuis quinze années au nettoyage des appartements des copropriétaires, pouvait valablement être affectée par l'employeur au nettoyage des parties communes de l'immeuble²⁹⁸. Dans le même sens, il a été considéré que c'est à bon droit qu'une Cour d'appel a jugé que l'attribution à un salarié représentant VRP, chargé de la commercialisation de tapis et moquettes, de fonctions techniques ponctuelles en lien avec ses fonctions commerciales (mesure et installation des produits vendus), constituait une affectation relevant bien de son emploi²⁹⁹ (décision contestable dans la mesure où la vente et l'installation de produits relèvent de natures de travail distinctes dont seule la première formait l'objet du contrat de travail)³⁰⁰. Il a encore été jugé qu'une salariée occupant un emploi de vendeuse ne pouvait refuser de procéder à l'encaissement des produits vendus, peu important que cette tâche, qui relevait de la définition contractuelle de l'emploi, ne lui ait pas été assignée depuis son embauche plusieurs années auparavant³⁰¹.

89. La variabilité des tâches composant l'emploi s'exprime également à travers la faculté reconnue à l'employeur de retirer certaines tâches au salarié. Ce retrait s'impose au salarié dès lors qu'il ne porte pas sur des tâches qui, à elles seules, peuvent être considérées comme caractéristiques de l'emploi³⁰², que les tâches de remplacement sont conformes à l'emploi du salarié et que le retrait ne masque pas un retrait de responsabilités³⁰³.

§2. Variation excessive des tâches

90. L'employeur ne peut pas modifier unilatéralement la nature du travail convenue, c'est-à-dire l'emploi du salarié. Il ne le peut ni ouvertement (notamment en modifiant la qualification éventuellement convenue), ni sous couvert de son pouvoir d'affectation. En

²⁹⁸ Cass. Soc. 24 avril 2001, n°98-44873, Bull. Civ. V, n°128 ; RJS 2001, n°835.

²⁹⁹ Cass. Soc. 7 février 2007, n°05-43680.

³⁰⁰ Il semble que les graves difficultés financières que connaissait l'entreprise ont pesé dans la décision.

³⁰¹ Cass. Soc. 25 mars 2009, n°07-45266.

³⁰² Voir infra, n°96 et s.

³⁰³ Voir infra, n°100 et s.



effet, si l'employeur est habilité à faire varier les tâches exécutées par le salarié, c'est dans le respect des limites tracées par la nature du travail. Le non-respect de ces limites porte atteinte à la substance de l'emploi. Une telle atteinte peut résulter tant de l'affectation à une tâche nouvelle (I) que du retrait d'une tâche caractéristique de l'emploi (II) ou de la modification des responsabilités (III).

I. Ajout ou substitution de tâches nouvelles

91. *Excès des limites de la sphère de subordination.* L'atteinte la plus fréquente à la substance de l'emploi résulte de l'affectation du salarié à l'exécution d'une tâche nouvelle (s'ajoutant aux tâches déjà effectuées ou les remplaçant en tout ou partie) ne relevant pas de la nature du travail convenue. Dans cette situation, la tâche nouvelle que l'employeur prétend imposer au salarié excède les limites de l'obligation de subordination de ce dernier. Le salarié est donc en droit de la refuser et ce refus ne constitue pas une faute ni un motif de licenciement.

Peu importe que la tâche nouvelle soit plus « valorisante » ou non que celles relevant de l'activité normale du salarié ou qu'elle implique des responsabilités accrues ou non³⁰⁴ : toute tâche étrangère à la nature du travail contractuellement convenue peut être refusée par le salarié, même lorsqu'aucun « déclassement » n'est caractérisé. Le dépassement des limites matérielles de la sphère de subordination caractérise à lui seul le manquement contractuel de l'employeur, indépendamment du niveau de responsabilités associé. Il ne peut donc pas être soutenu qu'une tâche peut être imposée au salarié au simple motif qu'elle procède du même niveau de responsabilités que celui de la nature du travail convenue ; c'est la différence de nature entre les tâches qui justifie le droit de refus³⁰⁵.

92. C'est ainsi qu'un employeur ne peut imposer :

³⁰⁴ Sur les conséquences d'une modification du degré de responsabilités du salarié, cf. infra, n°100 et s.

³⁰⁵ Comme le résume très justement Monsieur le Professeur Martinon, « le sort de la qualification et des responsabilités constituent deux critères nécessaires pour distinguer la modification du contrat » (A. Martinon, « Rappels à propos du changement des conditions de travail », JCP S 2010, 1356).



- à un salarié engagé en qualité de VRP « *l'accomplissement de tâches complémentaires consistant en des études de faisabilité, des suivis et réceptions de chantiers* » ; ces tâches « *n'incombaient pas* » au salarié ; elles ne relevaient pas de sa « **mission de représentation commerciale** »³⁰⁶.
- à un salarié engagé en qualité de rippeur³⁰⁷ « *d'exercer également les fonctions de chauffeur* » que, précisément, lors de l'embauche, l'employeur avait « *refusé d'inclure dans le contrat de travail* » ; le salarié « *n'avait été engagé **qu'en la seule qualité de rippeur pour laquelle il était rémunéré*** », de sorte « *qu'en voulant [lui] imposer d'exercer les tâches de chauffeur, son employeur entendait lui imposer une modification de son contrat de travail* »³⁰⁸. Le principal intérêt de cette décision est de donner toute sa portée à la définition contractuelle de l'emploi. La circonstance que les fonctions de rippeur et de chauffeur relèvent de la même nature de travail (et soient fréquemment associées) est indifférente dès lors que les parties ont convenu d'une définition plus restrictive de l'emploi³⁰⁹.
- à un « *réceptionniste de nuit* » d'un hôtel de « *dresser les tables de petit-déjeuner* » ; cette « *tâche nouvelle était habituellement assurée par le service cafétéria* », elle « *n'entrait pas dans les **attributions de son poste** et constituait (...) une modification de son contrat de travail* »³¹⁰. La circonstance que cette directive soit dictée par la nécessité de « *satisfaire les besoins de la clientèle* » est indifférente. Les impératifs commerciaux de l'entreprise ne justifient pas la modification unilatérale du contrat de travail³¹¹.
- à un salarié « *engagé comme peintre* » de procéder au « *nettoyage de chantiers* ».

³⁰⁶ Cass. Soc. 8 avril 1998, n°95-43442.

³⁰⁷ Salarié en charge de la collecte des ordures ménagère et de leur placement dans la benne du camion de ramassage.

³⁰⁸ Cass. Soc. 26 mai 1998, n°96-40617.

³⁰⁹ Voir supra, n°76.

³¹⁰ Cass. Soc. 24 janvier 2001, n°99-40596.

³¹¹ L'employeur ne peut que proposer cette modification, le cas échéant dans le cadre d'une procédure de modification pour motif économique.



Ces tâches ne pouvaient lui être imposées car elles étaient « **étrangères à sa qualification** résultant de son contrat de travail »³¹².

- à une salariée « *engagée en qualité d'assistante chargée de dossiers (...) une nouvelle tâche d'accueil dépourvue de responsabilité* », car cette « *adjonction (...) affectait la nature même des fonctions de la salariée* »³¹³.
- à une salariée engagée « *en qualité de dessinatrice projeteuse (...) des tâches administratives de documentation technique* ». La Cour de cassation a considéré que ces tâches « **ne relevaient pas de sa qualification et [étaient] étrangères à l'activité de dessinatrice-projeteuse** »³¹⁴. C'est à tort que la Cour d'appel avait jugé qu'il ne s'agissait que de tâches « *annexes, complémentaires des fonctions initiales, devant être confiée temporairement à l'intéressée pour pallier la baisse d'activité de l'ensemble de l'entreprise* ».
- à un salarié occupant un emploi de chauffeur de « *déblayer les branchages jonchant la voirie après une tempête* ». Le « **travail demandé n'entraîne pas dans les attributions de l'intéressé** », de sorte que l'employeur ne pouvait l'imposer, peu important que la tâche demandée ne soit que ponctuelle et liée à des circonstances exceptionnelles³¹⁵ ;
- à une salariée embauchée en qualité de « *plongeur* » d'effectuer des « *tâches de pizzaïolo (...) qui impliquaient la confection de plats destinés à la consommation de la clientèle* ». Il revenait à la Cour d'appel de rechercher si ces tâches « *ne présentaient pas, au regard de celles de plongeuse correspondant à l'emploi pour lequel [la salariée] avait été engagée, une différence telle qu'elles ne puissent relever d'une même qualification* »³¹⁶.

³¹² Cass. Soc. 6 février 2002, n°99-45995.

³¹³ Cass. Soc. 8 octobre 2003, n°01-44772.

³¹⁴ Cass. Soc. 17 janvier 2006, n°04-40965.

³¹⁵ Cass. Soc. 28 mars 1995, n°91-43681.

³¹⁶ Cass. Soc. 27 octobre 2009, n°08-42707.



93. Au fil des espèces, la Cour de cassation apprécie la validité ou l'absence de validité de l'attribution d'une tâche nouvelle à l'aune de différents critères. Si elle se réfère fréquemment à la qualification du salarié, elle vise parfois également, de manière plus rigoureuse³¹⁷, sa mission ou la nature de ses fonctions (que la qualification contribue à identifier). En toute hypothèse, elle se livre à une appréciation *in concreto* de l'incidence de la tâche nouvelle sur l'emploi du salarié.

94. *L'incidence de la convention collective.* Il est courant que le contrat de travail se borne à énoncer une qualification, dont la convention collective applicable à l'entreprise détaille le contenu. L'appréciation du contenu de l'emploi, puis du bien ou mal fondé de l'usage par l'employeur de son pouvoir d'affectation, suppose alors de se référer à la convention collective³¹⁸. L'énumération des tâches à laquelle elle procède illustre la qualification et rend déterminable la nature du travail³¹⁹. Mais seules les dispositions de la convention en vigueur lors de la conclusion du contrat de travail doivent être prises en compte. Par la suite, la convention collective ne peut pas modifier la nature du travail du salarié.

Si l'employeur et les organisations syndicales décident de réviser la convention en apportant aux tâches conventionnellement définies, sous couvert de préciser la qualification, des modifications telles que la nature du travail elle-même est modifiée, cette modification est inopérante à l'égard des salariés engagés sous l'empire des anciennes dispositions. Lors de la conclusion des contrats de travail de ces salariés, la convention collective a servi de référent pour déterminer leur prestation de travail, mais au stade de l'exécution des contrats de travail, elle est impuissante à modifier la nature de cette prestation. L'accord individuel des salariés est indispensable. La modification de

³¹⁷ Voir supra, n°74.

³¹⁸ La Cour de cassation se livre à cette analyse et donne plein effet aux dispositions conventionnelles. Cf. notamment Cass. Soc. 12 juillet 2006, n°05-41306, s'agissant d'un salarié chauffeur livreur ayant refusé de préparer une livraison de bois : la Cour relève que « la définition, par la convention collective, du poste de chauffeur - livreur ne prévoit pas de tâches de préparation de commandes de bois ». Le refus du salarié était légitime, son licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans le même sens, voir Cass. Soc. 14 mai 1987, n°84-42760, s'agissant de salariés conducteurs-receveurs au sein d'une société de transport de personnes, ayant à juste titre refusé de procéder au comptage des passagers.

³¹⁹ Voir supra, n°77.



la convention ne s'impose que pour l'avenir, à l'égard des salariés embauchés postérieurement.

95. On pourrait être tenté d'objecter que le salarié s'est engagé à l'exécution d'une prestation de travail telle qu'elle est définie par la convention collective, quelles que soient ses évolutions, et que l'objet de son obligation est ainsi déterminable. Mais ce serait occulter le fait que la détermination de l'objet de l'obligation s'apprécie exclusivement au moment de la conclusion du contrat, et qu'à ce stade, les éventuelles variations futures de la convention collective applicable ne sont pas prévisibles. Dès lors, la modification de la convention collective ne s'imposerait au salarié qu'au prix d'une modification de son contrat de travail, ce qu'elle ne peut réaliser.

La convention collective ne permet pas d'imposer une modification de la prestation de travail que le pouvoir de direction de l'employeur est impuissant à réaliser seul. Le contrat de travail résiste dans les deux cas³²⁰.

De même, en cas de dénonciation de la convention collective, il ne serait pas possible de modifier la nature du travail des salariés, ni par décision unilatérale de l'employeur, ni par accord de substitution. La convention dénoncée ne produit certes plus d'effet, mais la détermination de la nature du travail, opérée grâce à elle lors de la conclusion des contrats de travail, perdure.

II. Retrait d'une tâche caractéristique

96. Atteinte « passive ». L'exercice par l'employeur de son pouvoir d'affectation peut également porter atteinte à la substance de l'emploi du salarié au regard des tâches *retirées*, indépendamment de toute prise en compte des éventuelles tâches de remplacement. En effet, si l'employeur prétend mettre fin à l'exécution par le salarié

³²⁰ Si l'on adhère à l'opinion selon laquelle l'accord collectif n'est parfois rien d'autre qu'un « succédané » du pouvoir unilatéral de l'employeur, cette unité de traitement est bienvenue car elle sauvegarde le rôle « protecteur » du contrat de travail. Cf. C. Nicod, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.



d'une ou plusieurs tâches caractéristiques de l'emploi convenu, ou ayant fait l'objet d'une stipulation contractuelle les rendant « intouchables »³²¹, cette décision est susceptible *en elle-même* de caractériser une dénaturation de la prestation de travail prévue. Peu importe que les tâches maintenues ou de remplacement soient conformes à la nature du travail et qu'elles entraînent ou non un déclassement du salarié. C'est l'« atteinte négative », l'obstacle apporté à l'exécution par le salarié de tâches « emblématiques » de son emploi qui est seul sanctionné. Cet obstacle caractérise une « atteinte passive » à sa mission et, en conséquence, constitue un manquement contractuel de l'employeur. L'obligation de l'employeur de fournir du travail au salarié³²² doit également s'entendre de l'obligation de fournir le travail *prévu*.

97. *Appréciation du statut de tâche caractéristique de l'emploi.* L'enjeu principal est la démonstration de ce que la tâche retirée est caractéristique de l'emploi du salarié. Cette démonstration est facilitée si le contrat de travail contient une stipulation en ce sens ; la jurisprudence tend à lui donner plein effet³²³. En l'absence d'une telle stipulation, il faut rechercher le statut des tâches litigieuses au sein de la nature de travail qui forme l'objet de l'obligation à partir de l'interprétation du contenu objectif de cette nature de travail mais également à partir de la réalité de la prestation de travail. Il revient alors au juge de déterminer le contenu normal de l'emploi.

98. Ainsi, caractérise une modification du contrat de travail le retrait à un salarié employé en qualité de cuisinier « chef de développement », de ses fonctions de recherche en laboratoire de cuisine pour le cantonner dans des fonctions de préparation de cuisine, c'est-à-dire de cuisinier « classique »³²⁴. Les fonctions de recherche étaient

³²¹ Voir supra, n°79.

³²² Récemment rappelée par la Cour de cassation : « Attendu cependant que l'employeur a l'obligation de fournir le travail convenu » : Cass. Soc. 30 juin 2009, n°08-42751 ; « Attendu que le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié » : Cass. Soc. 17 février 2010, n°08-45298, Bull. Civ. V, n°41 ; JCP S 2010, 1147, note. P. Morvan ; Cf. également Cass. Soc. 3 novembre 2010, n°09-65254, Bull. Civ. V, n°252, JCP S 2011, 1006, note J-Y. Frouin ;

³²³ Voir Cass. Soc. 7 juin 2006, n°04-44815, supra, n°79. Voir également Cass. Soc. 3 mars 2009, n°07-42647, qui donne plein effet au « caractère contractuel de l'affectation » du salarié, ingénieur commercial, à la diffusion de deux types de produits de l'entreprise. L'employeur ne pouvait donc pas imposer au salarié d'opter pour l'une ou l'autre de ces activités.

³²⁴ Cass. Soc. 8 janvier 1998, n°95-42651.



caractéristiques de l'emploi du salarié. Leur retrait le dénaturait, peu important que les tâches de substitution découlent également de la nature du travail convenue. Le licenciement consécutif au refus du salarié d'exécuter sa prestation de travail telle que redéfinie est sans cause réelle et sérieuse.

De même, la décision de l'employeur de cantonner dans ses fonctions administratives le salarié, moniteur sportif qui, depuis son embauche, avait toujours été employé à raison de vingt-sept heures par semaine à l'entraînement et aux cours, et de huit heures à l'accueil au club, constitue une modification du contrat de travail justifiant la prise d'acte de la rupture³²⁵.

Dans le même sens, le retrait à un salarié employé en qualité de menuisier, de ses fonctions techniques, caractérise une modification de son contrat de travail justifiant sa résiliation judiciaire³²⁶.

De même, une salariée employée en qualité de « caissière-gondolière » est bien fondée à refuser, à l'issue de la suspension de son contrat de travail en raison d'un congé parental, un poste de gondolière excluant toute activité de caisse. En raison du retrait de tâches caractéristiques du premier, ces emplois ne sont pas « similaires » au sens de l'article L 1225-55 du Code du travail régissant le congé parental. Le licenciement de la salariée était donc sans cause réelle et sérieuse³²⁷.

Ainsi encore, un employeur doit être condamné à indemniser le préjudice subi par le salarié, chef comptable, à qui ont été retirées ses fonctions d'élaboration de la paye et de gestion du personnel alors qu'il s'agissait des « **tâches essentielles inhérentes à l'exercice des fonctions de chef comptable qu'il occupait depuis plus de trente ans** »³²⁸. Ce faisant, l'employeur a dénaturé l'emploi prévu par le contrat de travail.

³²⁵ Cass. Soc. 2 décembre 2009, n°08-44024.

³²⁶ Cass. Soc. 30 novembre 2005, n°03-41534. En l'espèce, le retrait de tâche était fautif, mais il semble que l'employeur avait également manqué à ses obligations dans l'attribution des tâches de substitution, qui « ne demandaient aucune qualification particulière ».

³²⁷ Cass. Soc. 12 mars 2002, n°99-43138, Bull. Civ. V, n°92.

³²⁸ Cass. Soc. 24 janvier 2006, n°03-45198.



Ainsi est-il également justifié de faire produire à la prise d'acte d'un salarié, responsable du service comptable, les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse après dès lors que « *les suppressions d'attributions imposées au salarié l'avaient réduit à des fonctions ne correspondant pas à sa qualification* ». Le salarié considérait à juste titre que son employeur lui avait imposé « *la **modification** de son contrat de travail **par retrait de fonctions*** »³²⁹.

De même, doit être condamnée une société de presse qui a retiré à un salarié employé en qualité de rédacteur politique, ses fonctions de liaison avec les institutions politiques nationales (ministères, Sénat, Assemblée Nationale), pour le cantonner dans des fonctions de rédacteur sédentaire consistant essentiellement en des travaux rédactionnels, en des mises au point d'informations reçues et en des révisions de copie. La rupture du contrat de travail est imputable à l'employeur³³⁰.

99. En sens contraire, dans une espèce³³¹ où une salariée employée en qualité d'infirmière s'était vu retirer les fonctions d'« entraînement des patients à l'auto-dialyse » qu'elle occupait à sa demande depuis dix ans et qui donnaient lieu au versement d'une « prime d'enseignement », pour être cantonnée dans des fonctions d'« infirmière sans qualification particulière », la Cour de cassation, accueillant le pourvoi de l'employeur qui reprochait à la Cour d'appel d'avoir analysé ce retrait des tâches de formation comme une modification du contrat de travail, a considéré que l'employeur avait fait une exacte utilisation de son pouvoir d'affectation. Cette décision est critiquable, en ce qu'elle retient une conception très restrictive de la notion de tâche caractéristique de l'emploi. Les fonctions de formation des patients donnaient pourtant une réelle spécificité à l'emploi (et semblaient être au moins aussi essentielles que les fonctions de recherche du salarié cuisinier à l'origine de l'arrêt précité du 8 janvier 1998). Le retrait de cette tâche caractéristique dénaturait l'emploi de la salariée. En effet, avant la décision de l'employeur, la nature du travail de la salariée était la

³²⁹ Cass. Soc. 21 décembre 2006, n°05-40962.

³³⁰ Cass. Soc. 12 mai 1976, n°75-40256, Bull. Civ. V, n°268.

³³¹ Cass. Soc. 18 mai 2005, n°03-43565.



formation des patients à l'auto-dispense de soins ; suite à la décision de l'employeur, la nature du travail était la dispense de soins aux patients. La décision de l'employeur ne se bornait donc pas à modifier les tâches de la salariée au sein d'une unique nature de travail ; elle transformait la nature de travail elle-même. En cela, le pouvoir d'affectation avait été utilisé de manière excessive.

Tout aussi critiquable est une décision de la Cour de cassation approuvant une cour d'appel d'avoir considéré que n'affectait pas le contrat de travail la décision d'un employeur de retirer à un salarié, employé en qualité d'inspecteur commercial, ses fonctions de gestion du personnel commercial de l'entreprise. Le pourvoi du salarié faisait valoir que l'étendue et la nature de ses responsabilités avaient été modifiées, mais pour les différents juges, « *seule une modification des tâches était intervenue et même si ces tâches paraissaient moins valorisantes, l'accord du salarié n'était en aucun cas requis* »³³². Pourtant, les fonctions de gestion du personnel paraissaient caractéristiques de l'emploi et représentatives des responsabilités assumées par le salarié.

III. Modification du niveau de responsabilité

100. L'ajout d'une tâche ne relevant pas de la nature du travail ou le retrait d'une tâche caractéristique de l'emploi portent atteinte à la substance de l'emploi sans qu'il soit nécessaire de démontrer une incidence de l'affectation litigieuse sur les responsabilités du salarié³³³. Mais par ailleurs, la modification des responsabilités du salarié caractérise également une dénaturation de son emploi. En effet, le niveau de responsabilité participe de la nature du travail, donc de l'objet de l'obligation du salarié. En conséquence, le pouvoir d'affectation de l'employeur est utilisé de manière excessive lorsqu'il tend à retirer ou au contraire à attribuer des responsabilités au salarié sans son accord.

101. *Retrait des responsabilités.* Le manquement contractuel de l'employeur est

³³² Cass. Soc. 31 octobre 2007, n°06-43884.

³³³ Cf. Supra, n°91.



caractérisé lorsqu'il procède explicitement au retrait des responsabilités, généralement en modifiant la qualification convenue. Ainsi, c'est à tort qu'un employeur avait cru pouvoir retirer à une salariée ses fonctions de « chef de groupe », de surcroît en l'affectant à un poste de standardiste³³⁴. De même, le retrait des responsabilités inhérentes aux fonctions de « fondé de pouvoir » est fautif³³⁵. Dans le même sens, un employeur ne peut imposer à un salarié occupant un poste de « chef de région » d'accepter un nouveau poste d'« adjoint au chef de région »³³⁶, à un salarié occupant un poste de « directeur d'hypermarché » d'occuper un poste de « directeur de supermarché », qualification conventionnelle distincte³³⁷, ou encore à une salariée occupant un poste de « rédactrice » d'être affectée à un poste d'« adjointe de rédaction ».³³⁸

Le manquement contractuel de l'employeur est un peu plus subtil lorsqu'il est commis sous couvert du pouvoir d'affectation. Le retrait des responsabilités du salarié peut alors prendre plusieurs formes.

Il peut d'abord résulter d'un retrait des tâches représentatives des responsabilités. L'hypothèse recoupe celle du retrait des tâches caractéristiques de l'emploi³³⁹ puisqu'il peut être considéré que les tâches impliquant des responsabilités sont celles-là même qui caractérisent, au moins en partie, l'emploi.

Le retrait des responsabilités peut également résulter d'une suppression des fonctions d'encadrement qu'assurait le salarié. Ainsi, le retrait à un salarié employé en tant qu'agent de fabrication de ses fonctions « *de commandement et d'encadrement des salariés de l'atelier* », seules les « *fonctions purement techniques* » de fabrication étant maintenues, caractérise une modification du contrat de travail qui exige d'obtenir

³³⁴ Cass. Soc. 17 février 1994 n°90-43834.

³³⁵ Cass. Soc. 26 octobre 2004 n° 02-42866.

³³⁶ Cass. Soc. 23 janvier 2001 n°99-40129, Bull. Civ. V, n°18 ; RJS 2001, n°563.

³³⁷ Cass. Soc. 8 mars 2000, n°98-40563.

³³⁸ Cass. Soc. 17 mars 2010, n°08-44127.

³³⁹ Voir supra, n°96 et s.



l'accord de l'intéressé³⁴⁰. Dans le même sens, le retrait des « *fonctions managériales* »³⁴¹, ou encore de « *la responsabilité de l'équipe commerciale* » jusqu'à alors exercée par le salarié, constitue une perte de responsabilité qui dénature l'emploi. De même, l'employeur ne satisfaisait pas à son obligation légale de fournir à la salariée de retour de congé maternité, un emploi similaire à celui qu'elle occupait auparavant, lorsqu'il est constaté que la salariée, ayant la qualité d'enseignante, était « *nécessairement privée d'une partie de ses fonctions d'encadrement* » du fait de son affectation dans la classe où la directrice était enseignante, et non plus dans une classe « *qu'elle encadrerait avec l'aide d'un assistant ou éventuellement d'un autre enseignant* »³⁴².

Le retrait des responsabilités peut également n'être que la conséquence d'une décision première de l'employeur. Ainsi, la perte de responsabilités du salarié peut résulter de la modification de la clientèle avec laquelle il traite : tel est le cas lorsqu'un salarié chargé des négociations commerciales avec les enseignes nationales des grandes et moyennes surfaces est réaffecté à la négociation avec des petites enseignes, « ramenant ses responsabilités à un niveau très inférieur »³⁴³. De même, le retrait des responsabilités peut résulter de la suppression du service dirigé³⁴⁴ ou encore de la désignation d'un nouveau responsable se substituant au salarié dans l'exercice de ses responsabilités³⁴⁵.

102. Augmentation des responsabilités. A l'inverse, l'employeur ne peut pas imposer à un salarié d'assumer des responsabilités ne découlant pas de son emploi. Il ne le peut, ni de manière ponctuelle, ni de manière durable, en prétendant imposer une promotion au

³⁴⁰ Cass. Soc. 29 janvier 1997, n°94-40025, Bull. Civ. V, n°38.

³⁴¹ Cass. Soc. 3 novembre 2010, n°09-67928 ; Cf. dans le même sens Cass. Soc. 10 décembre 2008, n°06-45882.

³⁴² Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-40338, JCP S 2010, 1151, note F. Dumont.

³⁴³ Soc 28 janvier 2005 n°03-40639, Bull. Civ. V, n°35. Dans le même sens, Cass. Soc. 16 mai 2007, n°06-40022, s'agissant du remplacement d'une clientèle de centrales d'achats par une clientèle de supérettes et supermarchés.

³⁴⁴ Voir notamment Cass. Soc. 20 janvier 1999, n°97-40050.

³⁴⁵ Voir notamment Cass. Soc. 27 janvier 1999, s'agissant d'une salariée rédactrice en chef d'un journal dépossédée de ses responsabilités confiées à un comité éditorial et à un « rédacteur en chef du fonctionnement » ; Cass. Soc. 14 mai 1987, n°84-43272, Bull. Civ. V, n°314, s'agissant d'une salariée directrice d'un établissement dessaisie de ses fonctions confiées à une nouvelle directrice. A noter cependant que l'employeur reste maître de l'organigramme et de la structure hiérarchique de l'entreprise : voir infra, n°233 et s.



salarié. Celui-ci est libre de refuser un accroissement de ses responsabilités. Il en a été jugé ainsi à propos d'un salarié employé en qualité de carrossier-peintre licencié pour avoir refusé d'occuper un poste de responsable d'atelier ; le licenciement était sans cause réelle et sérieuse puisque sanctionnant le refus légitime par le salarié d'une dénaturation de son emploi³⁴⁶. Dans le même sens, la Cour de cassation a censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait considéré que s'imposait au salarié, employé en qualité de cuisinier par une clinique, sa réaffectation sur un poste de « magasinier », au motif que « *le nouveau poste constituait une promotion professionnelle, requérant une qualification supérieure (...) que ces fonctions étaient plus valorisantes pour le salarié* »³⁴⁷ ; la réaffectation emportait modification de la nature du travail convenue, ce dont il résultait qu'elle ne pouvait être imposée au salarié, peu important qu'elle constitue une promotion. Le salarié a contracté en vue de l'exécution d'une prestation de travail précise, et n'est pas tenu d'accepter un changement de métier, même jugé bénéfique par l'employeur³⁴⁸.

Section 2. Les contours temporels de la sphère de subordination

103. Le pouvoir reconnu à l'employeur par le contrat de travail ne saurait s'exercer envers le salarié sans limitation de durée. La faculté reconnue au salarié d'user de la démission pour rompre le contrat à tout moment et sans motif participe de cette idée en ce qu'elle lui permet de mettre fin de manière définitive au pouvoir de l'employeur dans leur rapport individuel³⁴⁹. De même, au stade de l'exécution du contrat, le pouvoir de l'employeur ne s'exerce pas de manière permanente ; il connaît des interruptions. Son exercice est borné par les frontières temporelles de la sphère de subordination, qui tracent un « temps de la subordination ». Celui-ci revêt une importance particulière puisqu'en filigrane se dessine le temps de la vie personnelle du salarié. Le contrat de

³⁴⁶ Cass. Soc. 16 décembre 1998, n°96-41845, Bull. Civ. V, n° n°557 ; RJS 1999, n°154,

³⁴⁷ Cass. Soc. 2 octobre 2002, n°00-42003.

³⁴⁸ En la matière au moins, il est vain de prétendre faire le bonheur d'autrui malgré lui...

³⁴⁹ Voir en ce sens J. Savatier, « La liberté dans le travail », Dr. Soc. 1990, p. 49 : « La liberté fondamentale de la personne entraîne le droit de résilier le contrat de louage de service à durée indéterminée, qui ne saurait se transformer en asservissement de la personne pour sa vie entière ».



travail doit donc définir avec précision tant le volume de subordination due par le salarié, c'est-à-dire la durée du travail (Sous-section 1), que les périodes au cours desquelles s'applique cette subordination, c'est-à-dire les horaires de travail (Sous-section 2).

Sous-section 1. La durée du travail, volume de subordination due

104. « Élément contractuel par nature »³⁵⁰, « pilier du socle contractuel »³⁵¹, « élément du contrat de travail »³⁵² : l'essence contractuelle de la durée du travail est largement reconnue. Elle participe de l'objet de l'obligation du salarié en tant que frontière de la sphère de subordination³⁵³, ce dont il résulte que sa détermination s'impose (§1) et que la force obligatoire dont elle est assortie lui permet de résister au pouvoir de l'employeur (§2) que, précisément, elle limite.

§1. La répartition quantitative des temps

105. La durée du travail permet de mesurer le temps que le salarié concède à l'employeur : elle tient lieu de critère de mesure de la subordination due³⁵⁴ (I). Corrélativement, elle permet de mesurer le temps libre conservé par le salarié (II). Cependant, la répartition des temps qu'opère le droit positif n'est pas purement binaire. Entre le temps de la subordination et celui de l'autonomie, le salarié connaît un « tiers temps »³⁵⁵, fait de divers temps contraints³⁵⁶ qui brouillent la distinction entre les deux premiers et donc les prévisions du salarié (III).

³⁵⁰ P-H. Antonmattei, « Les éléments du contrat de travail », Dr. Soc. 1999, p. 330.

³⁵¹ P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383.

³⁵² Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°96-40614, Bull. Civ. V, n° 433 ; RJS 1998, n°1445 ; Dr. Soc. 1998, 1045, obs P. Waquet.

³⁵³ Supra, n°62 et s.

³⁵⁴ P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail », Dr. Ouv. 2009, p. 418 (1^{ère} partie) et p. 484 (2^e partie). L'auteur vise le temps de travail comme triple « unité de mesure » : de la prestation ; de la subordination ; de la rémunération.

³⁵⁵ P. Waquet, « Le temps de repos », Dr. Soc. 2000, p. 288, spé. p. 291.

³⁵⁶ F. Favennec-Héry, « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », RJS 1999, p. 819 ; J-E. Ray, « Temps professionnel et temps personnels », Dr. Soc. 2004, p. 58.



I. La mesure du temps concédé

106. La détermination de la prestation de travail subordonnée à laquelle s'engage le salarié implique nécessairement de procéder à sa mesure quantitative. Identifier le type de travail à effectuer³⁵⁷ et le contenu du pouvoir de l'employeur tel qu'il résulte de l'habilitation contractuelle³⁵⁸ est indispensable mais non suffisant ; la quantité de prestation subordonnée doit aussi être connue. La fixation d'une durée du travail est en principe le mode exclusif de mesure du temps concédé par le salarié à l'employeur (A) ; tout temps subordonné doit être décompté de cette durée contractuellement fixée (B).

A. La durée du travail, mode exclusif de mesure du temps

107. La détermination d'une durée de travail s'impose (1) ; le travail « à la mission » est illicite (2), sauf dans le cadre du forfait en jours qui fait office d'exception légale (3).

1. Nécessité d'une durée du travail

108. *Evaluation de l'obligation souscrite.* La mesure de l'obligation souscrite par le salarié ne peut s'exprimer que sous la forme d'une durée de prestation subordonnée à effectuer, à l'exclusion de tout autre critère de mesure. Il a été souligné qu'« en exigeant une détermination quant à la "quotité" de l'objet de l'obligation, [l'article 1129, alinéa 2] ne prévoit aucun assouplissement : le temps travaillé doit être contractuellement précisé quant à sa durée »³⁵⁹.

L'exigence se comprend aisément. Au temps du travail, la subordination juridique est une contrainte importante. Elle implique pour le salarié sinon une renonciation à sa liberté, du moins l'acceptation d'une limitation de sa liberté induite par l'obligation d'obéissance aux directives professionnelles de son employeur. A l'inverse, hors du

³⁵⁷ Voir supra, n°64 et s.

³⁵⁸ Voir infra, n°219 et s.

³⁵⁹ E. Dockès, art. préc.



temps de travail, le salarié est libéré de toute obligation d'obéissance envers son employeur ; ce dernier n'a plus aucun pouvoir envers lui³⁶⁰. Il est donc essentiel que, dès la formation du contrat, le salarié puisse mesurer précisément le temps qu'il consacra à l'exécution de ses obligations contractuelles et à la restriction de ses libertés. La mesure de ce temps ne peut être laissée à la discrétion de l'employeur. La connaissance du temps concédé à l'employeur dans le cadre de la sphère de subordination, encadré par les diverses limitations légales de la durée du travail, fait toute la différence entre la subordination juridique et la sujétion³⁶¹.

109. *Durée du travail et statut de salarié à temps complet*³⁶². L'impératif d'évaluation du temps concédé implique la stipulation dans le contrat d'un nombre précis d'heures de travail. En pratique, certains contrats de travail prévoient que le salarié est engagé pour une durée « à temps complet », c'est-à-dire correspondant à la durée légale ou conventionnelle en vigueur dans l'entreprise. La durée du travail est alors déterminable, par renvoi à une norme extérieure au contrat de travail (accord d'entreprise, engagement unilatéral). Mais ce renvoi ne doit pas être source d'ambiguïté : une telle stipulation contractualise la durée du travail à temps complet en vigueur dans l'entreprise lors de la conclusion du contrat de travail ; par la suite, celle-ci n'est pas susceptible de modification unilatérale en cas d'évolution ou de dénonciation de la norme collective. Le renvoi à la norme extérieure n'opère qu'au stade de la formation du contrat, non au stade de son exécution ; il ne lie pas le sort du contrat au sort de la norme de référence. Le salarié s'engage pour une durée de travail précise, non pour une durée correspondant à la durée à temps complet telle que susceptible de variations (spécialement lorsque ces variations sont à la discrétion de l'employeur).

110. *Evaluation de la contreprestation*. La connaissance du temps concédé à

³⁶⁰ Le droit positif réserve cependant des exceptions à ce principe, en reconnaissant divers temps contraints exclus du temps de travail effectif : voir infra, n°125 et s.

³⁶¹ A ce sujet Monsieur le Professeur Lokiec rappelle que « l'édification d'un droit du temps de travail a largement contribué à réduire l'asservissement du travailleur, en assignant à la subordination des limites temporelles » (P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail », art. préc.).

³⁶² L'expression est empruntée à M. Morand, qui en use dans son article « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP E 2003, 704.



l'employeur permet également d'apprécier le salaire prévu en contrepartie. Si cette fonction de mesure de la contreprestation est commune à tous les aspects de l'objet de l'obligation du salarié (la nature du travail à effectuer par exemple quant à son degré de technicité, les horaires et le lieu de travail notamment quant aux sujétions qu'ils impliquent, sont également pris en compte pour apprécier la justesse du salaire), elle revêt une acuité particulière s'agissant de la durée du travail, compte tenu du « principe de rémunération au temps »³⁶³. Salaire et durée du travail sont étroitement liés, leur combinaison aboutissant à la notion de taux horaire du salaire qui permet de s'assurer du respect des minima légal et conventionnel.

2. Illicéité du travail à la mission³⁶⁴

111. Le principe du recours obligatoire à la durée du travail comme unité de mesure de la prestation fournie et de la dette de subordination est parfois remis en cause, avec le développement de l'idée selon laquelle, dans de nombreux cas, le temps de travail ne serait pas mesurable, voire ne serait pas prévisible. Il faudrait donc écarter la référence à une durée de travail pour attribuer au salarié une mission à accomplir et une certaine autonomie dans sa réalisation.

112. Indétermination de l'objet de l'obligation. Mais l'engagement du salarié pour la réalisation de missions sans référence à une durée du travail exige de lui, dans le cadre de l'autonomie plus ou moins réelle qui lui est accordée pour atteindre les objectifs demandés, de travailler le *temps nécessaire* à la réalisation de ses missions. La durée du travail dépend donc de la charge de travail ; il s'agit là d'une inversion de la logique qui doit présider à l'établissement de la relation de travail. C'est à l'employeur qu'il revient d'adapter la charge de travail à la durée du travail préalablement convenue³⁶⁵ ; ce n'est pas au contrat d'ériger la charge de travail en critère de la durée du travail, contraignant

³⁶³ P.Lokiec, art. préc.

³⁶⁴ L'expression est empruntée à P. Lokiec (art. préc.).

³⁶⁵ Sur l'obligation de l'employeur, en lien avec son obligation de sécurité, d'adapter la charge de travail au temps de travail de manière à instituer une densité du travail acceptable, voir infra, n°325. Cf également l'étude de M-A Moreau, « Temps de travail et charge de travail », Dr. Soc. 2000, p. 263.



le salarié à adapter son temps de travail au travail à effectuer. Au regard de l'article 1129, alinéa 2, du code civil, de telles stipulations sont insuffisantes puisque la durée du travail, donc la quantité de prestation à réaliser et l'étendue (temporelle) de la sphère de subordination instituée, sont indéterminables lors de la conclusion du contrat de travail. Le salarié est dans l'impossibilité de connaître le temps qui devra être consacré au travail.

La seule référence à une mission, sans référence à une durée du travail, est illicite. Elle affecte d'indétermination l'objet de l'obligation du salarié (dans sa dimension temporelle). La stipulation doit donc être regardée comme nulle et le salarié doit être considéré comme ayant été engagé pour une durée du travail correspondant à la durée légale ou conventionnelle en vigueur, avec toutes les conséquences que cela emporte en termes de rappel de salaire lié aux heures supplémentaires effectuées.

113. Nature de l'obligation et risque d'entreprise. De surcroît, le travail « à la mission » est contraire à la nature de l'obligation souscrite par le salarié dans le cadre du contrat de travail. Tenu d'une obligation de moyens, le salarié doit réaliser sa prestation de travail de manière consciencieuse et conforme aux attentes de son employeur. Mais il ne souscrit nullement une obligation de résultat. De plus, le salarié ne doit pas supporter « les risques de l'entreprise », ce que la Cour de cassation juge de façon constante en matière de clauses de rémunération variable³⁶⁶. Telle est la contrepartie de la situation de subordination.

L'attribution au salarié d'une mission sans référence à une durée du travail méconnaît ces règles : d'une part, l'obligation du salarié tend à devenir une obligation de résultat³⁶⁷, puisqu'elle ne sera exécutée qu'avec l'achèvement de la mission, c'est-à-dire avec la survenance du résultat attendu, non avec la mise en œuvre des moyens nécessaires pendant une durée convenue. D'autre part, l'exigence de réalisation d'une mission et de respect des délais fixés va inévitablement conduire à ce que le salarié soit parfois

³⁶⁶Cass. Soc. 4 mars 2003, n°01-41864 ; Cass. Soc. 20 avril 2005, n°03-43734 et n°03-43696.

³⁶⁷ En ce sens, P. Lokiec, art. préc.



contraint de prolonger le temps consacré au travail. Or l'allongement du temps consacré au travail et la restriction du temps libre qui en résulte peuvent être considérés comme un risque d'entreprise, « temporel » ou « personnel » plutôt que financier, que connaît le travailleur indépendant ou l'entrepreneur, mais qui, en tant que tel, ne peut pas peser sur le salarié. En effet, il revient à l'employeur, titulaire du pouvoir de direction, non seulement d'évaluer le temps nécessaire à l'accomplissement du travail, mais également d'attribuer une charge de travail adaptée à la durée du travail³⁶⁸. L'employeur ne peut pas se défaire de la responsabilité attachée à son pouvoir en se réfugiant derrière l'attribution au salarié d'une relative autonomie censée justifier une densité inadéquate du travail.

3. Admission légale du travail à la mission

114. Par exception au principe d'illicéité qui le frappe, le travail à la mission fait l'objet d'une consécration légale avec la notion de forfait en jours³⁶⁹, qui écarte la référence à la durée de travail quotidienne et hebdomadaire³⁷⁰. Pourtant, les critères légaux de recours au forfait en jours n'apportent aucune justification valable à l'éviction de la durée du travail.

Ce forfait est ouvert aux cadres et désormais aux salariés non cadres « *dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps* »³⁷¹. Mais aucun de ces deux critères légaux n'est pertinent.

115. Critère de l'impossible prédétermination de la durée du travail. La référence à une prétendue situation d'impossibilité de prédéterminer la durée du travail est un non-sens. En tant qu'elle a trait à l'objet de l'obligation d'une partie au contrat, la durée du travail ne dépend de rien d'autre que des prévisions contractuelles. La durée du travail

³⁶⁸ Voir infra, n°325.

³⁶⁹ Sur le forfait en jours, voir l'étude de P-Y. Verkindt, « Les conventions de forfait », Dr. Soc. 2010, p. 387.

³⁷⁰ C. trav. art. L3121-48.

³⁷¹ C. trav. art. L 3121-43.



peut toujours être déterminée puisqu'elle ne dépend que de la libre volonté des parties au contrat. Au stade de la formation du contrat, il suffit de décider d'une durée de travail pour que celle-ci soit déterminée. En réalité, ce qu'il peut éventuellement ne pas être possible de déterminer lors de la conclusion du contrat, c'est la charge de travail que représentera, au stade de l'exécution du contrat, la mission que l'employeur entend confier au salarié. Il s'agit donc d'une difficulté pour l'employeur d'identifier ses besoins et de les retranscrire en termes de durée de travail. Cela ne justifie pas l'éviction de détermination de la durée du travail et son indexation sur la charge de travail. L'exigence de détermination de l'objet de l'obligation a précisément pour sens de fixer les obligations réciproques des parties ; elle ne peut donc pas être écartée au motif qu'il serait plus « pratique » pour l'une des parties de laisser ces obligations varier au gré d'éléments futurs et inconnus lors de la conclusion du contrat. Si, lors de l'exécution du contrat, la charge de travail nécessitée par la mission se révèle parfois excessive au regard de ce qui peut être demandé au salarié compte tenu de la durée du travail convenue, la solution est à rechercher ailleurs ; elle peut se trouver dans le recours aux heures supplémentaires³⁷² ou dans le recrutement d'un autre salarié puisque justement l'accroissement temporaire d'activité est un motif de recours au contrat à durée déterminée.

116. Critère de l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps. L'autonomie du salarié dans l'organisation de son emploi du temps, à condition d'être « réelle » comme le législateur a jugé nécessaire de le souligner, est également nécessaire pour justifier le recours au forfait en jours. Ce second critère n'est pas plus pertinent que le premier. L'autonomie du salarié concerne la répartition de son temps de travail (c'est-à-dire le choix de ses *horaires* de travail) ; elle est sans incidence sur le volume de travail (c'est-à-dire sur la durée de travail due). Il est parfaitement possible de fixer la durée de travail attendue d'un salarié autonome ; la question des horaires est sans rapport. L'impossibilité de *suivre* (ou le choix de ne pas faire suivre) les horaires collectifs n'entraîne pas l'impossibilité de *mesurer* le temps de travail individuel. Comme le note Monsieur le Professeur Lokiec, « l'inapplicabilité croissante des horaires collectifs ne va

³⁷² Ce qui devrait nécessiter l'accord du salarié : voir infra, n°148 et s.



pas de pair avec l'impossibilité de mesurer le temps de travail, bien qu'elle rende cette mesure plus difficile »³⁷³.

117. Une simple question de contrôle. En réalité, c'est le *contrôle* du temps effectivement travaillé qui peut poser problème. L'autonomie plus ou moins marquée du salarié conduit à le soustraire au regard permanent de l'employeur (en particulier lorsque le travail est effectué à domicile ou de manière itinérante), rendant plus difficile pour ce dernier le contrôle des heures de travail réellement effectuées.

Mais une difficulté de contrôle de la durée de travail effectivement accomplie par un salarié (autrement dit une difficulté de preuve), ne peut pas justifier l'éviction d'une règle de fond. Même si elle était établie, l'impossibilité pour l'employeur de contrôler l'exécution par le salarié du nombre d'heures prévu par le contrat ne permettrait ni de considérer que le salarié ne l'exécute pas (sauf à présumer la fraude), ni de conclure à la nécessité de ne pas déterminer ces heures dans le contrat de travail (sauf à renoncer à énoncer la règle par simple crainte de son inapplication). Il revient à l'employeur, maître de l'organisation de l'entreprise, qui souhaite faire exécuter le travail dans le cadre d'une certaine autonomie, de prendre les mesures nécessaires pour évaluer le temps de travail.

De surcroît, un contrôle a posteriori du temps de travail effectué par un salarié autonome est envisageable. Les moyens ne manquent pas (à commencer par la désormais classique « feuille de temps » ou « time sheet », sur laquelle le salarié dresse la liste des tâches effectuées et du temps passé). Ils sont mis en œuvre dans le cadre du contrôle de la durée du travail effectuée par les salariés employés dans le cadre d'un forfait en heures sur l'année alors même qu'un tel forfait est également destiné aux salariés « *qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps* »³⁷⁴. A l'égard de ces salariés, il n'est pas considéré que l'autonomie fasse obstacle à la mesure du temps de travail. Rien ne justifie qu'elle soit considérée comme un tel

³⁷³ P. Lokiec, art. préc. p. 419.

³⁷⁴ C. trav. art. L 3121-42.



obstacle s'agissant des salariés éligibles au forfait en jours.

Le temps de travail des salariés ayant conclu une convention de forfait en jours peut être mesuré de la même manière. La Cour de cassation impose d'ailleurs à l'employeur un certain contrôle du temps de travail de ces salariés, notamment en considérant que la preuve du nombre de jours travaillés ne repose pas sur le seul salarié. A ainsi été cassé, au visa de l'article L 3171-4 du Code du travail qui dispose que « en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié », l'arrêt ayant débouté le salarié de sa demande de rappel de salaire au titre des jours travaillés au-delà du forfait, motif pris de son autonomie³⁷⁵. En l'espèce, seul le nombre de jours travaillés était en question. Mais c'est bien à un contrôle du volume de travail des salariés « autonomes » que la Cour de cassation incite les employeurs.

118. En conclusion : absence de justification juridique du forfait en jours. Il n'y a aucune justification juridique à l'admission du travail à la mission dans le cadre du forfait en jours. Ni les critères de recours à un tel forfait, ni aucune autre considération ne justifient qu'il soit dérogé à l'article 1129 du code civil. Le forfait en jours doit donc être considéré comme une exception légale à ce texte de pure opportunité. Il est une faveur accordée aux entreprises, qu'il affranchit du respect de règles impératives considérées comme contraignantes. Cette faveur jugée économiquement -et politiquement- opportune s'accompagne d'une perte de garanties pour les salariés concernés³⁷⁶, notamment en termes de droit au repos³⁷⁷, dans des proportions telles que

³⁷⁵ Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°08-41377, Bull. Civ. V, n°200 ; JCP S 2009, 1531, note F. Dumont. La règle a été confirmée : Cass. Soc. 7 décembre 2010, n°09-42626, Bull. Civ. V, n°281, JCP S 2011, 1060, note M. Morand.

³⁷⁶ Les articles L 3121-46 et L 3121-47 du Code du travail témoignent de ce que les dangers du forfait en jours ont été perçus par le législateur. Le premier de ces textes dispose que « Un entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Il porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié ». Le second dispose que « lorsqu'un salarié ayant conclu une convention de forfait en jours perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il peut, nonobstant toute clause contraire, conventionnelle ou contractuelle, saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification ».



le Comité européen des droits sociaux, saisi par la CFE-CGC puis la CGT, a considéré à deux reprises le mécanisme actuel du forfait en jours contraire aux dispositions de la Charte sociale européenne³⁷⁸. Les conditions de recours au forfait en jours doivent donc être strictement interprétées ; le mécanisme doit être d'application restreinte, sauf à banaliser l'indétermination de la dette temporelle de subordination.

B. Les temps décomptés de la durée du travail

119. La situation de subordination comme critère. La détermination de la durée de travail n'a de sens que si les temps qui en sont décomptés sont identifiés. L'expression « durée du travail » semble, à première analyse, désigner la somme des temps pendant lesquels le salarié exécute les tâches composant sa prestation de travail. Elle doit en réalité être comprise comme recouvrant toute période au cours de laquelle le salarié se trouve en situation de subordination. En effet, l'objet de l'obligation du salarié est double. Il ne se limite pas à l'exécution d'une prestation de travail ; c'est à l'exécution d'une prestation *subordonnée* de travail que s'engage le salarié³⁷⁹. En conséquence, toute situation de subordination marque l'exécution par le salarié de ses obligations contractuelles (et corrélativement manifeste l'usage par l'employeur de son pouvoir de direction, prérogative contractuelle qui ne peut s'exercer que dans le champ du contrat) ; tout temps subordonné doit être considéré comme l'exécution du contrat et doit donc être décompté de la durée du travail³⁸⁰ puisque le salarié ne s'engage qu'à une durée limitée de subordination.

³⁷⁷ L'article L 3121-48 du Code du travail rend inapplicables les dispositions de l'article L 3121-34 relatives à la limitation de la durée quotidienne de travail (plafonnée à 10 heures) et celles de l'article L 3121-35 relatives à la limitation de la durée hebdomadaire du travail (plafonnée à 48 heures). Seules restent applicables les dispositions de l'article L 3131-1 relatives au repos quotidien (fixé à 11 heures minimum) et de l'article L 3132-1 relatives au repos hebdomadaire (fixé à 24 heures minimum), ce dont il résulte que le forfait en jours peut conduire le salarié à travailler jusqu'à 13 heures par jour pendant 6 jours par semaine, soit 78 heures.

³⁷⁸ Pour le Comité, « La situation des cadres avec forfait en jours constitue une violation de l'article 2 §1 de la Charte sociale révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisé ainsi que de l'absence de garanties suffisantes » (décisions du 12 octobre 2004 et du 7 décembre 2004). La décision a été réitérée le 23 juin 2010 (Cf. pour un commentaire de cette seconde décision : M. Morand, « Les forfaits – jours et la charte sociale européenne, JCP S 2011, 1225)

³⁷⁹ Voir supra, n°26.

³⁸⁰ Le droit positif retient cependant plusieurs exceptions : voir infra, n°125 et s.



La situation de subordination suffit à déclencher le décompte de durée du travail, peu important qu'au cours de ces temps il y ait ou non exécution matérielle de tâches caractéristiques de la prestation de travail. La définition légale du « temps de travail effectif »³⁸¹ va en ce sens : elle tend à analyser le temps de travail à décompter de la durée du travail comme un temps subordonné, et non comme un temps productif³⁸². De même, va en ce sens la position de la Cour de cassation³⁸³ selon laquelle l'employeur qui ne fournit pas de travail au salarié qui « *se tient à sa disposition* » doit le rémunérer pour ces périodes que l'on pourrait qualifier « d'inactivité subordonnée ». Si cette règle trouve un fondement sur le terrain des conditions de l'exception d'inexécution³⁸⁴, elle s'explique également par ce que le fait pour le salarié de se tenir à la disposition de son employeur démontre l'exécution de son obligation de subordination et le respect de plusieurs directives patronales (respect du lieu et des horaires de travail, respect de la directive tenant à l'absence de tâches à effectuer).

II. La mesure du temps libre

120. Un temps de non travail. En filigrane du temps de travail se dessine le temps personnel, ou autonome, du salarié, temps libéré de toute emprise de l'employeur³⁸⁵. Comme le note Monsieur Frouin, « hors du temps et du lieu de travail, c'est la liberté et l'autonomie du salarié qui priment »³⁸⁶. Le contrat de travail en effet n'institue pas un

³⁸¹ L'article L 3121-1, alinéa 1, du Code du travail, issu de la loi du 13 juin 1998 dite loi « Aubry 1 », dispose que « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

³⁸² A. Johansson, « La détermination du temps de travail effectif », LGDJ, 2006.

³⁸³ Cass. Soc. 11 juillet 2006, n°04-46711 ; Cass. Soc. 3 juillet 2001, n°99-43361, Dr. Soc. 2001, p. 1009, obs. C. Radé ; Cass. Soc. 28 février 1962, Bull. civ. V, n°231.

³⁸⁴ Voir supra, n°24.

³⁸⁵ Cf Cass. Soc. 15 juin 1999 n°96-44772, Bull. Civ. V, n°279 ; RJS 1999, n°1049, énonçant qu'un salarié en arrêt maladie « ne saurait être tenu, durant cette période, de poursuivre une collaboration avec l'employeur », de sorte que le salarié ne commet pas de faute en « coupant toute possibilité de contact avec ses collègues » ; Cass. Soc. 27 novembre 2001, n°99-43290, approuvant une Cour d'appel d'avoir jugé sans cause réelle et sérieuse un licenciement motivé par l'absence du salarié à deux réunions se tenant pendant son jour de repos hebdomadaire.

³⁸⁶ J.-Y. Frouin, « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », CSBP n°99, p. 123.



« rapport permanent de subordination »³⁸⁷, lequel n'existe qu'au temps du travail. Le temps libre est donc en premier lieu reconnaissance de ce que le contrat de travail produit des effets limités et n'engage pas de manière pleine et entière la personne du salarié³⁸⁸. Le droit du salarié au temps libre se fonde sur l'analyse des frontières du champ contractuel.

121. Un droit positif. Mais le temps libre ne doit pas seulement être compris comme une notion résiduelle ; il ne se réduit pas à un temps de non travail³⁸⁹. Il est un droit positif du salarié, et le temps de l'exercice de nombreuses libertés fondamentales ne pouvant pas être exercées au temps et au lieu du travail, parmi lesquelles on peut au moins citer le droit au repos (qui est un aspect de la vie personnelle, mais également du droit à la protection de la santé) et au loisir ainsi que le droit à une vie familiale normale, mais également les libertés du travail et d'entreprendre (le salarié étant libre, sous réserve des limites légales, d'exercer plusieurs activités professionnelles), le droit à l'instruction et à la culture, les libertés d'association et de réunion...

C'est pourquoi, lorsqu'il contracte, le salarié doit être à même de mesurer ce temps autonome. La mesure du temps libre n'est pas seulement la conséquence de l'exigence de détermination de la durée du travail, elle en est un fondement. La détermination de la durée du travail s'impose en tant que mesure du temps concédé à l'employeur, mais également en tant que mesure du temps libre du salarié.

III. La persistance du temps contraint

122. La répartition des temps n'est pas purement binaire. L'opposition entre temps de

³⁸⁷ J-F. Paulin, « Les temps soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.

³⁸⁸ Cf. B. Bossu : « Le droit au repos se présente aussi comme un temps de liberté : le salarié échappe au lien de subordination et il fait ce qu'il veut. En d'autres termes, le repos est intimement lié au travail » (B.Bossu, « Une permanence dans l'entreprise constitue un temps de travail effectif », JCP S 2011, 1453).

³⁸⁹ En ce sens, P. Waquet, « Le temps de repos », art. préc. ; J-F. Paulin, « Les temps soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008 ; F. Favennec-Héry, « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », RJS 1999, p. 819 : l'auteur plaide pour « une approche positive du temps de repos ».



travail et temps libre n'épuise pas la diversité des temps. De nombreux temps contraints, eux-mêmes variés, subsistent. Il apparaît cependant qu'à l'exception des temps de trajet entre domicile et lieu de travail (A), les temps contraints que connaît le droit positif devraient être considérés comme l'exécution du contrat et être décomptés de la durée du travail puisqu'au cours de ces périodes le pouvoir de l'employeur se manifeste et restreint la liberté d'action du salarié, excluant son autonomie (B).

A. Les temps contraints non subordonnés

123. Le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail est par définition un temps hybride en ce qu'il marque matériellement le passage de la sphère privée à la sphère professionnelle. Il n'est pas un temps de travail dans la mesure où le salarié n'obéit à aucune directive professionnelle de son employeur. Ce n'est pas non plus un véritable temps libre puisque le salarié n'est pas totalement à même de « vaquer à ses occupations personnelles »³⁹⁰. Il paraît cependant inévitable de considérer, comme l'ont fait la Cour de Cassation³⁹¹ puis le législateur³⁹², que le « temps habituel du trajet entre le domicile et le lieu du travail » ne caractérise pas un temps de travail effectif, seul le temps « dérogeant au temps normal du trajet » devant être considéré comme du temps de travail effectif et décompté de la durée du travail.

124. *Expression du libre choix de son domicile par le salarié.* Le trajet doit être considéré comme la conséquence du libre choix de son domicile³⁹³ par le salarié, que rien n'oblige à vivre à proximité de son lieu de travail. Mais l'observation ne vaut que pour autant que l'on ne reconnaisse pas à l'employeur le pouvoir de modifier le lieu de travail. Dès lors que l'employeur modifie le lieu de travail, le temps de trajet devient

³⁹⁰ J-E. Ray, « Temps professionnels et temps personnels », Dr. Soc. 2004, p. 58.

³⁹¹ Cass. Soc. 5 novembre 2003, n°01-43109, Bull. Civ. V, n°275 ; Cass. Soc. 2 juin 2004 n°02-42613 ; Cass. Soc. 13 décembre 2006, n°04-45542 ; Cass. Soc. 17 octobre 2007, n°06-41053 ; Cass. Soc. 12 mars 2009, n°07-45715 ; Cass. Soc. 21 janvier 2009, n°06-45509

³⁹² C. trav. art. L 3121-4, issu de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, dite « de programmation pour la cohésion sociale ».

³⁹³ Principe du libre choix du domicile que la Cour de cassation protège : Cass. Soc. 12 janvier 1999, n° 96-40755, Bull. Civ. V, n°7 ; Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°08-40434, Bull. Civ. V, n°190.



moins la conséquence du libre choix de son domicile par le salarié que l'exécution d'une directive patronale relative au lieu d'exécution du travail. En modifiant le lieu de travail, l'employeur accroît son emprise sur le temps de trajet tandis que celle du salarié diminue. En l'état actuel du droit positif, il y a une certaine incohérence à reconnaître à l'employeur ce pouvoir de modification du lieu de travail³⁹⁴ tout en excluant le temps de trajet du décompte de la durée du travail.

B. Les temps contraints subordonnés

125. Alors que toute situation de subordination marque l'exécution par le salarié de ses obligations contractuelles³⁹⁵, de manière tout à fait critiquable le Code du travail et la jurisprudence excluent du décompte de la durée du travail diverses périodes ne donnant pas lieu à exécution par le salarié des tâches caractéristiques de sa prestation de travail mais au cours desquelles se manifeste le pouvoir de l'employeur. Il s'agit principalement des temps d'habillage et de déshabillage (1), de trajet dans l'entreprise (2), de certains temps de pause (3), et des temps d'astreinte (4)³⁹⁶.

126. Enjeux. Temps subordonnés, ces périodes devraient être décomptées de la durée du travail. Les enjeux sont multiples :

- l'exclusion de ces temps subordonnés du décompte de la durée du travail modifie les prévisions contractuelles en allongeant le temps concédé par le salarié à l'employeur au détriment de son temps libre, donc en étirant les frontières

³⁹⁴ Voir infra, n°200 et s.

³⁹⁵ Voir supra, n°119 et s.

³⁹⁶ Le régime des heures d'équivalence ne sera pas traité dans cette partie consacrée aux temps contraints exclus du décompte de la durée du travail dans la mesure où les heures de présence du salarié sont bien décomptées de la durée du travail convenue, celle-ci étant cependant supérieure à la durée légale. De même, la question des temps de formation ne sera pas abordée dans la mesure où, depuis la loi du 24 novembre 2009 « relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie », seules les actions dites de « développement des compétences », qui sont facultatives pour le salarié, sont effectuées hors du temps de travail, et dans la mesure où le pouvoir de l'employeur ne se manifeste pas au cours de ce « tiers temps formation » (F. Favennec Hery, « Temps de formation, temps de travail : quelques observations », Dr. Soc. 2004, p. 484 ; J-P. Willems, « La loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie », JCP S 2009, 1543).



- temporelles de la sphère de subordination, et méconnaît ainsi l'article 1129 du code civil qui impose la détermination de ce temps ;
- ces temps ne sont pas rémunérés³⁹⁷ et peuvent donc être considérés comme dépourvus de cause au sens de l'article 1131 du code civil ;
 - ils ne sont pas pris en compte pour l'appréciation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires ;
 - ils ne sont pas pris en compte pour l'appréciation des périodes minimales de repos quotidien et hebdomadaire.

1. Temps d'habillage et de déshabillage

127. L'employeur est, sous certaines conditions, considéré comme autorisé à imposer au salarié le port d'une tenue de travail spécifique. Outre les difficultés que ce type de directive présente au regard de la liberté du salarié de se vêtir comme bon lui semble³⁹⁸, la question du statut et de la rémunération du temps passé à l'habillage et au déshabillage se pose.

128. Une obligation d'habillage spécifique. L'intégration du temps d'habillage au temps décompté de la durée du travail semblait aller de soi. En imposant au salarié le port d'une tenue spécifique, et donc en se saisissant d'un temps libre du salarié pour décider de son affectation, même si cette directive est prise en application d'une disposition législative ou réglementaire, l'employeur fait usage de son pouvoir de direction tiré du contrat de travail : il use d'une prérogative contractuelle. Corrélativement, le salarié est tenu de se conformer à cette directive en raison de son obligation de subordination résultant du contrat de travail : il se conforme à une obligation contractuelle et le temps passé à exécuter cette obligation, c'est-à-dire à revêtir puis à retirer la tenue de travail, est un temps subordonné ; au cours de ces opérations, le salarié exécute la directive de l'employeur ; il ne se livre pas à une

³⁹⁷ Certains font éventuellement l'objet de contreparties qui peuvent prendre la forme de repos, ou d'indemnisation financière, mais d'un montant inférieur à celui du salaire contractuel.

³⁹⁸ Voir infra, n°269 et s.



occupation personnelle. En ce sens, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 mars 2008 avait très justement rappelé que « *lorsqu'il revêt sa tenue de service dans l'entreprise, [le salarié] exécute la directive de l'employeur lui imposant de la porter et est à sa disposition puisque présent sur son lieu de travail sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles* »³⁹⁹.

Sauf à considérer qu'il existe un pouvoir de l'employeur sur le salarié en dehors du contrat de travail, auquel on serait bien en peine de trouver un fondement et une légitimité⁴⁰⁰, il faut reconnaître que la directive patronale relative au port d'une tenue de travail et son application caractérisent l'exécution du contrat de travail. Le temps passé à ces opérations devrait donc être décompté de la durée prévue par le contrat de travail pour quantifier la dette de subordination due par le salarié⁴⁰¹.

129. Droit positif : un temps autonome. Pourtant, de longue date, ce temps est exclu du temps de travail effectif. Un décret-loi du 12 novembre 1938, repris par une loi du 28 août 1942, avait pour la première fois énoncé que « la durée du travail établie par la loi du 21 juin 1936 s'entend du travail effectif, à l'exclusion du temps nécessaire à l'habillage et au casse-croûte ». Maintenues en vigueur, y compris par la loi « Aubry 1 » du 13 juin 1998, ces dispositions n'ont été abrogées que par la loi « Aubry 2 » du 19 janvier 2000, qui a cependant maintenu leur sens en subordonnant l'intégration du temps d'habillage au temps de travail effectif à l'existence d'une disposition conventionnelle ou contractuelle⁴⁰².

Le temps d'habillage est donc considéré comme un temps autonome qui ne s'impute pas

³⁹⁹ La Cour d'appel avait en conséquence inclus le temps d'habillage et de déshabillage dans le décompte du temps de travail effectif. Cette décision a été cassée au visa de l'article L 3121-3. Pour la Cour de cassation « sous réserve de dispositions plus favorables, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage ne peut être pris en compte dans la durée du travail » (Cass. Soc. 28 octobre 2009, n°08-41953, Bull. Civ. V, n°238 ; JCP S 2009, Act. 566)

⁴⁰⁰ Sur l'absence de fondement du pouvoir autre que le contrat de travail, voir supra, n°51 et s.

⁴⁰¹ En ce sens, Monsieur le Professeur Miné considère que « pendant les temps d'habillage et de déshabillage, les critères légaux de qualification du temps de travail sont réunis : le salarié ne peut pas vaquer librement à ses occupations personnelles, il est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives » (M. Miné, Dr. Ouv. 2005, p. 409)

⁴⁰² C. trav. art. L 212-4, devenu l'article L 3121-3.



sur la durée du travail à laquelle a consenti le salarié en concluant le contrat de travail (et qui a donc pour effet d'allonger le temps de subordination concédé par le salarié, parfois de manière très conséquente⁴⁰³), qui n'est pas rémunéré au taux contractuel du salaire et qui n'est pas pris en compte dans le calcul des heures supplémentaires. La Cour de cassation fait une application stricte de ces principes ; en l'absence de disposition conventionnelle, de stipulation contractuelle ou d'un usage en ce sens, le temps d'habillage ne peut pas être décompté du temps de travail effectif⁴⁰⁴.

Quant au salarié qui, en l'absence d'autorisation ou de disposition conventionnelle plus favorable, prendrait l'initiative d'effectuer les opérations d'habillage et de déshabillage pendant son temps de travail effectif, il commettrait une faute disciplinaire ; c'est du moins ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt largement diffusé, en censurant la décision par laquelle une Cour d'appel, confirmant le jugement du Conseil de prud'hommes, avait annulé la mise à pied infligée à deux salariés pour ce motif⁴⁰⁵.

130. Un droit théorique⁴⁰⁶ à contrepartie. Depuis la loi « Aubry 2 » du 19 janvier 2000, ce temps d'habillage qui reste un temps autonome, doit faire l'objet de « contreparties », dont la loi précise qu'elles peuvent être financières ou prendre la forme de repos⁴⁰⁷, mais dont le montant est librement fixé par la convention collective ou le contrat de

⁴⁰³ Cf Cass. Soc. 9 mars 1999 n°96-43965, cité par M. Miné (Dr. Ouv. 2005 p. 409), s'agissant, pour un salarié chauffeur grutier, d'un temps d'habillage et de déshabillage évalué par les parties à 235 heures par an.

⁴⁰⁴ Cass. Soc. 15 novembre 2006, n°04-45540 ; Cass. Soc. 28 octobre 2009, préc.

⁴⁰⁵ Cass. Soc. 28 octobre 2009, préc. Au soutien de son pourvoi, l'employeur avançait cet argument audacieux : l'entreprise n'imposant pas aux salariés de revêtir la tenue de travail dans l'entreprise, en accomplissant cette opération sur leur lieu de travail les salariés « exerçaient le choix qui leur était offert », et agissaient... « par convenance personnelle » !

⁴⁰⁶ M. Desrues, Dr. Ouv. 2010, p. 109.

⁴⁰⁷ L'article L 3121-3 dispose désormais : « Le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties. Ces contreparties sont accordées soit sous forme de repos, soit sous forme financière, lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions légales, par des stipulations conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail.

Ces contreparties sont déterminées par convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par le contrat de travail, sans préjudice des clauses des conventions collectives, de branche, d'entreprise ou d'établissement, des usages ou des stipulations du contrat de travail assimilant ces temps d'habillage et de déshabillage à du temps de travail effectif ».



travail (ou à défaut par le juge⁴⁰⁸), et dont les critères d'attribution sont excessivement restrictifs. En effet, aux termes de l'article L 3121-3 du Code du travail, « *le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties* » et ces contreparties sont dues lorsque « *le port d'une tenue de travail est imposé (...) et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail* ». Certains employeurs ont cru pouvoir interpréter ce texte comme énonçant deux conditions cumulatives, le droit à contrepartie supposant selon eux l'obligation de port d'une tenue spécifique d'une part, et l'obligation de la revêtir dans l'entreprise uniquement d'autre part. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait rejeté cette théorie en considérant à juste titre que « *lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire, l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail* »⁴⁰⁹. La solution, qui rendait « l'obligation de port d'une tenue (...) indissociable d'un lieu de l'entreprise permettant de la revêtir »⁴¹⁰ était logique, dans la mesure où le port d'une tenue spécifique de travail ne saurait être imposé au salarié hors du temps et du lieu de travail, notamment au cours du trajet entre son domicile et l'entreprise, sauf à porter atteinte de manière injustifiée au respect de sa vie privée et de sa liberté vestimentaire⁴¹¹. Elle avait également pour mérite « d'accorder un effet utile au texte », que la théorie patronale aurait pour effet de « vider de sa substance » puisqu'il suffirait « à l'entreprise d'imposer l'habillage et le déshabillage au domicile du salarié pour se soustraire aux obligations légales »⁴¹².

⁴⁰⁸ Dès lors que les critères d'attribution de la contrepartie sont réunis, il appartient au juge, soit de fixer lui-même la contrepartie « en fonction des prétentions respectives des parties » (Cass. Soc. 16 janvier 2008, n°06-42983, Bull. Civ. V, n°11), soit d'ordonner, éventuellement sous astreinte, à l'employeur d'ouvrir des négociations en vue de la conclusion d'un accord collectif définissant ces contreparties (Cass. Soc. 26 janvier 2005, n°03-15033, Bull. Civ. V, n°34 ; Dr. Soc. 2005, p. 469, note P. Waquet ; Dr. Ouv. 2005, p. 405, note M. Miné).

⁴⁰⁹ Cass. Soc. 26 janvier 2005, préc. ; Cass. Soc. 5 décembre 2007, n°06-43888.

⁴¹⁰ N. Bizot et A. Mazières, Dr. Ouv. 2008, p. 501.

⁴¹¹ En ce sens la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 26 juin 2008 (Dr. Ouv. 2009, p. 150, obs. M. Desrues), a pu énoncer que « l'exercice de cette liberté individuelle [vestimentaire] et la volonté de préserver sa tenue de travail **suffisent à constituer l'obligation**, pour l'appelant, de s'habiller et déshabiller dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ». Voir également en ce sens, L. Perrin, « temps de trajet, temps d'habillage et temps de travail effectif », D. 2008, p. 1049.

⁴¹² M. Miné, Dr. Ouv. 2005, p. 410. Dans le même sens, A. Johansson, « La détermination du temps de travail effectif », LGDJ, Bibl. de droit social, n°44, 2006, p. 527.



Mais la Cour de cassation a opéré un revirement en énonçant, le 26 mars 2008, que « *le bénéficiaire [des] contreparties est subordonné à la réalisation des deux conditions cumulatives prévues par ce texte* », qui ne sont pas réunies dès lors que « *le salarié astreint au port d'une tenue de travail n'avait pas l'obligation de la revêtir et l'enlever sur son lieu de travail* »⁴¹³. La solution, que la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer⁴¹⁴, y compris en Assemblée Plénière⁴¹⁵, appelle deux observations :

- Tout d'abord, une bonne nouvelle pour l'employeur désireux d'imposer sans frais le port d'une tenue spécifique au salarié : l'article L 3121-3 du Code du travail est dépourvu de tout effet utile et n'a guère plus de valeur qu'un souhait législatif. Pour s'en affranchir, il suffit à l'employeur d'exiger du salarié de se présenter sur son lieu de travail en ayant préalablement (donc à son domicile, sur son temps « libre ») revêtu sa tenue de travail. Imposer une sujétion (le port d'une tenue de travail) a un prix, mais en imposer deux (port d'une tenue de travail et habillage au domicile)... est gratuit ! En ce sens, Nathalie Bizot et Arnaud Mazières ont très justement exprimé leur crainte d'assister à « la mort annoncée de la prime d'habillage-déshabillage ». De même, Monsieur Desrues⁴¹⁶ constate que l'employeur est « ainsi "à l'abri" de compenser les sujétions liées au port du vêtement de travail » et regrette que la Cour de cassation fasse « désormais sienne la position patronale "habillez-vous chez vous avant de venir au travail" ».
- Ensuite, on découvre que l'employeur est autorisé à se saisir, outre d'un temps personnel du salarié, d'un lieu personnel. L'employeur impose au salarié une certaine conduite hors du temps et du lieu de travail ! L'intrusion de l'employeur

⁴¹³ Cass. Soc. 26 mars 2008, n°05-41476, Bull. Civ. V, n°73 ; Dr. Ouv. 2008, p. 498, note N. Bizot et A. Mazières ; Dr. Soc. 2008, p. 745, note J. Savatier.

⁴¹⁴ Cass. Soc. 3 juin 2009, n°07-42646 ; Cass. Soc. 17 février 2010, n°08-44343 ;

⁴¹⁵ Cass. AP. 18 novembre 2011, n°10-16491, JCP S 2011, 1578, note M. Morand. La Cour d'appel de Paris, statuant comme Cour de renvoi, avait rejeté les demandes des salariés en paiement de la contrepartie, et avait en cela résisté à la chambre sociale de la Cour de cassation qui, par un arrêt du 5 décembre 2007 (préc) avait censuré l'arrêt de la première Cour d'appel en lui reprochant d'avoir rejeté ces demandes au motif que « *lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire, l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail* ». Ce principe ayant été entre-temps abandonné, la résistance de la Cour d'appel est approuvée par l'Assemblée Plénière.

⁴¹⁶ Dr. Ouv. 2010, p.110, et Dr. Ouv. 2009, p. 152.



dans la sphère privée du salarié est double. Le constat ne peut manquer d'inquiéter ; il brouille les frontières entre vies personnelle et professionnelle. Or, de même qu'il ne serait pas concevable que la loi investisse l'employeur du pouvoir d'exiger du salarié de ne se présenter sur son lieu de travail qu'après avoir accompli chez lui certaines tâches (élaboration d'un compte-rendu, entretien d'outils, classement de dossiers...), l'obligation d'habillage à domicile est une anomalie juridique.

2. Temps de trajet dans l'entreprise

131. Une obligation de déplacement. Au sein même de l'entreprise, le salarié peut être appelé à parcourir différents trajets, le conduisant de son poste de travail au vestiaire, à la salle de pause ou encore à la pointeuse. Il est certain que les temps consacrés à effectuer ces trajets sont imposés par l'employeur ou à tout le moins par l'organisation de l'entreprise dont il a décidé. Le temps passé par le salarié pour se déplacer d'un point à un autre au sein de l'entreprise est la conséquence des décisions de l'employeur et est donc nécessairement un temps subordonné, même en l'absence de directive particulière autre que celle relative au déplacement imposé. La simple circonstance que le salarié est contraint d'effectuer un trajet déterminé, pendant un temps qu'en conséquence il ne peut occuper librement et au cours duquel il ne peut faire un usage autonome de sa liberté d'aller et venir, suffit à caractériser l'effectivité de sa subordination, donc l'exécution du contrat de travail.

132. Un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 2004⁴¹⁷, également connu pour avoir de manière critiquable rattaché le pouvoir de direction à la liberté d'entreprendre⁴¹⁸, avait pu faire croire que ces principes seraient appliqués et que tout temps de trajet dans l'entreprise devait être qualifié de temps de travail effectif. Dans cette espèce, la Cour de cassation avait approuvé une Cour d'appel d'avoir fait droit aux demandes de

⁴¹⁷ Cass. Soc. 13 juillet 2004, n°02-15142, Bull. Civ. V, n°205.

⁴¹⁸ E. Dockès, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », Dr. Ouv. 2005, p. 1.



plusieurs syndicats tendant à ce que le temps de trajet des salariés de deux supermarchés entre les salles de pause ou les vestiaires d'une part, et les pointeuses qui en étaient éloignées d'autre part, soit qualifié de temps de travail effectif. Pour la Cour de cassation, « *la cour d'appel, qui a relevé que lors des déplacements litigieux, les salariés étaient à la disposition de l'employeur, **tenus de se conformer à ses directives**, en a déduit à bon droit que ces périodes constituaient un temps de travail effectif* ». La Cour de cassation constatait que la Cour d'appel avait relevé l'existence de directives patronales. Mais ce qu'avait relevé la Cour d'appel, c'était simplement que « **ayant revêtu la tenue de travail, les salariés doivent se conformer aux directives de l'employeur et aller pointer sur la machine déterminée par l'entreprise de telle sorte que le temps de déplacement à l'intérieur du magasin est la conséquence de l'organisation imposée par ce dernier** ». Deux lectures pouvaient être faites de cet arrêt.

La première, la plus restrictive, consistait à comprendre que le temps de trajet ne peut être qualifié de temps de travail effectif que si, pendant le trajet, le salarié doit se conformer à des directives de l'employeur distinctes de la seule obligation de déplacement, étant entendu cependant que l'obligation de port d'une tenue de travail au cours des trajets suffit à caractériser ces directives patronales, emportant la qualification de travail effectif⁴¹⁹.

La seconde lecture consistait à considérer que la seule obligation de déplacement en vue « *d'aller pointer sur la machine déterminée* » constituait en elle-même une directive. La formule de la Cour de cassation selon laquelle « *lors des déplacements les salariés étaient à la dispositions de l'employeur, tenus de se conformer à ses directives* », pouvait être comprise comme indiquant que le déplacement caractérisait la directive, la référence au port de la tenue de travail n'étant qu'indicative.

L'interprétation restrictive permettait de considérer tout temps de trajet *en tenue de travail* comme un temps de travail effectif, à l'exclusion des temps de trajet sans tenue de travail. L'interprétation large permettait de considérer tout temps de trajet comme

⁴¹⁹ En ce sens, C. Charbonneau, CSBP n°164, A59, p. 414.



un temps de travail effectif.

133. Droit positif: exigence de directives distinctes. La jurisprudence ultérieure a écarté ces deux interprétations pour en retenir une troisième encore plus restrictive. C'est ainsi que la Cour de cassation a, dans un arrêt largement publié⁴²⁰, censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait qualifié de temps de travail effectif le temps de trajet effectué en tenue de travail par des salariés entre le vestiaire et la pointeuse, puis en sens inverse entre la pointeuse et le vestiaire, au motif que « *le temps incompressible consacré à ces déplacements en tenue, peu important leur caractère insignifiant, est imposé par l'employeur aux salariés qui sont de ce fait à sa disposition et sous sa direction sans pouvoir s'y soustraire* ». Pour la Cour de cassation, « *la circonstance que le salarié soit astreint au port d'une tenue de travail ne permet pas de considérer qu'un temps de déplacement au sein de l'entreprise constitue un temps de travail effectif* », de sorte que la Cour d'appel a statué « *par des motifs impropres à caractériser que le salarié se trouvait à la disposition de son employeur et devait se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ». En allant d'un vestiaire de l'entreprise à la pointeuse de cette même entreprise, il est donc possible, selon la Cour de cassation, que le salarié soit en réalité en train de « vaquer à des occupations personnelles »... Le trajet, même effectué en tenue de travail, n'est pas considéré comme l'exécution d'une directive de l'employeur. La qualification de temps de travail effectif suppose que soient caractérisées d'autres directives, distinctes de l'obligation de déplacement et de celle de port d'une tenue spécifique.

134. Il en résulte que la qualification de temps de travail effectif, s'agissant de temps de trajets dans l'entreprise, est réservée à des hypothèses marginales. Elle suppose la caractérisation d'obligations supplémentaires et spécifiques. Ainsi les temps de trajet des salariés de la société Eurodisney ont-ils été qualifiés de temps de travail effectif dans la mesure où il a été établi qu'au cours des trajets effectués en tenue de travail (costumes de personnages Disney), les salariés étaient soit en contact avec le public qui les sollicitait, soit en présence d'un supérieur hiérarchique, et devaient en toute

⁴²⁰ Cass. Soc. 31 octobre 2007, n°06-13232, Bull. Civ. V, n°182.



hypothèse se conformer à certaines interdictions (de manger, de fumer). La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu l'existence de directives distinctes au cours de ces temps de trajet et de les avoir qualifiés de temps de travail effectif⁴²¹.

3. Temps de pauses subordonnées

135. Notion de pause : cessation du travail et de la subordination. La pause est a priori la période au cours de laquelle le salarié cesse de travailler pour se reposer et se consacrer à ses activités personnelles ; c'est un temps libre au cours duquel le salarié retrouve toute son autonomie. Au cours de ses pauses, le salarié n'est donc tenu d'exécuter aucune tâche relevant de sa prestation de travail et est libéré de sa situation de subordination. Comme le souligne Monsieur le Professeur Ray, « *c'est la possibilité de se soustraire à la subordination de l'employeur et de pouvoir donc vaquer presque librement à des occupations personnelles qui caractérise le temps de (vraie) pause* »⁴²². En effet, la pause étant une période au cours de laquelle les obligations réciproques des parties au contrat de travail sont suspendues, il n'est pas concevable que le salarié puisse rester tenu de son obligation de subordination alors que l'employeur est totalement libéré de son obligation de verser un salaire.

De surcroît, il ne peut y avoir de vrai repos ni donc de véritable pause sans exclusion complète du pouvoir de direction de l'employeur. Cette exclusion du pouvoir patronal est essentielle si l'on veut bien admettre que le repos, et avec lui la sécurité des travailleurs, implique non seulement une interruption des activités physiques mais également une libération intellectuelle aussi effective que possible quant aux contraintes liées au travail et à la subordination.

136. Si ces conditions d'absence d'exécution matérielle d'un travail et d'exclusion du pouvoir de l'employeur sont remplies, la période de pause constitue un vrai temps libre ;

⁴²¹ Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°07-40638 ; Voir également pour le même litige au sein de la même entreprise mais s'agissant d'autres salariés, Cass. Soc. 4 novembre 2009, n°07-44690.

⁴²² J.-E. Ray, « Temps professionnel et temps personnels », Dr. Soc. 2004, p. 58.



il paraît cohérent de ne pas la considérer comme un temps de travail effectif devant être décompté de la durée du travail, même si le principe de non rémunération des pauses est quant à lui contestable⁴²³.

A l'inverse, comme le rappelle l'article L 3121-2, alinéa 2, du Code du travail, si en pratique les critères du temps de travail effectif sont remplis, la pause doit être requalifiée en temps de travail. Le salarié qui démontre que, pendant les périodes de « pause », il est en réalité à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, a droit au paiement du temps litigieux. Appliquant ces principes, la jurisprudence requalifie en temps de travail effectif les périodes de « pause » au cours desquelles le salarié exécute tout ou partie des tâches relevant de sa prestation de travail ou liées à l'activité de l'entreprise (par exemple, surveillance des machines⁴²⁴, accueil des clients⁴²⁵...).

Mais à l'inverse, de nombreuses périodes de « pause » ne sont pas requalifiées malgré un maintien évident de la subordination du salarié.

137. « Pause » et obligation de rester dans l'entreprise. Il est ainsi considéré que l'interdiction faite au salarié par l'employeur de quitter l'entreprise au cours de sa « pause » ne déqualifie pas cette période et n'en fait pas un temps à décompter de la durée du travail. En ce sens, la Cour de cassation a censuré, dans un arrêt certes non publié⁴²⁶, la décision d'une Cour d'appel qui avait retenu qu'une telle interdiction excluait la qualification de pause. Pour la Cour de cassation, ce motif est inopérant et ne démontre pas que, durant les périodes de « pause » les salariés étaient tenus de répondre aux directives de l'employeur⁴²⁷.

⁴²³ Le non paiement des périodes de pause est contestable dans la mesure où les pauses quotidiennes sont prescrites pour des raisons de sécurité, et où la sécurité est une obligation pesant sur l'employeur qui bénéficie des profits de l'entreprise et doit donc corrélativement en assumer les risques. Ne pas payer les périodes de pause quotidiennes, c'est faire reposer sur le salarié le coût de cette mesure de sécurité.

⁴²⁴ Cass. Soc. 19 mai 2009, n°08-42523.

⁴²⁵ Cass. Soc. 10 décembre 2008, n°07-41531.

⁴²⁶ Cass. Soc. 19 mai 2009, n°08-40208.

⁴²⁷ Cf. dans le même sens Cass. Soc. 30 mars 2011, n°09-69751.



Une telle motivation occulte le fait que l'interdiction de quitter le lieu de travail est *en soi* une directive patronale qui produit ses effets au cours de la pause. Cette directive est de toute première importance en termes de restriction des libertés puisqu'elle exclut tout déplacement extérieur, même minime, que le salarié pourrait souhaiter effectuer⁴²⁸. Pendant ce temps censé être libre et autonome, le salarié se conforme à une directive générale de l'employeur. Le salarié exécute son obligation de respecter les directives de l'employeur ; celui-ci use de son pouvoir contractuel de direction ; pourtant la qualification de temps de pause situe la relation hors de la sphère de subordination. Le pouvoir de l'employeur est clairement utilisé au-delà de ses limites. Il n'a aucune légitimité à produire des effets dans la sphère personnelle du salarié.

138. « Pause » et interventions ponctuelles éventuelles. De surcroît, dans certains cas, l'employeur indique expressément que la directive d'interdiction de quitter l'entreprise a pour finalité de garantir le maintien des salariés à sa disposition afin d'éventuellement effectuer des tâches ponctuelles au cours de la pause, les interventions ponctuelles étant censées être intégrées au temps de travail effectif et rémunérées. La « pause » n'a alors plus rien d'une coupure intellectuelle avec le travail. La seule éventualité d'être appelé à intervenir en cas de nécessité fait obstacle au repos et à la qualification de temps libre⁴²⁹. La subordination du salarié n'est pas suspendue dans la mesure où obligation lui est faite de se tenir prêt à effectuer une tâche quelconque, donc de rester sur le lieu de travail.

Une « pause » ainsi conçue peut se définir comme la période au cours de laquelle, sans être rémunéré, le salarié est tenu de rester à la disposition de l'employeur au sein de l'entreprise afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de

⁴²⁸ Il est vrai que la brièveté de la pause restreint de fait la possibilité de déplacement. Mais l'interdiction est plus radicale puisqu'elle exclut toute possibilité de déplacement, même minime.

⁴²⁹ En ce sens, Cons. Prud'h. Epinal, 17 mars 2005 : le Conseil de prud'hommes avait considéré que « la seule éventualité d'être appelé à intervenir en cas de besoin confère à la pause la nature de temps de travail effectif » ; le jugement a été cassé (Cass. Soc. 16 mai 2007, n°05-42639). Le Conseil de Prud'hommes statuant sur renvoi a modifié le fondement de la décision en retenant que l'obligation de surveillance des machines, même en l'absence d'intervention effective, caractérisait le maintien des salariés à disposition de l'employeur et les directives de celui-ci. Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté (Cass. Soc. 19 mai 2009, préc.)



celle-ci, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif... Où l'on réinvente l'astreinte⁴³⁰, dotée de surcroît de deux avantages supplémentaires pour l'employeur : la gratuité et la faculté d'être exécutée dans l'entreprise !

Pendant un temps, la Cour de cassation a pourtant admis ces pratiques, d'abord s'agissant d'interventions nécessitées par des impératifs de sécurité : « *mais attendu que la période de pause qui s'analyse comme un arrêt de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité, n'est pas incompatible avec des interventions éventuelles et exceptionnelles demandées durant cette période au salarié en cas de nécessité, notamment pour des motifs de sécurité* ». En l'espèce « *les salariés ne devaient intervenir qu'en cas de nécessité et cette période était rémunérée et décomptée comme du temps de travail effectif* »⁴³¹, ce dont il résultait que la Cour d'appel avait à juste titre retenu la qualification de « pause ». La Cour de cassation avait confirmé sa position en approuvant une Cour d'appel d'avoir rejeté la demande d'un salarié d'une superette tendant à la requalification de ses « pauses » en temps de travail effectif alors que « *la direction reconnaissait imposer au salarié de rester en permanence disponible pour toute intervention dans le magasin* »⁴³², de sorte que la « pause » était manifestement un temps subordonné qui aurait dû être décompté de la durée du travail.

Finalement, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence dans le sens d'une interprétation plus stricte de la notion de pause. Rejetant le pourvoi de l'employeur qui invoquait le principe selon lequel la pause ne serait pas incompatible avec des « *interventions éventuelles et exceptionnelles* », elle a ainsi approuvé une Cour d'appel d'avoir condamné une entreprise à indemniser un salarié au titre des pauses non prises, après avoir constaté que celui-ci, employé de station-service, seul en poste la nuit, était contraint de rester sur le lieu de travail « *pour recevoir les clients* », ce qui caractérisait

⁴³⁰ Définie par l'article L 3121-5 comme la « période pendant laquelle 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 pour accomplir un travail au service de l'entreprise. La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif ». Cf. infra, n°139 et s.

⁴³¹ Cass. Soc. 1^{er} avril 2003, n°01-01395, Bull. Civ. V, n°129.

⁴³² Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-42464.



son obligation de rester à la disposition de l'employeur et excluait la notion de pause⁴³³.

4. Périodes d'astreinte

139. Notion d'astreinte. L'astreinte est définie par le Code du travail comme « *la période pendant laquelle 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 pour accomplir un travail au service de l'entreprise* »⁴³⁴. Pendant la période d'astreinte, le salarié est réputé être en période de repos⁴³⁵ et n'est pas rémunéré, seule une « compensation financière ou sous forme de repos »⁴³⁶ étant due. Ce n'est que s'il est effectivement appelé à intervenir que le temps d'intervention (et lui seul) est qualifié de temps de travail effectif. L'astreinte permet donc à l'employeur d'accroître le temps au cours duquel le salarié est à sa disposition, sans pour autant rémunérer l'intégralité de ce temps, seul l'étant le temps strictement nécessaire à l'entreprise. L'astreinte est un outil permettant « aux employeurs de recourir au travail à la demande »⁴³⁷, en contournant les inconnues liées à l'intensité du travail et aux besoins de l'entreprise, dont on aurait pu croire qu'elles constituent un risque d'entreprise devant peser en tant que tel sur le seul employeur, mais en aucun cas sur le salarié.

140. Effectivité du pouvoir patronal. Au cours de la période d'astreinte, l'employeur exerce un pouvoir sur le salarié qui se manifeste de façon particulièrement rigoureuse et restreint considérablement sa liberté.

Ce pouvoir se manifeste d'abord par la faculté de l'employeur d'imposer au salarié de

⁴³³ Cass. Soc. 13 janvier 2010, n°08-42716, Bull. Civ. V, n°9 ; JCP S 2010, 1198, note A. Martinon.

⁴³⁴ C. trav. art. L 3121-5.

⁴³⁵ C. trav. art. L 3121-6 : « Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L. 3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L. 3132-2 et L. 3164-2 ».

⁴³⁶ C. trav. art. L 3121-7.

⁴³⁷ E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », Dr. Soc. 2004, p. 620.



rester « à son domicile ou à proximité »⁴³⁸. Le salarié subit une restriction très lourde de sa liberté d'aller et venir et avec elle de sa liberté d'agir comme bon lui semble dans le cadre de sa vie personnelle, familiale et sociale. Ce pouvoir dont dispose l'employeur est important ; notons, pour tenter d'en appréhender la juste étendue, que l'employeur se trouve ainsi investi, sur habilitation législative, d'une faculté de prononcer une sorte « d'assignation à domicile » que l'on aurait pu croire être du seul apanage du juge pénal⁴³⁹.

Ensuite, le pouvoir de l'employeur se manifeste par sa faculté d'interrompre à tout moment et sans préavis les activités personnelles du salarié en le « convoquant » sur son lieu de travail. Même si cette interruption n'a finalement pas lieu, la seule potentialité de sa survenance restreint considérablement la liberté d'action du salarié dans sa sphère personnelle en lui interdisant tout projet⁴⁴⁰. La persistance du pouvoir de l'employeur sur le salarié est de l'essence même de l'astreinte.

141. Subordination hors du champ contractuel. Le temps d'astreinte ne donne certes lieu à l'exécution matérielle d'aucune tâche, mais place le salarié dans une situation de subordination⁴⁴¹. Le salarié se conforme à certaines directives de l'employeur alors même que cette période n'est pas décomptée de la durée du travail, censée être le seul temps de la subordination. Est ainsi institué un pouvoir de l'employeur sur le salarié en dehors du temps de travail, au-delà des frontières de la sphère de subordination. Comme

⁴³⁸ La Cour de cassation a pu viser « la sujétion imposée au salarié de se tenir durant la nuit dans son logement » (Cass. Soc. 14 octobre 2009, n°08-40350, JCP S 2009, 1536).

⁴³⁹ Cod. Proc. Pen. Art. 723-30.

⁴⁴⁰ Monsieur le Doyen Waquet relève que « quelle que soit la liberté dont jouit le salarié pour organiser son temps, il n'est pas maître entièrement de sa personne. La contrainte que fait peser sur lui l'obligation d'astreinte porte atteinte à sa vie personnelle » (P. Waquet, « En marge de la loi Aubry ; travail effectif et vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 1998, p. 963).

⁴⁴¹ Parfois particulièrement marquée : à cet égard, est édifiant l'arrêt de la Cour de cassation rendu à propos d'un directeur adjoint d'hôtel effectuant des « permanences » dans son logement de fonction constitué d'une chambre de l'établissement, la nuit de 23 heures à 6 heures, en vue de répondre aux sollicitations des clients et d'assumer la responsabilité de la sécurité : pour la Cour de cassation c'est à bon droit que la Cour d'appel a qualifié la période litigieuse d'astreinte, après avoir constaté « que la sujétion imposée au salarié de se tenir durant la nuit dans son logement de fonction personnel situé au sein de l'établissement, afin d'être en mesure d'intervenir en cas d'urgence, ne l'empêchait pas de vaquer à des occupations personnelles » (Cass. Soc. 14 octobre 2009, préc.).



l'écrit Monsieur Paulin⁴⁴², l'astreinte « consacre la permanence du lien juridique de subordination. Par le biais de l'astreinte, l'état de subordination sort des limites du contrat pour s'institutionnaliser c'est-à-dire prendre un caractère continu en toute indifférence des temps considérés ».

142. Eu égard à l'extension du pouvoir patronal qu'il opère, le mécanisme de l'astreinte ne devrait pas être d'application générale. Il devrait au contraire être cantonné aux secteurs d'activité et aux emplois auxquels il est réellement indispensable. Si l'astreinte se justifie au sein d'un certain nombre de services publics (particulièrement au sein des services publics régaliens), au-delà sa justification paraît résiduelle⁴⁴³. C'est pourquoi une énumération légale et limitative des emplois concernés par l'astreinte serait souhaitable afin d'éviter sa banalisation même sans justification. Pour les autres emplois, l'astreinte serait exclue et toute « permanence » serait décomptée de la durée du travail convenue.

Par ailleurs, en raison de ses conséquences pour le salarié, la mise en place d'un régime d'astreinte devrait toujours nécessiter son accord. En l'état actuel de la jurisprudence, admettre que l'institution d'un tel régime en cours d'exécution du contrat de travail et en application d'un accord collectif dispense l'employeur de recueillir l'accord individuel du salarié⁴⁴⁴ a pour effet de dénaturer les prévisions contractuelles qui déterminaient le temps de subordination concédé par le salarié.

§2. La portée des stipulations contractuelles

143. La durée du travail prévue lors de la conclusion du contrat s'impose au stade de son exécution. L'employeur, pas plus que le salarié, ne peut en principe la modifier unilatéralement (I). Ce principe est cependant mis à mal par la faculté de l'employeur d'imposer au salarié l'accomplissement d'heures supplémentaires (II).

⁴⁴² J-F. Paulin, « Les temps soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.

⁴⁴³ L'astreinte paraît par exemple justifiée s'agissant de médecins urgentistes, salariés d'une clinique.

⁴⁴⁴ Cass. Soc. 13 février 2002, n°00-40387 ; Cass. Soc. 22 octobre 2008, n°07-43435, a contrario.



I. Résistance au pouvoir de l'employeur

144. La durée du travail instituée par le contrat fixe les limites temporelles de l'obligation de subordination que le salarié a accepté de souscrire ; elle est indispensable à la détermination de cette obligation de subordination⁴⁴⁵. Elle revêt donc ensuite toute la force obligatoire du contrat, qui doit s'exécuter selon les prévisions des parties. Corrélativement, la durée du travail marque les limites temporelles du pouvoir de l'employeur⁴⁴⁶ ; elle ne saurait par conséquent être modifiée unilatéralement par ce dernier dans l'exercice de son pouvoir que, précisément, elle limite. Monsieur le Professeur Dockès écrit en ce sens que « le temps du travail est le seul temps de la subordination : hors de ce temps le droit ne reconnaît aucun pouvoir à l'employeur. Or la limite d'un pouvoir ne peut dépendre de ce même pouvoir, faute de quoi elle n'est plus une limite »⁴⁴⁷.

Le principe est donc l'impossibilité de modifier unilatéralement la durée du travail, dans le sens de sa réduction comme de son augmentation. Mais cette intangibilité de principe est parfois occultée par les liens entretenus entre durée du travail et rémunération.

145. *Modification de la durée du travail et de la rémunération.* Dans la majorité des cas, la modification de la durée du travail que prétend imposer l'employeur s'accompagne d'une modification proportionnelle du salaire. La modification du contrat est alors double. La jurisprudence juge de façon constante que cette double modification suppose l'accord du salarié. La règle vaut pour la décision unilatérale de réduction de la durée du travail et de la rémunération⁴⁴⁸. Tant le passage d'un temps plein à un temps partiel que le passage d'un temps partiel à un temps « encore plus partiel », avec

⁴⁴⁵ Supra, n°107 et s.

⁴⁴⁶ « Le critère du temps apparaît ainsi comme une limite objective à l'exercice du pouvoir » : J-F. Paulin, « Les temps soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jemmaud, Sem. Soc. Lamy, suppl. n°1340 du 11 février 2008.

⁴⁴⁷ E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc.

⁴⁴⁸ Cass. Soc. 31 mars 1999, n°97-41819 ; Cass. Soc. 29 juin 1999, n°97-42248 ; Cass. Soc. 21 mars 2000, n°97-40131, Bull. Civ. V, n°116 ; Cass. Soc. 5 juillet 2005, n°03-43807 ; Cf. également Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°09-40418, qui juge licite la réduction de la durée du travail après avoir constaté l'accord de la salariée.



réduction corrélative du salaire, requièrent l'accord du salarié. La règle vaut également pour la décision unilatérale d'augmentation de la durée du travail et de la rémunération⁴⁴⁹ ; en conséquence, c'est à tort qu'une Cour d'appel dit justifié le licenciement motivé par le refus d'une salariée de travailler 41 heures par semaine au lieu de 39 avec augmentation proportionnelle de son salaire : la salariée « *était en droit de refuser la proposition de son employeur, même accompagnée d'une augmentation de salaire, d'effectuer 41 heures par semaine* »⁴⁵⁰.

146. Si, dans ces hypothèses, la faute de l'employeur est double, dans certains arrêts la Cour de cassation tend à se fonder principalement sur la modification du salaire ; elle semble même, dans certains cas, faire de l'incidence de la modification de la durée du travail sur la rémunération l'élément décisif de sa décision. Monsieur le Professeur Radé a ainsi relevé une « inclinaison de la jurisprudence à vérifier que la rémunération n'est pas concernée par une modification de la durée du travail »⁴⁵¹. Dans le même sens, Madame le Professeur Favennec-Héry écrit que : « Certes, la durée du travail, dans la mesure où elle détermine la rémunération, est un élément du contrat. Mais la modification du contrat prise en compte par les juges dans cette hypothèse est-elle alors celle de la durée du travail ou celle du salaire ? La jurisprudence récente semble mettre davantage l'accent sur ce second point »⁴⁵².

C'est ainsi que, pour casser un arrêt qui avait admis la réduction unilatérale de la durée du travail d'une salariée par l'employeur, la Cour de cassation a énoncé que « *la durée contractuelle du travail, **base de calcul de la rémunération**, constitue un élément du contrat de travail* »⁴⁵³. Le sens de cette incise est incertain : doit-elle être comprise comme une précision sans portée particulière ou signifie-t-elle que, dans l'esprit des juges, c'est uniquement parce qu'elle influe sur le calcul de la rémunération que la durée

⁴⁴⁹ Sauf dans le cadre du recours aux heures supplémentaires : voir infra, n°148 et s.

⁴⁵⁰ Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°96-40614, Bull. Civ. V, n° 433 ; RJS 1998, n°1445 ; Dr. Soc. 1998, p. 1045, obs. P. Waquet.

⁴⁵¹ C. Radé, Dr. Soc. 2002, p. 1001.

⁴⁵² F. Favennec-Héry, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 2003, p. 459.

⁴⁵³ Cass. Soc. 31 mars 1999, n°97-41819.



du travail est un « élément du contrat de travail » ? Dans le même sens, pour censurer la décision d'une Cour d'appel qui avait dit licite une réduction de la durée du travail opérée en application d'une clause de variation, la Cour de cassation a affirmé que « *toute réduction de la durée du travail, dès lors qu'elle a pour conséquence une diminution de la rémunération, constitue une modification d'un élément essentiel du contrat de travail qui ne peut intervenir sans l'accord du salarié* »⁴⁵⁴. Cette formulation semble clairement subordonner l'exigence de consentement du salarié à la réduction de la durée du travail à l'incidence de cette réduction sur le salaire.

S'il est donc acquis qu'aucune modification de la durée du travail s'accompagnant d'une modification de la rémunération ne peut être unilatéralement décidée par une partie au contrat, même en application d'un accord collectif⁴⁵⁵, la question de la licéité d'une modification de la durée du travail sans modification du salaire peut, en revanche, sembler devoir se poser.

147. Modification de la durée du travail sans modification de la rémunération. Peut-on raisonnablement soutenir qu'à condition de ne pas modifier le salaire, l'employeur est libre de modifier la durée du travail du salarié ? La réponse ne peut être que négative. La durée du travail est en soi un aspect de l'objet de l'obligation du salarié qui, en tant que tel, est intangible. Sa modification unilatérale bouleverse les prévisions contractuelles puisqu'elle opère modification du volume de subordination due, c'est-à-dire modification du temps pendant lequel le salarié accepte de restreindre ses libertés pour fournir une prestation de travail à son employeur. Cette modification unilatérale caractérise un manquement contractuel, peu important que la rémunération soit ou non modifiée dans le même temps. Il ne doit pas être perdu de vue que si, dans la majorité des cas, la durée du travail tient lieu de critère de mesure de la rémunération, elle tient également et surtout lieu de critère de mesure de la subordination⁴⁵⁶. Il faut donc considérer que toute modification de la durée du travail, dans le sens de son

⁴⁵⁴ Cass. Soc. 5 juillet 2005, n°03-43807.

⁴⁵⁵ Cass. Soc. 27 mars 2001, n°99-40068, Bull. Civ. V, n°109; Dr. Soc. 2001, p. 667, obs. C. Radé.

⁴⁵⁶ P. Lokiec, art. préc.



augmentation comme de sa réduction, suppose l'accord du salarié.

S'agissant d'une réduction de la durée du travail, même si cette opération est a priori favorable au salarié, elle caractérise une modification du contrat de travail et ne peut en tant que telle lui être imposée unilatéralement par l'employeur. Celui-ci ne peut pas réduire la quantité de prestation due par le salarié⁴⁵⁷. La Cour de cassation a d'ailleurs eu récemment l'occasion de confirmer ce point, en approuvant une Cour d'appel d'avoir prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié dont l'employeur avait unilatéralement réduit la durée du travail à hauteur d'une demi-heure par semaine, le salaire étant inchangé ; pour la Cour de cassation, « *la durée du travail telle que stipulée au contrat de travail constitue, en principe, un élément du contrat qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié, peu important que la rémunération soit maintenue* »⁴⁵⁸. Toute incertitude semble donc dissipée sur ce point.

S'agissant de l'augmentation de la durée du travail, l'employeur qui ne peut l'imposer, « *même accompagnée d'une augmentation de salaire* » comme l'a confirmé la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 20 octobre 1998⁴⁵⁹, ne peut a fortiori l'imposer sans contrepartie. Cet arrêt semble d'ailleurs trancher la question : en l'espèce, il y avait certes modification du salaire, mais précisément celle-ci a été jugée sans incidence (« *même...* ») ; c'est l'augmentation de la seule durée du travail qui caractérisait la modification illicite du contrat ; l'augmentation corrélative du salaire en constituait une seconde incapable de la justifier. L'employeur ne peut pas accroître la quantité de prestation due par le salarié à son profit, qu'il fournisse ou non une contreprestation. La solution paraît certaine dans les rapports individuels de l'employeur et de chacun des salariés.

Néanmoins, la question de l'augmentation de la durée du travail résultant de la modification du statut collectif perturbe le raisonnement. Ainsi, la Cour de cassation a pu

⁴⁵⁷ Ce principe est cependant écarté par la loi lorsque la réduction de la durée du travail sans diminution de salaire résulte d'un accord collectif (C. trav. art. L 1222-7).

⁴⁵⁸ Cass. Soc. 30 mars 2011, n°09-70853.

⁴⁵⁹ Cass. Soc. 20 octobre 1998, préc.



juger⁴⁶⁰, s'agissant de la société Air France qui avait (par le biais de l'adoption d'un nouveau « règlement du personnel au sol ») abaissé la durée collective du travail de 39 à 38 heures sans diminution de salaire, puis l'avait rétablie à 39 heures toujours sans modification du salaire, que cette modification de la durée du travail s'imposait au salarié dont le contrat de travail n'était pas modifié. Ayant énoncé que « *la transformation du statut collectif résultant des modifications apportées au règlement du personnel n'emporte pas en soi modification du contrat de travail* » et ayant constaté que l'opération n'avait « *pas modifié la rémunération contractuelle des salariés déterminée par un traitement mensuel forfaitaire* », la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le salarié contre l'arrêt qui l'avait débouté de ses demandes.

Bien que cet arrêt soit publié, sa portée doit être relativisée compte-tenu des spécificités des circonstances de l'espèce. Le fait que l'augmentation de la durée du travail opère en réalité *rétablissement* de la durée du travail en vigueur quelques années plus tôt, comme l'impact d'une norme réglementaire liée à l'ancien statut public de la société en cause, ont probablement pesé dans la décision.

Surtout, l'atteinte aux prévisions contractuelles tenant à la méconnaissance de la nature contractuelle de la durée du travail est telle qu'il n'est pas concevable que la Cour de cassation entende lui donner une portée générale. Aussi, à supposer même qu'il se trouve des organisations syndicales prêtes à signer un tel accord, paraît-il contestable que l'augmentation de la durée collective du travail en vigueur dans l'entreprise, avec ou sans augmentation corrélative de salaire, s'impose au salarié. Si l'objectif d'harmonisation du statut collectif est louable, il ne justifie pas que la force obligatoire des contrats individuels de travail soit méconnue aussi lourdement. L'accord des salariés à la modification de leur contrat de travail résultant de l'augmentation de leur durée du travail s'impose, l'employeur pouvant, s'il estime disposer d'un tel motif, le requérir dans le cadre de la procédure de modification des contrats de travail pour motif économique. Tant le pouvoir unilatéral de l'employeur que l'accord collectif sont impuissants à imposer au salarié un accroissement du temps subordonné qu'il a

⁴⁶⁰ Cass. Soc. 17 septembre 2002, n°01-41428, Bull. Civ. V, n°270 ; Dr. Soc. 2002, p. 1000.



contractuellement consenti à respecter⁴⁶¹.

II. Atteinte aux prévisions contractuelles

148. Les prévisions contractuelles relatives à la durée du travail due par le salarié connaissent une première dénaturation à travers le statut particulier reconnu par le droit positif à divers temps contraints, exclus du décompte de la durée du travail⁴⁶². Elles connaissent une autre dénaturation, directe, avec la faculté reconnue à l'employeur d'accroître unilatéralement la durée du travail en imposant au salarié l'accomplissement d'heures supplémentaires.

149. *Pouvoir unilatéral de l'employeur.* La jurisprudence reconnaît à l'employeur la faculté d'imposer au salarié d'accomplir des heures supplémentaires depuis 1961⁴⁶³. L'ordre d'effectuer des heures supplémentaires est réputé ne pas emporter modification du contrat de travail⁴⁶⁴ ; il s'impose au salarié qui, en refusant de s'y conformer, commet une faute grave justifiant son licenciement immédiat⁴⁶⁵, sauf motif légitime de refus⁴⁶⁶ ; par ailleurs, il ne justifie pas la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur⁴⁶⁷ ; enfin, les salariés ne peuvent pas s'en libérer en déclenchant un mouvement de grève limité aux heures supplémentaires⁴⁶⁸.

⁴⁶¹ Sur le débat de la place du contrat de travail face à l'évolution du statut collectif, voir : « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », Controverse, E. Dockès et M. Morand, dir A. Jeammaud, RDT 2007 p. 144.

⁴⁶² Voir supra, n°125 et s.

⁴⁶³ Cass. Soc. 20 mars 1961, Bull Civ V, n°377 ; Dr. Soc. 1961, p. 424, note J. Savatier

⁴⁶⁴ Cass. Soc. 9 mars 1999, n°96-43718, Bull. Civ. V, n°103 ; Dr. Soc. 1999, p. 630, obs. P-H. Antonmattéi : « les heures supplémentaires imposées par l'employeur, dans la limite du contingent dont il dispose légalement et en raison des nécessités de l'entreprise, n'entraînent pas modification du contrat de travail »

⁴⁶⁵ Cass. Soc. 20 mars 1961, préc. ; Cass. Soc. 29 janvier 2003, n°01-41006 ; Cass. Soc. 26 novembre 2003, n°01-43140.

⁴⁶⁶ La réserve du motif « légitime » ou « valable » est récurrente dans les décisions de la Cour de cassation. Le défaut de paiement des heures supplémentaires précédemment effectuées constitue un motif légitime de refus par le salarié d'accomplir de nouvelles heures supplémentaires : Cass. Soc. 7 décembre 1999, n°97-42878, Bull. Civ. V, n°473.

⁴⁶⁷ Cass. Soc. 9 mars 1999, pr »c.

⁴⁶⁸ Cass. Soc. 21 juin 1989, n°88-44240, Bull. Civ. V, n°457.



La seule limite à ce pouvoir de l'employeur tient à l'exigence de respect des règles légales encadrant le recours aux heures supplémentaires. Mais ces règles sont très souples : dans la limite du contingent annuel, le recours aux heures supplémentaire est librement décidé par l'employeur après information du comité d'entreprise ; au-delà du contingent annuel, depuis l'abolition du contrôle de l'inspection du travail par la loi du 20 août 2008, le recours est tout aussi libre, mais après consultation du comité d'entreprise⁴⁶⁹. Le dépassement du contingent annuel, dès lors qu'il s'accompagne de la procédure requise, ne semble donc pas justifier le refus du salarié d'accomplir des heures supplémentaires⁴⁷⁰.

Si certains arrêts de la Cour de cassation ont pu laisser entrevoir la possibilité d'un contrôle par le juge de la légitimité du recours par l'employeur aux heures supplémentaires⁴⁷¹ (référence à la nécessité d'effectuer un « travail urgent »⁴⁷², aux « nécessités de l'entreprise »⁴⁷³), ce contrôle n'a, semble-t-il, jamais été effectivement appliqué. Dans une large mesure, l'employeur est seul juge de l'opportunité de recourir aux heures supplémentaires. Sa décision peut d'ailleurs être motivée par des considérations purement économiques ou « managériales », notamment lorsqu'il s'agit d'opérer un choix entre le recours aux heures supplémentaires et l'embauche de salariés sous contrat temporaire.

150. Source du pouvoir patronal d'imposer des heures supplémentaires. D'où provient ce pouvoir de l'employeur d'imposer des heures supplémentaires ? La loi encadre le recours aux heures supplémentaires par un certain nombre de limites. Mais elle *n'institue* aucun pouvoir patronal en matière d'heures supplémentaires ; elle se

⁴⁶⁹ C. trav. art. L3121-11-1.

⁴⁷⁰ Monsieur le Professeur Antonmattéi avait relevé (Dr. Soc. 1999, p.631) qu'en énonçant que ne modifiaient pas le contrat de travail les heures supplémentaires « imposées par l'employeur dans la limite du contingent annuel », la Cour de cassation (arrêts du 9 mars 1999 et du 26 novembre 2003 précités) pouvait sembler laisser planer un doute sur le sort des heures excédant le contingent annuel. Il semble que la précision a simplement pour sens de souligner qu'aucune autorisation de l'inspection du travail, alors requise au-delà du contingent, ne l'était en l'espèce.

⁴⁷¹ P-H. Antonmattéi, art. préc.

⁴⁷² Cass. Soc. 26 novembre 2003, préc.

⁴⁷³ Cass. Soc. 9 mars 1999, préc.



borne à établir un régime du recours à ces heures. L'article L 3121-11 du Code du travail qui énonce que « *des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel* » ne confère pas à l'employeur le pouvoir *d'imposer* les heures supplémentaires ; il se borne à admettre et encadrer le recours à ces heures, sans exclure la nécessité d'un commun accord des parties. Encadrant le recours aux heures supplémentaires, la loi reste muette sur la question de savoir si ce recours peut être imposé ou suppose l'accord des parties. Quant au contrat de travail, généralement silencieux sur la question des heures supplémentaires, et dont on sait en toute hypothèse qu'il est impuissant à conférer à l'employeur une prérogative individuelle de modification dans le cadre d'une clause dite de variation⁴⁷⁴, on peut douter qu'il soit possible de voir en lui le fondement d'un pouvoir unilatéral relatif aux heures supplémentaires, sauf à fortement extrapoler la volonté des parties.

Le pouvoir de l'employeur d'imposer des heures supplémentaires est reconnu par la jurisprudence mais sa source est mystérieuse. Il peut en réalité être considéré comme l'une des nombreuses manifestations de la persistance du pouvoir de fait de l'employeur dans le cadre de l'exécution du contrat de travail⁴⁷⁵.

151. Dénaturation des prévisions contractuelles. Le pouvoir de l'employeur d'imposer des heures supplémentaires au salarié a pour effet de modifier la durée du travail convenue⁴⁷⁶. Le salarié avait contracté en considération d'un temps précis de subordination concédé à l'employeur, évalué au regard des restrictions qu'il jugeait acceptable d'apporter à sa vie personnelle, familiale et sociale ; mais en cours d'exécution du contrat, il se trouve contraint d'accepter que ce temps de subordination soit unilatéralement augmenté par l'employeur⁴⁷⁷ au préjudice de son temps libre⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Sur la notion et la nullité des clauses de variation, voir infra, n°298 et s.

⁴⁷⁵ Sur la notion de pouvoir de fait, voir supra, n°3.

⁴⁷⁶ Pour Monsieur le Professeur Dockès, « par le biais des heures supplémentaires, la durée du travail peut être augmentée unilatéralement par l'employeur, dans une certaine mesure » (E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 4^e éd, 2009, p. 94),

⁴⁷⁷ J-F. Paulin note en ce sens que « tout se passe comme si, par la conclusion du contrat de travail, s'impose au salarié, à temps complet du moins, un accroissement, aujourd'hui conséquent, de son temps subordonné, les heures supplémentaires n'étant que le prolongement de l'obligation faite au salarié de se



L'objet de son obligation est brusquement modifié puisque le salarié qui s'était engagé à effectuer 35 heures par semaine d'un certain travail subordonné se trouve débiteur d'une dette plus élevée ; certes, il se trouve également créancier d'un salaire plus élevé, mais il s'agit là d'une modification corrélative de l'objet de l'obligation de l'employeur, qui en principe ne relève pas non plus de son pouvoir discrétionnaire⁴⁷⁹. Les prévisions contractuelles sont donc bouleversées par le recours imposé aux heures supplémentaires⁴⁸⁰.

Pourrait-il être considéré que, lorsqu'il contracte, le salarié connaît (ou est censé connaître) les dispositions légales relatives aux heures supplémentaires et le principe jurisprudentiel du pouvoir unilatéral de l'employeur en la matière (la Cour de Justice de l'Union Européenne considère en ce sens qu'il résulte de la directive du 14 octobre 1991 que l'employeur doit, lors de la conclusion du contrat de travail, informer le salarié de son droit d'exiger l'accomplissement d'heures supplémentaires⁴⁸¹), de sorte que les heures supplémentaires imposées ne dénatureraient pas les prévisions contractuelles ? On peut douter que la connaissance, d'une part, de la simple potentialité du recours aux heures supplémentaires (potentialité dont rien ne permet de savoir si elle se réalisera, ni même de connaître le degré de probabilité de sa réalisation, le pouvoir de l'employeur étant ici discrétionnaire) et, d'autre part, de l'étendue du contingent légal annuel (sans aucune connaissance du nombre d'heures supplémentaires qui sera *effectivement* imposé), caractérise une détermination suffisante de l'objet de l'obligation. La connaissance d'une éventualité et d'un plafond ne rend pas déterminé ni même déterminable l'objet de l'obligation.

tenir à disposition de l'employeur » (J-F. Paulin, (« Les temps soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008).

⁴⁷⁸ Préjudice « quantitatif », par l'effet de la réduction du temps libre, mais également « qualitatif », par l'obstacle apporté aux activités personnelles que le salarié avait pu prévoir, étant relevé que l'absence de délai de prévenance légal en matière d'heures supplémentaires permet à l'employeur de les imposer tardivement et donc de se saisir « au dernier moment » d'un temps libre du salarié.

⁴⁷⁹ Sur l'intangibilité du salarier, Voir infra, n°364 et s.

⁴⁸⁰ Quant à l'employeur, son pouvoir lui permet contre toute logique d'accroître le champ -temporel- de son propre pouvoir. Cf. E. Dockès, art. préc.

⁴⁸¹ CJCE, 8 février 2001, C-350/99.



Imposer l'accomplissement d'heures supplémentaires peut donc être considéré comme une modification du contrat de travail. Modification temporaire certes, mais modification quand même. Modification « encadrée » (mais de moins en moins) par un contingent d'heures supplémentaires certes, mais modification toujours. Or, la force obligatoire du contrat telle que résultant de l'article 1134 du Code civil interdit sa modification unilatérale, même de manière minime comme cela a été jugé en matière de rémunération⁴⁸², et même de manière temporaire ou ponctuelle. Imposer ne serait-ce qu'une seule heure supplémentaire, ne serait-ce qu'une seule fois au cours de l'exécution du contrat, caractérise une atteinte aux prévisions contractuelles et à la force obligatoire du contrat. Le consentement du salarié doit être requis.

152. Contournement de l'intangibilité de la durée du travail. Ce d'autant plus que le « temporaire » dont il est question en matière d'heures supplémentaires peut en réalité prendre des proportions considérables. Le contingent annuel d'heures supplémentaires, fixé à 130 heures en 1982⁴⁸³ puis à 180 en 2002⁴⁸⁴, s'élève désormais à 220 heures⁴⁸⁵ par salarié. Dans la mesure où, compte tenu de la durée maximale hebdomadaire du travail fixée à 48 heures⁴⁸⁶, il n'est pas possible d'effectuer plus de 13 heures supplémentaires par semaine, épuiser le contingent d'heures supplémentaires suppose de réaliser de telles heures pendant au moins 17 semaines par an ce qui, au regard des 45,4 semaines de travail que compte une année civile⁴⁸⁷, témoigne d'une conception très particulière du « temporaire ». De surcroît, il ne s'agit que d'un minimum, toutes les nuances étant possibles jusqu'à l'étalement des 220 heures supplémentaires du contingent sur la totalité des 45,4 semaines de travail, ce qui aboutit tout de même à une moyenne hebdomadaire de 4,8 heures supplémentaires, soit une semaine de 40 heures. Evidemment, ces calculs sont à revoir à la hausse en cas de dépassement du contingent d'heures supplémentaires, d'ailleurs largement facilité par la loi du 20 août 2008 ayant

⁴⁸² Cass. Soc 19 mai 1998, n°96-41573, Bull. Civ. V, n°265 ; Dr. Soc. 1998, p. 885 obs. G. Couturier.

⁴⁸³ Décret 82-101 du 27 janvier 1982.

⁴⁸⁴ Décret 02-1257 du 15 octobre 2002.

⁴⁸⁵ Décret 04-1381 du 21 décembre 2004, codifié à l'article D 3121-14-1.

⁴⁸⁶ C. trav. art. L 3121-35.

⁴⁸⁷ (365 jours – 104 samedi et dimanches – 25 jours de congés payés – 9 jours fériés en moyenne) / 5 = 45,4.



évincé de l'opération l'inspecteur du travail jugé peu compatible avec l'objectif de flexibilité poursuivi.

Par la voie des heures supplémentaires, l'employeur est ainsi libre de contourner l'interdiction jurisprudentielle de modifier unilatéralement la durée du travail de manière définitive⁴⁸⁸. Il lui suffit d'imposer chaque semaine le nombre d'heures supplémentaires qu'il désire et auxquelles il peut cesser de recourir à tout moment s'il le juge utile (puisque le salarié ne peut pas non plus s'opposer à la suppression des heures supplémentaires⁴⁸⁹). Le droit reconnu à l'employeur d'imposer des heures supplémentaires fait obstacle à l'intangibilité de la durée du travail.

153. Systématisation des heures supplémentaires. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de s'élever contre le recours « systématique » aux heures supplémentaires. Dans une décision relativement ancienne⁴⁹⁰, elle a cassé un arrêt qui avait jugé justifié le licenciement d'une salariée ayant refusé d'effectuer des heures supplémentaires, en reprochant aux juges du fond d'avoir statué « *sans rechercher si le caractère systématique des heures supplémentaires imposées à la salariée le samedi n'avait pas pour effet de modifier de façon substantielle le contrat de travail de l'intéressée* », modification du contrat que la Cour d'appel de renvoi a jugé caractérisée⁴⁹¹. Dans le même sens, l'accord national interprofessionnel sur l'emploi du 31 octobre 1995⁴⁹², non étendu mais signé par plusieurs organisations patronales, a rappelé que l'utilisation des

⁴⁸⁸ Voir supra, n°144 et s.

⁴⁸⁹ Cass. Soc. 10 mars 1998, n°95-44842, Bull. Civ. V, n°124 ; Cass. Soc. 2 novembre 2005, n°03-47679 : « lorsque le contrat de travail ne garantit pas un nombre précis d'heures supplémentaires, l'employeur a la faculté de décider unilatéralement de réduire ou de supprimer les heures supplémentaires effectuées précédemment par le salarié, sans que celui-ci puisse se prévaloir d'une modification de son contrat de travail ». Cependant, la suppression des heures supplémentaires dictée par l'intention de nuire au salarié est privée d'effet et le salarié peut obtenir leur paiement à titre de rappel de salaire (Cass. Soc. 19 juin 2008, n°07-40876, rejetant le pourvoi de l'employeur à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Bastia du 20 décembre 2006).

⁴⁹⁰ Cass. Soc. 16 mai 1991, n°89-44485, Dr. Soc. 1994, p. 863, obs J. Mouly.

⁴⁹¹ CA Limoges, 9 février 1994, Dr. Soc. 1994, p. 861.

⁴⁹² Accord mentionné par Monsieur le Professeur Miné, « Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne », Dr. Ouv. 2011, p. 40. L'ANI est consultable sur internet : http://cfdt.metaux41.free.fr/Convention%20et%20accord/Accords%20Interprofessionnels/ani_31-10-1995_emploi.pdf



heures supplémentaires « *apporte une réponse aux surcroûts ponctuels d'activité, en particulier lorsqu'ils sont imprévisibles, et doit donc être limitée à cet objet* ». Mais un arrêt inédit et isolé, conjugué à un accord non étendu, suffit-il à considérer comme acquis que le recours systématique aux heures supplémentaires caractérise une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser⁴⁹³ ? Que jugerait la Cour de cassation en présence d'un recours aux heures supplémentaire systématique, mais dans les limites du contingent annuel⁴⁹⁴ ? Et surtout, dans quelles circonstances le juge pourrait-il être saisi ? Le salarié ne peut pas refuser d'exécuter les heures supplémentaires dès la première semaine puisque le systématisme n'est pas encore caractérisé. Mais quand le sera-t-il ? Après 10 semaines consécutives, 15 semaines, 45 ou plus encore ? Et que faire, si chaque semaine l'employeur prétend qu'il s'agit de la dernière au cours de laquelle des heures supplémentaires sont demandées ? Que faire par ailleurs, lorsqu'effectivement le recours aux heures supplémentaires n'est pas absolument systématique, mais est néanmoins récurrent (une ou deux semaines sur trois, de manière aléatoire) ?

S'il estime établi le systématisme du recours, le salarié pourrait s'opposer à son employeur et refuser d'effectuer les heures supplémentaires ; mais cette opposition individuelle est porteuse de risque pour la pérennité de son emploi et en cas de licenciement, le juge prud'homal ne pourrait être saisi que d'une contestation de ce licenciement n'ouvrant éventuellement droit (quelques années plus tard) qu'à indemnisation. Le salarié pourrait-il plutôt saisir en référé la juridiction prud'homale d'une demande tendant à faire interdire à l'employeur de recourir systématiquement aux heures supplémentaires, tout en continuant d'exécuter ces heures dans l'attente de la décision à intervenir ? On perçoit immédiatement les obstacles à une telle action :

⁴⁹³ En ce sens, M. Morand relève que « la libéralisation du contingent d'heures supplémentaires pourra difficilement s'accompagner d'une augmentation pérenne de la durée collective du travail, car susceptible également de constituer une modification du contrat de travail » (M. Morand, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », RJS 2008, p. 955).

⁴⁹⁴ Dans un arrêt du 9 mars 1999 (n°96-43718), elle n'a pas répondu à l'argument soulevé par le pourvoi du salarié qui soutenait que « constitue une modification substantielle et unilatérale du contrat de travail, le fait d'imposer aux salariés une durée de travail **permanente** équivalente au contingent d'heures supplémentaires libres » ; il ressortait pourtant des constatations de la Cour d'Appel que l'employeur avait imposé l'exécution de 42h30 de travail au lieu de 39 heures chaque semaine.



l'interdiction qui porterait sur le systématisme du recours laisserait ouverte la possibilité d'un recours non systématique aux heures supplémentaires ; mais de nouveau, où est la limite ? Et la liberté d'entreprendre si chère à la Cour de cassation⁴⁹⁵ souffrirait-elle pareille immixtion du juge ?

Les mêmes interrogations valent pour l'action des organisations syndicales : serait-elle envisageable, en référé, sur le fondement de la protection de l'intérêt collectif de la profession, pour solliciter du juge qu'il soit fait interdiction à l'employeur de recourir de manière systématique aux heures supplémentaires ?

154. Ces solutions ne sont pas satisfaisantes. Il ne suffit pas de sanctionner l'excès et le systématisme : il serait préférable de revenir sur la jurisprudence de 1961 et d'interdire à l'employeur d'imposer les heures supplémentaires. Seule l'exigence du consentement du salarié à *toute* modification de la durée du travail contractuellement convenue permettra d'éviter les abus et de garantir l'intégrité du consentement contractuel. Certes, limiter le recours aux heures supplémentaires n'est pas dans l'air du temps. Les élections présidentielle et législatives de 2007 ont donné lieu à une véritable promotion politique des heures supplémentaires et ont contribué à en véhiculer une image positive. Cette promotion du « travailler plus pour gagner plus » correspond certainement aux aspirations de certains salariés. Mais elle n'emporte pas l'unanimité ; pour d'autres salariés, les heures supplémentaires sont synonymes d'entrave à la vie personnelle, de risque pour la santé, et sont contraires à une certaine conception de la solidarité sociale en matière de répartition du travail⁴⁹⁶. En juin 2007 (soit un mois après le second tour de l'élection présidentielle, et la semaine même du premier tour de l'élection législative), les salariés de l'entreprise Kronenbourg l'ont rappelé à leur employeur, contraint à l'issue d'une semaine de grève de renoncer à imposer les heures supplémentaires pour

⁴⁹⁵ E. Dockès, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », Dr. Ouv. 2005, p. 1.

⁴⁹⁶ A cet égard, l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges du 9 février 1994 est remarquable : « dans un contexte caractérisé, dans la période actuelle, par une détermination de la durée légale du travail, et par une situation de sous-emploi très grave, il est difficilement admissible qu'un employeur veuille imposer à son personnel, hors le cadre d'un accord collectif ou d'entreprise et hors le cas d'une situation exceptionnelle et urgente de charge de production, l'exécution d'heures supplémentaires pour l'accomplissement de tâches entrant dans le cadre de fonctionnement normal et habituel de l'entreprise ».



revenir à un principe de volontariat⁴⁹⁷.

Sous-section 2. Les horaires de travail, période de subordination due

155. Frontière temporelle de la sphère de subordination (au même titre que la durée du travail⁴⁹⁸), en ce qu'ils identifient les périodes de subordination, les horaires de travail participent de l'objet de l'obligation du salarié. Pour cette raison, mais également parce qu'ils font toujours l'objet d'un accord de volontés entre les parties lors de la conclusion du contrat, les horaires revêtent une nature contractuelle (§1) et doivent en conséquence être déterminés puis effectivement appliqués (§2). Mais parce qu'ils sont l'un des principaux leviers de l'organisation de l'entreprise, revêtant une forte dimension collective⁴⁹⁹, les horaires sont considérés par les employeurs comme relevant largement de leur pouvoir unilatéral. Les horaires de travail constituent donc un point de tension fort entre les logiques contractuelle et patronale. Face à ces logiques contradictoires, la jurisprudence adopte des solutions nuancées, posant certaines limites au pouvoir de l'employeur mais autorisant de lourdes atteintes à la nature contractuelle des horaires de travail (§3).

§1. Reconnaissance de la nature contractuelle des horaires de travail

156. La nature contractuelle des horaires de travail résulte non seulement de ce qu'ils participent de l'objet de l'obligation du salarié (I), mais également de ce qu'ils font nécessairement l'objet d'un accord de volontés entre les parties (II).

I. Les horaires de travail, composante de l'objet de l'obligation du salarié

157. Délimitation des vies personnelle et professionnelle : la répartition qualitative

⁴⁹⁷ Voir notamment : <http://www.lutte-ouvriere-journal.org/?act=artl&num=2028&id=24>

⁴⁹⁸ Supra, n°104 et s.

⁴⁹⁹ C. trav. art L 3122-23, qui vise la « la règle de l'horaire collectif ».



*des temps*⁵⁰⁰. On sait que, si le temps du travail est un temps subordonné au cours duquel le salarié est tenu d'une obligation contractuelle d'obéissance aux directives professionnelles de son employeur, en revanche le temps de la vie personnelle⁵⁰¹ est un temps exclusif de tout pouvoir de l'employeur⁵⁰² : le salarié n'est débiteur d'aucune prestation de travail, même annexe⁵⁰³ ; il n'est pas non plus tenu d'être joignable et de communiquer avec l'employeur⁵⁰⁴ ; il ne reste lié que par l'obligation de loyauté, qui s'apparente largement à une obligation d'abstention, non assortie au temps de la vie personnelle d'une quelconque obligation d'action. Le temps de « non travail » est un temps libre du salarié⁵⁰⁵, radicalement hostile à toute intrusion de l'employeur⁵⁰⁶ et librement occupé par le salarié.

Entre ces temps de la vie personnelle d'une part et de la vie professionnelle d'autre part, les horaires de travail dessinent une frontière. Ils « localisent » les périodes de subordination et les périodes d'autonomie du salarié. Si la détermination de la durée du travail permet une répartition quantitative des temps⁵⁰⁷, celle des horaires de travail permet leur répartition qualitative. Les horaires « concrétisent » la distinction entre temps du travail et temps autonome du salarié ; ils tracent les contours des sphères respectives. Ils sont « à la charnière entre vie privée et vie professionnelle dont ils fixent

⁵⁰⁰ L'expression de « répartition du temps » comme synonyme de la notion « d'horaire de travail » est due à Monsieur le Professeur Dockès (art. préc.).

⁵⁰¹ Vie personnelle qui produit tous ses effets hors du temps de travail, mais ne disparaît bien sûr pas totalement au temps du travail.

⁵⁰² Cf. J.-Y. Frouin, préc ; E. Dockès, préc.

⁵⁰³ Cass. Soc. 27 novembre 2001, n°99-43290, approuvant une Cour d'appel d'avoir jugé que n'était pas fautif le refus du salarié de participer aux réunions organisées au cours de son jour de repos hebdomadaire.

⁵⁰⁴ Cass. Soc. 15 juin 1999, n°96-44772, Bull. Civ. V, n°279, RJS 1999, n°1049, approuvant une Cour d'Appel d'avoir dit sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'une salariée à qui il était reproché d'avoir, pendant son arrêt maladie, « coupé catégoriquement toute possibilité de contact avec ses collègues » : « dispensée de son obligation de fournir sa prestation de travail, [la salariée] ne saurait être tenue, durant cette période, de poursuivre une collaboration avec l'employeur ».

⁵⁰⁵ Voir supra, n°120.

⁵⁰⁶ Excluant toute demande à caractère professionnel de l'employeur, mais également toute prétention d'influer sur le cours de la vie personnelle du salarié.

⁵⁰⁷ Voir supra, n°104 et s.



les frontières "physiques" »⁵⁰⁸. Les horaires de travail représentent donc une donnée essentielle du rapport de travail ; ils constituent la limite la plus visible et la plus intuitivement perceptible du champ de la subordination. Ils façonnent la sphère de subordination, ou, comme l'écrit Monsieur le Professeur Miné, ils « déterminent un espace de subordination »⁵⁰⁹.

158. *Evaluation de l'obligation.* En tant que frontière de la sphère de subordination, les horaires de travail participent directement de l'objet de l'obligation du salarié, en établissant quand est due sa prestation subordonnée de travail, et (surtout) quand elle *n'est pas* due, lui permettant ainsi d'évaluer l'étendue des restrictions apportées à sa vie personnelle et au libre exercice de ses droits fondamentaux. Les horaires de travail ne sont pas qu'une simple caractéristique de la prestation subordonnée de travail ; ils en sont un aspect constitutif ; ils y sont intrinsèquement liés. Si l'on veut bien admettre que tous les temps ne se valent pas (l'appréciation de leur « valeur » respective étant subjective), la prestation subordonnée que doit le salarié n'est pas la même selon les horaires auxquels elle s'exécute. Leur identification est donc indispensable pour répondre exhaustivement à la question posée par l'article 1129 du code civil (« qu'est ce qui est dû ? ») ; l'exacte évaluation de la dette souscrite par le salarié (et de la créance de salaire corrélative) suppose la connaissance de la localisation temporelle de son exigibilité. Le salarié ne peut pas avoir une vision claire des obligations nées du contrat de travail s'il n'a pas connaissance de ses horaires de travail. Les horaires peuvent donc être considérés comme objectivement contractuels.

II. Le systématique accord de volontés sur les horaires de travail

159. *Un élément déterminant du consentement du salarié.* En tant qu'ils bornent le champ de la subordination et identifient les périodes de temps autonome, les horaires de travail influent nécessairement sur le consentement du salarié lors de la conclusion

⁵⁰⁸ M-C. Escande-Varniol, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », Dr. Soc. 2002, p. 1064.

⁵⁰⁹ M. Miné, « L'horaire de travail », Dr. Ouv. 2000, p. 412.



du contrat de travail. Peut-être ne sont-ils pas l'élément principal pris en considération par le salarié ; mais ils sont l'un des différents éléments⁵¹⁰ dont la combinaison forme la sphère de subordination et sont, en tant que tels, nécessairement pris en compte dans l'expression du consentement contractuel, au moins inconsciemment (des horaires « classiques » sont moins pris en compte pour ce qu'ils sont que pour *ce qu'ils ne sont pas* : en apparence, ils n'influencent pas sur le consentement, mais en réalité l'absence de difficultés horaires est inconsciemment prise en compte. Les horaires influent alors sur le consentement en n'y étant pas un obstacle). En effet, les horaires de travail et leur combinaison, notamment avec le lieu de travail, sont déterminants dans l'appréciation, purement personnelle, de la compatibilité de l'emploi et de la sphère de subordination dont celui-ci s'accompagne avec les impératifs de la vie personnelle, familiale et sociale du salarié⁵¹¹. L'idée selon laquelle il reviendrait au salarié d'organiser sa vie personnelle en fonction de son travail, notamment autour de ses horaires de travail, est répandue. Mais cette théorie qui place l'emploi (*un* emploi) au centre de l'existence de l'individu occulte la diversité des situations personnelles : exigences familiales, suivi d'un enseignement ou d'une formation, cumul d'un second emploi (qui n'est pas réservé aux salariés à temps partiel), activités personnelles diverses (associatives, sportives...) auxquelles le salarié n'entend pas renoncer, raisons de santé conduisant à privilégier un travail à certaines périodes de la journée, sont autant d'impératifs qui conduisent le salarié à ne contracter que dans la mesure où le nouvel emploi est compatible avec eux. D'aucuns objecteront que refuser un emploi en raison des horaires de travail qu'il suppose, compte-tenu du contexte économique, est « un luxe ». Mais cette question ne concerne que le salarié ; elle est l'expression du plein exercice de sa liberté - constitutionnelle- du travail qui implique le libre choix de l'emploi exercé. Surtout, sur le plan juridique, la question de l'opportunité des motivations du salarié est indifférente : il est acquis que, à tort ou à raison, les horaires influent sur le consentement du salarié.

⁵¹⁰ Voir supra, n°63.

⁵¹¹ En ce sens, Monsieur le Professeur J. Savatier note que « l'horaire de travail commande toute l'organisation de la vie du travailleur. Il n'a bien souvent accepté un emploi qu'en fonction des facilités que l'horaire de travail pratiqué lors de son embauche lui offrait pour sa vie de famille ou pour ses activités extra-professionnelles. Son consentement dépendait de la manière dont l'horaire de travail serait compatible avec les choix effectués par lui pour sa vie extra-professionnelle » (Dr. Soc. 2001, p. 91).



A l'inverse, comme le relève Madame Escande-Varniol, il serait fictif de considérer que « le salarié en s'engageant avait consenti aux horaires prévus par le contrat et à tous les aménagements accessoires inconnus ou imprévus lors de l'embauche et laissés à la libre disposition de l'employeur, acceptant par avance de se conformer à toute modification et d'adapter sa vie personnelle aux fluctuations horaires de sa vie professionnelle »⁵¹². Les horaires de travail sont décisifs de son consentement et conditionnent donc la conclusion du contrat.

160. Un élément nécessairement pris en compte par l'employeur. Quant à l'employeur, les horaires de travail sont également décisifs de son consentement au contrat. Il les a lui-même élaborés, compte-tenu de ses souhaits de gestion de l'entreprise en fonction de ce qu'il estime être nécessaire à son bon fonctionnement, et il entend évidemment les appliquer dans le cadre des contrats de travail qu'il conclut. Il les prend nécessairement en compte lors de la conclusion du contrat, et l'acceptation de ces horaires par le salarié est une condition nécessaire de son consentement au contrat (sauf pour les parties à convenir d'une adaptation des horaires ; dans cette hypothèse, l'accord contractuel est patent).

161. L'accord de volontés. Il apparaît que chacun des contractants consent en tenant compte des horaires prévus. La conclusion du contrat suppose alors nécessairement, et démontre, l'accord de volontés des parties sur ce point ; le contrat de travail n'aurait pas pu être conclu sans accord des parties sur les horaires. Les horaires de travail font toujours l'objet d'un accord de volontés. En ce sens également⁵¹³, ils sont « contractuels ».

§2. Implications de la nature contractuelle des horaires de travail

162. Traitement juridique des horaires. Du fait de leur nature contractuelle, il peut

⁵¹² M-C. Escande-Varniol, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail », Dr. Soc. 2002, p. 1064.

⁵¹³ Ils le sont également en tant qu'ils participent de l'objet de l'obligation du salarié.



être considéré qu'au stade de la conclusion du contrat de travail, les horaires doivent être déterminés ; l'article 1129 du code civil l'exige⁵¹⁴. De même, il peut être soutenu qu'au stade de l'exécution du contrat, leur intangibilité doit être garantie ; l'article 1134 du code civil l'impose. Les horaires de travail devraient donc être précisément établis lors de la conclusion du contrat de travail, puis appliqués de manière constante au cours de la relation de travail, l'employeur ne pouvant pas les modifier unilatéralement.

Ces exigences issues du droit commun des contrats sont de surcroît indispensables au regard du droit du salarié au libre usage de son temps libre dans le cadre de sa vie personnelle, sociale et familiale. L'effectivité de ce droit suppose que les horaires de travail soient connus et fiables, qu'ils ne puissent pas varier par la volonté unilatérale de l'employeur, même dans des proportions considérées par lui comme faibles, voire minimales. Un temps n'est pas libre si l'employeur peut, même ponctuellement, s'en saisir⁵¹⁵. La Cour de cassation ne dit pas autre chose lorsqu'elle considère que l'indétermination ou la modification des horaires de travail d'un salarié employé à temps partiel ne doit pas le conduire à « *se tenir constamment à la disposition de son employeur* »⁵¹⁶.

163. Conséquence du défaut de prévision contractuelle relative aux horaires.

Comment pallier le défaut de prévision contractuelle relative aux horaires de travail ? La sanction du défaut de détermination de l'objet de l'obligation (ou d'un pan de cet objet) est la nullité. Plutôt que la nullité du contrat, c'est la nullité de la stipulation illicite, ou en l'occurrence de l'absence de stipulation (donc du pouvoir patronal en la matière) qui est

⁵¹⁴ En ce sens, M. Miné écrit que « le droit des obligations fournit plusieurs arguments pour inclure l'horaire de travail dans le "socle contractuel" », dans la mesure où « l'objet des obligations réciproques doit être déterminé » (M. Miné, « L'horaire de travail », art. préc.). E. Dockès écrit que « le temps travaillé doit être contractuellement précisé quant à sa durée et quant à sa répartition. La lettre de l'article 1129 du Code civil pose ainsi, de manière univoque, une exclusion du temps de travail de la sphère du pouvoir unilatéral de l'une des parties au contrat de travail » (E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc.).

⁵¹⁵ Comp., en matière de pause, l'impact de l'éventualité d'une intervention ponctuelle à la demande de l'employeur : supra, n°138.

⁵¹⁶ Cass. Soc. 12 novembre 1997, n°95-41746, Bull. Civ. V, n° 362 ; Cass. Soc. 25 février 2004, n°01-46394, Bull. Civ. V, n°63 ; Cass. Soc. 12 juillet 2005, n°03-45394, Bull. Civ. V, n°244 ; Dr. Soc. 2005, p. 1045, obs. J. Savatier ; Cass. Soc. 16 mai 2007 n°05-4083 ; Cass. Soc. 8 avril 2009, n°07-44267.



à retenir. En conséquence, si le litige survient à l'occasion d'une modification des horaires, le maintien de ceux initialement pratiqués doit être ordonné. La situation est plus complexe lorsque le litige porte sur les horaires pratiqués depuis l'origine, aucun accord n'étant survenu lors de la conclusion du contrat et le salarié ayant ensuite subi dès le premier jour de travail les horaires imposés par l'employeur. On imagine mal une saisine du juge prud'homal par le salarié d'une demande tendant à fixer les horaires de travail. Mais dans le cadre d'un contentieux postérieur à la rupture du contrat de travail, une demande de dommages et intérêts réparant le préjudice subi du fait de l'indétermination d'un élément du contrat est envisageable.

§3. Atteintes à la nature contractuelle des horaires de travail

164. La nature contractuelle des horaires de travail et les exigences de détermination et d'intangibilité qui en découlent sont mises à mal par le droit positif en raison tant de la position de la jurisprudence qui reconnaît à l'employeur une faculté de modification (II) et, indirectement, de fixation (I) unilatérale des horaires, que des initiatives du législateur qui a institué divers mécanismes d'aménagement collectif des horaires de travail ne préservant pas les droits des salariés (III).

I. La faculté patronale de fixation unilatérale des horaires

165. *Prérogative de fixation unilatérale.* En considérant que les horaires de travail relèvent des conditions de travail et non du contrat de travail pour en déduire que l'employeur peut unilatéralement les modifier⁵¹⁷, la jurisprudence lui attribue également la faculté de les *établir* unilatéralement. En pratique, les horaires sont établis par le seul employeur ; le salarié en est simplement informé. Le contrat ne les rappelle pas nécessairement. Il peut se borner à faire référence aux horaires collectifs applicables dans l'entreprise, sans les préciser.

⁵¹⁷ Voir infra, n°167.



166. Faculté de fixation postérieure à la conclusion du contrat. De plus, dans la mesure où les horaires ne sont pas considérés comme un « élément du contrat » et qu'en conséquence la conclusion de celui-ci n'est pas censée nécessiter un accord de volontés à leur sujet, il n'est pas estimé indispensable à la rencontre de consentements éclairés que les horaires de travail soient connus du salarié. Ils peuvent ne l'être qu'après la conclusion du contrat. En pratique, le salarié, sans pouvoir aucunement les négocier, est généralement informé des horaires de travail qui lui seront appliqués, de sorte qu'il exprime son consentement lors de la conclusion du contrat en tenant compte des horaires « proposés » par l'employeur.

Mais la situation dans laquelle l'employeur n'informe pas le salarié des horaires qui seront les siens, renvoyant à plus tard la communication de cette « information », n'est pas une hypothèse d'école. Le cas peut notamment se rencontrer lorsque, dans une entreprise où le travail est organisé par roulement ou par « relais », plusieurs équipes se succédant, l'employeur hésite sur l'affectation du salarié et entend en décider ultérieurement, entre la conclusion du contrat et l'entrée en fonction effective du salarié. Dans une telle hypothèse, si le salarié accepte le contrat, celui-ci aura été conclu sans que le consentement ait porté sur les horaires, lesquels auront été fixés par le seul employeur.

Bien sûr, le contrat de travail est largement un contrat d'adhésion dont l'employeur décide seul du contenu, tout autant s'agissant des éléments contractuels que non contractuels. Mais s'agissant des éléments reconnus contractuels, cette situation qui tient au déséquilibre structurel entre les parties n'est pas cautionnée par le droit. S'agissant des horaires de travail, le statut d'élément « non contractuel » que la jurisprudence croit devoir leur conférer aboutit à officialiser cette situation, ce qui peut sembler regrettable.

II. La faculté patronale de modification unilatérale des horaires

167. Le régime actuel de la modification unilatérale des horaires de travail est complexe



(A) et devrait être revu (B).

A. La modification unilatérale des horaires : droit positif

168. Alors même que l'absence de stipulation expresse relative à un élément contractuel n'est pas de nature à le déchoir de son essence contractuelle, la jurisprudence considère, en ce qui peut se percevoir comme un étonnant renversement des perspectives, que s'agissant des horaires de travail, le pouvoir de modification unilatérale de l'employeur est de principe (1), seule une « contractualisation expresse » des horaires étant susceptible d'y faire obstacle (2).

1. Le pouvoir de l'employeur

169. Reconnaissance du pouvoir de l'employeur de modifier les horaires. Le pouvoir de l'employeur de fixer puis modifier unilatéralement les horaires est affirmé de manière très claire par la jurisprudence. La Cour de cassation a ainsi énoncé que « *le changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail* »⁵¹⁸. La Cour, cependant, ne livre pas le détail du raisonnement qui la conduit à considérer que l'horaire de travail relève du champ des « conditions de travail ». Elle n'explique pas en quoi les horaires de travail ne relèveraient pas du contrat.

Une tentative de justification peut être tirée d'un arrêt publié à l'occasion duquel la Cour de cassation a rattaché le pouvoir de l'employeur de modifier unilatéralement les horaires à « *son droit d'organiser le travail dans son entreprise* »⁵¹⁹. Le pouvoir de l'employeur en matière d'horaires de travail, relié au pouvoir plus général

⁵¹⁸ Cass. Soc. 22 février 2000, n°97-44339, Bull. Civ. V, n°67 ; RJS 2000, n°374 ; Dr. Ouv. 2000, p. 423 ; JCP 2000, II, 10321, note D. Corrignan-Carsin. La formule a ensuite été reprise : voir notamment Cass. Soc. 6 octobre 2004, n°02-43488 ; Cass. Soc. 20 février 2007, n°05-42734.

⁵¹⁹ Soc 1^{er} avril 2003, n°00-41873, Bull. Civ. V, n°123.



d'organisation de l'entreprise, serait-il pour la Cour directement fondé sur le droit de propriété de l'employeur (« son » entreprise)? L'explication serait bien peu convaincante. Le droit de propriété est assorti de prérogatives et de garanties, mais il est impuissant à justifier une atteinte aux prévisions contractuelles. Le droit réel de l'employeur est sans effet sur les droits et obligations personnels réciproques résultant du contrat de travail.

En réalité, il peut être soutenu qu'il n'existe aucune justification juridique au pouvoir ainsi conféré à l'employeur, au détriment du contrat et du salarié, et qui porte tout autant sur une modification des horaires au sein de la journée (a) que sur une modification des journées ou demi-journées de travail (b).

a. Modification de l'horaire quotidien

170. Pouvoir de décalage. L'employeur est admis, selon la jurisprudence, à modifier l'horaire de travail au sein de la journée. Il peut décider unilatéralement de décaler l'horaire de travail en retardant ou en avançant l'heure de prise de poste, et en retardant ou en avançant l'heure de fin de poste d'autant. Ainsi, ont notamment été jugés justifiés les licenciements de salariés ayant refusé de se plier à leurs nouveaux horaires, modifiés par l'employeur dans les proportions suivantes :

- décalage de deux heures, pour un horaire passant de 7 heures - 16 heures à 9 heures - 18 heures⁵²⁰ ;
- décalage de deux heures, pour un horaire de travail passant de 15 heures - 19 heures à 17 heures - 21 heures, sous réserve toutefois, s'agissant d'une salariée à temps partiel, de l'absence de motif légitime de refus, tenant notamment à des obligations familiales impérieuses⁵²¹ ;

⁵²⁰ Cass. Soc. 9 avril 2002, n°99-45155, Bull. Civ. V, n°123, RJS 2002 n°785.

⁵²¹ Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°06-45562, Bull. Civ. V, n°4; JCP S 2009, 1162, note B. Bossu.



- décalages allant d'une demi-heure à trois heures selon les jours, pour un horaire de travail s'achevant certains jours à 19 heures au lieu de 16, 17, 18 ou 18 heures 30 ; cause réelle et sérieuse de licenciement du salarié, contraint de refuser la modification de ses horaires incompatibles avec les horaires des transports en commun qu'il devait impérativement emprunter⁵²² ;
- décalage d'une heure, pour un horaire quotidien s'achevant à 19 heures au lieu de 18 heures ; faute *grave* commise par la salariée qui ne s'était pas conformée à ce nouvel horaire après avoir informé son employeur de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de le faire, compte-tenu de l'horaire de fermeture de la crèche accueillant son enfant⁵²³.
- allongement d'une heure du temps de travail au sein d'une amplitude inchangée (8h - 18h30), par réduction du temps de pause déjeuner, pour un horaire passant de 9 heures - 12 heures et 14 heures - 18 heures 30 à 9 heures - 12 heures et 13 heures - 18 heures 30⁵²⁴.

Le pouvoir ainsi reconnu à l'employeur et l'empiètement sur la vie personnelle du salarié sont conséquents. La jurisprudence réserve cependant certaines limites.

171. Limites tenant au travail de nuit. Tout d'abord, il est de jurisprudence constante depuis une série d'arrêts rendus en 2001⁵²⁵ que l'employeur ne peut pas imposer le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou d'un horaire de nuit à un horaire de jour. Cette limite au pouvoir de l'employeur emporte plusieurs conséquences. D'une part, elle interdit les modifications les plus lourdes, consistant en un passage d'un

⁵²² Cass. Soc. 13 décembre 2000, n° 98-42598.

⁵²³ Cass. Soc. 24 novembre 1992, n°91-40548, Bull. Civ. V, n°566 ; CSBP n°47, p. 62 ; Dr. Ouv. 1993, p. 113.

⁵²⁴ Cass. Soc. 22 février 2000, n°97-44339, Bull. Civ. V, n°67 ; RJS 2000, n°374 ; Dr. Ouv. 2000, p. 423 ; JCP 2000, II, 10321, note D. Corrignan-Carsin .

⁵²⁵ Cass. Soc. 27 février 2001, n°98-43783, Bull. Civ. V, n°61 ; Dr. Soc. 2001, p. 553, obs J. Savatier ; RJS 2001, n°564 ; Cass. Soc. 22 mai 2001, n°99-41146, Bull. Civ. V, n°178 ; RJS 2001, n°992 ; Cass. Soc. 5 juin 2001 n°98-44781 et n°98-44782, Bull. Civ. V, n° 206 ; RJS 2001, n°992 ; Cass. Soc. 18 décembre 2001 n°98-46160, Bull. Civ. V, n°388 ; RJS 2/02 n°145.



horaire intégralement de jour à un horaire intégralement de nuit. D'autre part, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la règle vaut également en cas de « passage partiel » d'un horaire à l'autre⁵²⁶. Elle enferme donc le pouvoir de l'employeur de décaler les horaires de travail à l'intérieur d'une plage horaire, allant soit de 21 heures à 6 heures du matin (ou de 22 heures à 7 heures si un accord collectif le prévoit)⁵²⁷ pour le travailleur de nuit, soit de 6 heures à 21 heures pour le travailleur de jour.

S'agissant du travailleur de nuit, la règle a le mérite de restreindre assez largement le pouvoir de l'employeur puisque la période de nuit ne compte que 9 heures : ainsi un horaire quotidien de 8 heures ne pourra mathématiquement pas faire l'objet d'un décalage excédant une heure.

S'agissant d'un travailleur de jour, l'effet de la règle est moins strict puisque l'amplitude de la période est de 15 heures. Au sein de cette période, tous les décalages sont-ils possibles ? A l'extrême, l'employeur peut-il imposer le remplacement d'un horaire allant de 6 heures à 14 heures par un horaire allant de 13 heures à 21 heures ? On peut estimer qu'il y aurait là un bouleversement de l'économie du contrat. Mais le juge considèrerait-il pour autant, compte-tenu de l'état du droit positif, que le salarié est en droit de s'y opposer ? Dans l'affirmative, où situer la limite au pouvoir de l'employeur de décaler l'horaire de travail ? A partir de quelle ampleur de modification le bouleversement serait-il caractérisé ? Faudrait-il considérer, comme le fait Monsieur Morand⁵²⁸, que le remplacement d'un horaire du matin par un horaire d'après-midi (ou inversement) constitue une limite au pouvoir de l'employeur ? Il y aurait là une limite objective, mais qui peut paraître assez arbitraire.

L'interdiction d'imposer l'interversion, même partielle, entre un horaire de jour et un horaire de nuit a des mérites qui se révèlent donc limités. De plus, il faut souligner qu'elle aboutit à certaines incohérences : par exemple, le décalage de deux heures de

⁵²⁶ Cass. Soc. 7 avril 2004, n°02-41486, Bull. Civ. V, n°107, pour un horaire s'achevant à 22 heures ; Voir également Cass. Soc 30 octobre 2007, n°06-43455, et Cass. Soc. 7 décembre 2010, n°09-67652.

⁵²⁷ C. trav. art. L3122-29.

⁵²⁸ M. Morand, « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP E 2003, n° 704.



l'horaire de travail s'impose au salarié s'il s'agit de passer de 10 heures – 18 heures à 12 heures – 20 heures, mais ne s'impose pas s'il s'agit de passer de 12 heures – 20 heures à 14 heures – 22 heures. Plus caricatural encore, un salarié travaillant de 6 heures à 14 heures ne pourrait s'opposer à un retardement de sa prise de poste de plusieurs heures, mais pourrait en revanche refuser de prendre son poste à 5h55⁵²⁹.

172. Limites tenant aux coupures de la journée de travail : pas de prérogative de « découpage ». Par ailleurs, la jurisprudence énonce que le pouvoir de l'employeur en matière de modification des horaires de travail ne peut conduire à imposer le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu et inversement. Découverte à l'occasion d'un arrêt du 18 décembre 2000⁵³⁰, la règle interdit la suppression ou au contraire l'institution d'une coupure au sein de la journée de travail. Sur ce fondement, il a été jugé que l'employeur ne peut pas imposer le remplacement d'un horaire continu allant de 4h30 à 11h30 par un horaire en deux temps, allant de 4h30 à 8h30 puis de 14h30 à 17 heures⁵³¹. A l'inverse, la Cour de cassation, modifiant sa jurisprudence alors récente⁵³², a également jugé que l'employeur ne peut pas supprimer une coupure existante. Le remplacement d'un horaire de travail allant de 7 heures à 12 heures puis, après deux heures de pause, de 14 heures à 17 heures 30, ou encore d'un horaire allant de 8 heures à 12 heures puis, après une pause similaire de 14 heures à 18 heures, par un horaire continu allant, selon les semaines, de 6 heures à 13 heures ou de 13 heures à 20 heures, requiert l'accord du salarié⁵³³. Si le décalage de l'horaire de travail relève du pouvoir de

⁵²⁹ Cf. J-M. Béraud, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », Dr. Ouv. 1997, p.531.

⁵³⁰ Cass. Soc. 18 décembre 2000, n°98-42885, Bull. Civ. V, n°423, RJS 2001, n°168, Liaisons Soc. 2001, n°708, p. 5. La règle était pressentie depuis un arrêt du 14 novembre 2000 (n°98-43218, Bull. Civ. V, n°365 ; RJS 2001, n°10).

⁵³¹ Cass. Soc. 18 décembre 2000, préc. Cf. également Cass. Soc. 3 novembre 2011, n°10-30033, JCP S 2011, Act. 443, s'agissant du remplacement d'un horaire continu allant de 8h à 15h par un horaire en deux temps, allant de 11h à 14h puis de 16h à 20h.

⁵³² Cass. Soc. 17 octobre 2000, n°98-42177, Bull. Civ. V, n°327 ; Liaisons Soc. 2000, n°688, p. 1 ; Dr. Soc. 2001, p. 90, obs J. Savatier ; Dr. Ouv. 2001, p. 23, note P. Moussy ; RJS 2000, n°1222, jugeant que « à défaut d'une clause contractuelle expresse prévoyant l'horaire quotidien et le bénéfice de la pause de midi, l'employeur en changeant l'horaire et en demandant aux salariés de travailler pendant l'heure du déjeuner fait usage de son pouvoir de direction ».

⁵³³ Cass. Soc. 6 juillet 2004, n°02-44331 ; Cass. Soc. 8 juillet 2008, n°06-45769. Dans les deux cas, la modification imposait de surcroît le remplacement d'un horaire fixe par un horaire variable par cycle.



l'employeur, son « découpage » suppose l'accord des parties.

173. L'employeur ne peut enfin imposer d'interversion entre des horaires fixe et variable⁵³⁴, ni, selon un arrêt resté isolé, imposer un horaire contraire à l'horaire collectif⁵³⁵.

b. Modification de la répartition hebdomadaire du travail

174. En visant comme le changement d'horaire relevant des conditions de travail et donc du pouvoir de l'employeur celui « *consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée* »⁵³⁶, la Cour de cassation pouvait laisser penser qu'en revanche la modification de la répartition hebdomadaire du travail supposait le commun accord des parties. Telle n'est pas sa position actuelle. L'employeur est admis à modifier la répartition hebdomadaire du travail.

175. Rééquilibrage des journées de travail. Il peut ainsi décider d'abrèger une journée de travail de quelques heures et d'allonger d'autant une autre, modifiant ainsi le volume respectif des journées de travail. Dans le respect des durées quotidiennes maximales de travail, l'employeur est ainsi admis à modifier l'importance respective des journées de travail.

176. Structure de la semaine. L'employeur peut même faire évoluer la « structure » de la semaine en modifiant les journées ou demi-journées travaillées, ce pouvoir de modification s'entendant non seulement de la faculté *d'invertir* les journées ou demi-journées travaillées et non travaillées, mais également de la faculté *d'augmenter ou réduire* le nombre de journées ou demi-journées travaillées. Ainsi, il a pu être jugé que l'employeur peut valablement imposer au salarié de venir désormais travailler le vendredi après-midi alors que jusque là son horaire hebdomadaire de travail était

⁵³⁴ Cass. Soc. 10 mai 1999, n°96-45652, Bull. Civ. V, n°208 ; Dr. Ouv. 2000, p. 424 ; Cass. Soc. 14 novembre 2000, n°98-43218, Bull. Civ. V, n°365 ; RJS 2001, n°10 ; Cass. Soc. 8 juillet 2008, n°06-45769.

⁵³⁵ Cass. Soc. 3 juin 1998, n°96-40309.

⁵³⁶ Cass. Soc. 22 février 2000, préc.



réparti sur quatre jours et demi, du lundi matin au vendredi midi, la durée hebdomadaire du travail restant inchangée⁵³⁷. De même, a été jugé justifié le licenciement d'une salariée ayant refusé que son horaire de travail inclue de nouveau le mercredi, qui n'était plus travaillé depuis plusieurs années⁵³⁸.

177. La question du samedi. Le samedi ne fait pas l'objet d'un régime spécifique. Sauf convention collective contraire, l'employeur peut imposer qu'il soit travaillé. La jurisprudence a clairement énoncé, à plusieurs reprises, qu'« *en demandant aux salariés de travailler ce jour ouvrable, l'employeur fait usage de son pouvoir de direction* »⁵³⁹. Sur ce fondement, l'employeur peut imposer au salarié de travailler le samedi matin en lieu et place d'une autre demi-journée auparavant travaillée (par exemple en remplacement du lundi matin⁵⁴⁰), ou le samedi entier en lieu et place d'une autre journée auparavant travaillée. En sens contraire, il peut lui imposer de travailler un jour quelconque de la semaine jusqu'alors chômé, en lieu et place du samedi jusqu'alors travaillé (par exemple, travail du lundi au vendredi et non plus du mardi au samedi⁵⁴¹). L'employeur peut également imposer au salarié de travailler le samedi sans libérer une autre journée⁵⁴², de sorte que cette journée de travail s'ajoute aux autres dont le volume est simplement réduit. Il se peut alors que le salarié soit amené à travailler selon un horaire réparti sur six jours. La Cour de cassation n'y voit pas un obstacle au pouvoir de l'employeur⁵⁴³.

178. Limite tenant aux jours de repos ? Cependant, certains arrêts, certes isolés et non publiés, semblent témoigner d'une certaine tendance de la Cour de cassation à parfois prendre en compte les conséquences de l'augmentation du nombre de journées de travail sur les jours de repos du salarié, pour faire obstacle au pouvoir de l'employeur. A ainsi été approuvée une Cour d'appel qui avait jugé que caractérisait une modification

⁵³⁷ Cass. Soc. 16 mai 2000, n°97-45256, Bull. Civ. V, n°181 ; Dr. Soc. 2000, p. 776, note J-E Ray.

⁵³⁸ Cass. Soc. 20 février 2007, n°05-42734.

⁵³⁹ Cass. Soc. 17 octobre 2000, n°98-42264, Bull. Civ. V, n°328 ; Cass. Soc. 27 juin 2001, n°99-42462, Bull. Civ. V, n°234 ; Cass. Soc. 26 octobre 2004, n°02-43164.

⁵⁴⁰ Cass. Soc. 27 juin 2001, préc.

⁵⁴¹ Cass. Soc. 16 septembre 2009, n°07-45032.

⁵⁴² Cass. Soc. 17 octobre 2000, préc. ; Cass. Soc. 26 octobre 2004, préc.

⁵⁴³ Cass. Soc. 26 octobre 2004, préc.



du contrat de travail la décision de l'employeur d'imposer à une salariée travaillant du lundi au vendredi de travailler en plus un samedi entier sur deux, au motif que cette décision « *la privait une semaine sur deux du repos hebdomadaire de deux jours consécutifs* »⁵⁴⁴, repos consécutif de deux jours que pourtant la convention collective n'imposait pas. Dans le même sens, la Cour de cassation a censuré l'arrêt par lequel une Cour d'appel avait jugé justifié le licenciement d'un salarié qui, travaillant jusqu'alors du lundi midi au samedi midi, avait refusé de travailler en plus le samedi après-midi : la modification des horaires avait pour effet de « *priver le salarié d'une demi-journée de repos hebdomadaire* » (donc en l'espèce du bénéfice de deux jours, sous forme de quatre demi-journées, de repos hebdomadaire), et caractérisait une modification du contrat de travail⁵⁴⁵. Dans une autre espèce, si la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir dit licite la décision de l'employeur d'imposer à une salariée de travailler le samedi en lieu et place d'un autre jour ouvrable, c'est après avoir constaté que la salariée « *conservait le bénéfice de ses deux jours de repos hebdomadaire* »⁵⁴⁶.

Il pourrait, à partir de ces décisions isolées, être considéré que même en l'absence de dispositions conventionnelles relatives aux jours de repos, le bénéfice d'un deuxième jour de repos hebdomadaire d'une part (même fractionné en deux demi-journées), et éventuellement le bénéfice de deux jours de repos hebdomadaires *consécutifs* d'autre part⁵⁴⁷, revêtent un caractère objectivement contractuel. Même si, au regard de la convention collective applicable, il n'était pas obligatoire de prévoir deux jours de repos lors de la conclusion du contrat de travail, dès lors que ces deux jours de repos ont été effectivement appliqués depuis l'embauche, même dans le silence du contrat de travail à ce sujet, leur existence et éventuellement leur caractère consécutif ne pourraient pas être remis en cause unilatéralement par l'employeur (qui conserverait cependant le pouvoir *d'intervertir* les jours de repos et de travail, par exemple en inversant le samedi

⁵⁴⁴ Cass. Soc. 22 octobre 2003, n°01-42651.

⁵⁴⁵ Cass. Soc. 25 avril 2007, n°05-45106. De plus, la durée de la pause quotidienne avait été portée de deux à quatre heures.

⁵⁴⁶ Cass. Soc. 6 mai 2009, n°07-41766.

⁵⁴⁷ Mais l'arrêt précité du 6 mai 2009 est en contradiction avec ce point, la salariée perdant en l'espèce le bénéfice du caractère consécutif des deux jours de repos, sans que la Cour de cassation y voie un obstacle à la modification.



et le lundi). Ces principes seraient cependant en contradiction avec ceux que retient par ailleurs la jurisprudence lorsqu'elle juge, notamment, que l'employeur peut imposer au salarié de travailler le mercredi jusqu'alors chômé⁵⁴⁸, sauf à considérer que seul le deuxième jour de repos est par nature contractuel, à l'exclusion du troisième⁵⁴⁹.

179. La question du dimanche. En rappelant le statut de « jour ouvrable » du samedi pour justifier le pouvoir de l'employeur d'imposer au salarié de travailler ce jour là⁵⁵⁰, la Cour de cassation paraissait implicitement exclure un tel pouvoir s'agissant du dimanche. Cette exclusion a été expressément confirmée : un salarié employé comme serveur par une société exploitant un restaurant selon un horaire réparti du lundi au vendredi avait refusé de désormais travailler selon un horaire réparti du mercredi au dimanche et avait été licencié. La Cour d'appel avait dit le licenciement justifié au motif que le contrat de travail ne comportait aucune clause « *excluant le travail les samedis et dimanches* ». La Cour de cassation a censuré cette analyse ; elle a considéré que « *la nouvelle répartition de l'horaire de travail avait pour effet de priver le salarié du repos dominical, ce qui constituait une modification de son contrat de travail qu'il était en droit de refuser* »⁵⁵¹. Le principe est donc clairement posé : l'employeur ne peut pas imposer au salarié une modification de son horaire hebdomadaire impliquant un travail le dimanche auparavant chômé. Il ne peut pas non plus augmenter la fréquence du travail le dimanche : a ainsi été jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement motivé par le refus d'une salariée de se conformer aux nouveaux horaires de travail imposés par l'employeur, incluant un travail deux dimanches matin sur trois au lieu d'un sur trois auparavant⁵⁵².

180. Limites tenant au travail à temps partiel. Par ailleurs, le pouvoir de l'employeur de modifier la répartition hebdomadaire des horaires connaît une certaine restriction à

⁵⁴⁸ Cass. Soc. 16 mai 2000, préc.

⁵⁴⁹ Comp. Cass. Soc. 23 janvier 2001, n°98-44843, Bull. Civ. V, n°19, dans un cas où la répartition du travail sur quatre jours avait été contractualisée. Voir infra, n°182.

⁵⁵⁰ Voir supra, n°177.

⁵⁵¹ Cass. Soc. 2 mars 2011, n°09-43223 ; JCP S 2011, 1283, note M. D'Allende.

⁵⁵² Cass. Soc. 17 novembre 2004, n°02-46-100, Bull. Civ. V, n°292 ; Dr. Soc. 2005, p. 227, note C. Radé.



l'égard des salariés à temps partiel, dans la mesure où le Code du travail impose que le contrat prévoit la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois⁵⁵³, et dans la mesure où la Cour de cassation considère logiquement que cette répartition de la durée du travail constitue un élément du contrat de travail soustrait au pouvoir unilatéral de l'employeur⁵⁵⁴. En conséquence, dès lors que la répartition retenue est celle qui opère entre les jours de la semaine, l'employeur ne peut pas modifier les journées ou demi-journées de travail instituées par le contrat. Toutefois, l'employeur retrouve cette prérogative si, en application des dispositions légales l'admettant expressément, le contrat comporte une clause autorisant une modification des jours travaillés et indiquant les cas et l'étendue de la modification possible⁵⁵⁵. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser les conditions de validité d'une telle clause de variation légale, en termes notamment d'existence et d'objectivité du motif de recours⁵⁵⁶. Il en résulte que « le contrat garantit une certaine stabilité à la situation du salarié à temps partiel »⁵⁵⁷ et limite dans une certaine mesure⁵⁵⁸ l'indétermination des obligations du salarié puisque tant les motifs de recours que l'étendue de la variation possible sont connus dès la conclusion du contrat.

Cependant, la répartition entre les semaines du mois laisse à l'employeur une plus large marge de manœuvre dans l'aménagement des horaires. De plus, l'employeur reste libre de modifier les horaires quotidiens du salarié à temps partiel⁵⁵⁹ qui, en pratique, sont

⁵⁵³ C. trav. art. L 3123-14, 1°.

⁵⁵⁴ Cass. Soc. 7 juillet 1998, n°95-43443, Bull. Civ. V, n° 373 ; RJS 1998, n°1312 ; TPS 1999, comm. 225 ; Cass. Soc. 6 avril 1999, n°96-45790 et n°96-45791, Bull. Civ. V, n°166 ; TPS juin 1999 p. 9 ; Cass. Soc. 7 décembre 1999, n°97-42333, Bull. Civ. V, n°479 ; RJS 2000, n°346 ; Cass. Soc. 25 avril 2001, n°99-43023 ; Cass. Soc. 11 octobre 2006, n°05-41760 ; Cass. Soc. 6 janvier 2010, n°08-41596.

⁵⁵⁵ C. trav. art. L 3123-14, 2°.

⁵⁵⁶ Voir notamment : Cass. Soc. 6 avril 1999, préc., jugeant que la clause autorisant l'employeur à modifier la répartition des horaires de travail « en fonction des nécessités du service » ne correspondait pas aux exigences légales. Voir également Cass. Soc. 6 janvier 2010, n°08-41596, pour une décision similaire s'agissant d'une variation autorisée « en fonction des besoins de l'entreprise ».

⁵⁵⁷ F. Favennec-Héry, « Prospectives sur le travail à temps partiel », Sem. Soc. Lamy, 20 octobre 2008, n°1371, p. 5.

⁵⁵⁸ Mais pas totalement ; même dans ces conditions, la variation porte atteinte à la détermination des obligations. Voir infra, n°301.

⁵⁵⁹ Cass. Soc. 18 juillet 2001, n°99-45076, Bull. Civ. V, n°276 ; Cass. Soc. 15 décembre 2006, n°05-42133 ; voir également D. Jourdan, « l'horaire à temps partiel : élément légalement contractuel », TPS juin 1999 p. 6.



parfois revus chaque semaine, ce qui fait largement obstacle à leur prévisibilité et compromet la faculté reconnue au salarié d'occuper un second emploi. La stabilité de la situation du salarié à temps partiel n'est donc qu'imparfaite⁵⁶⁰ de sorte que l'encadrement légal du travail à temps partiel peut être perçu comme un modèle inachevé.

2. La restriction du pouvoir patronal par l'effet d'une contractualisation expresse des horaires

181. Si le pouvoir unilatéral de l'employeur est considéré comme le principe, s'agissant tant de la fixation⁵⁶¹ que de la modification⁵⁶² des horaires de travail, ce principe ne vaut qu'en l'absence de stipulation contractuelle contraire. Les horaires de travail relèvent en principe des « conditions de travail » mais, par exception, ils peuvent être « contractualisés » par les parties. Ils ne sont pas admis en tant qu'élément objectivement contractuel, mais ils peuvent l'être subjectivement, au regard de la situation particulière des parties.

La jurisprudence a d'abord exprimé le principe de cette réserve sans l'appliquer, à l'occasion de deux arrêts publiés du 17 octobre 2000, relatifs l'un à une modification de l'horaire quotidien⁵⁶³, l'autre à une modification de la répartition hebdomadaire de l'horaire⁵⁶⁴. Dans les deux cas, la Cour de cassation a considéré que si la modification de l'horaire de travail entre dans le champ du pouvoir unilatéral de l'employeur, ce pouvoir n'existe « *qu'à défaut d'une clause contractuelle expresse prévoyant l'horaire quotidien* » ou « *excluant le travail du samedi* ». Comme le relevait alors Monsieur le Professeur

⁵⁶⁰ Madame le Professeur Favennec-Héry note en ce sens que « c'est bien sûr le domaine du travail à temps partiel qui offre l'exemple le plus abouti (même si c'est encore insuffisant) de la prise en compte de cette donnée personnelle » (F. Favennec-Héry, « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », Dr. Soc. 2009, p. 251).

⁵⁶¹ Voir supra, n°165 et s.

⁵⁶² Voir supra, n°168 et s.

⁵⁶³ Cass. Soc. 17 octobre 2000, n°98-42177, Bull. Civ. V, n°327 ; Liaisons Soc. 2000, n°688, p. 1 ; Dr. Soc. 2001, p.90, obs. J. Savatier ; Dr. Ouv. 2001, p. 23, note P. Moussy ; RJS 2000, n°1222.

⁵⁶⁴ Cass. Soc. 17 octobre 2000, n°98-42264, Bull. Civ. V, n°328 ; voir également Cass. Soc. 27 juin 2001, n°99-42462, Bull. Civ. V, n°234, ne reprenant pas la référence à une stipulation « expresse ».



Savatier⁵⁶⁵, « c'est dans le silence du contrat que la modification de l'horaire (...) n'est pas considérée comme une modification du contrat ».

Le salarié qui entend être assuré de ce que ses horaires de travail seront reconnus comme un élément contractuel doit donc tenter d'obtenir une stipulation en ce sens. Encore faut-il être en mesure de négocier le contenu du contrat de travail⁵⁶⁶ et de parvenir à convaincre l'employeur de renoncer à son pouvoir en la matière ce qui, à défaut d'un formalisme⁵⁶⁷ imposant spécifiquement la fixation des horaires dans le contrat, paraît dans l'ensemble assez illusoire.

182. Reste à déterminer à quelles conditions la clause relative aux horaires emporte leur contractualisation. La seule indication des horaires suffit-elle à les rendre contractuels, seul le silence complet du contrat les faisant basculer dans le champ des « conditions de travail » ? Ou faut-il au contraire penser que, tout comme celle du lieu de travail⁵⁶⁸, la contractualisation des horaires suppose une stipulation expresse faisant état de manière claire et précise de leur intangibilité, faute de quoi l'indication ne serait « qu'informatrice »⁵⁶⁹ ? La jurisprudence n'a pas encore répondu à cette question. Elle n'a, semble-t-il, jamais eu l'occasion de se prononcer sur la portée de la seule indication des horaires dans le contrat de travail du salarié à temps plein sans mention particulière insistant sur leur caractère contractuel (s'agissant du salarié à temps partiel, il semble que la seule mention des horaires les contractualise⁵⁷⁰). Pour autant, elle n'exige pas,

⁵⁶⁵ Dr. Soc. 2001, p. 90.

⁵⁶⁶ Cf. J-E. Ray, « Changements d'horaires », Dr. Soc. 2001, p. 7.

⁵⁶⁷ Sur l'opportunité d'instituer un formalisme du contrat de travail, voir infra, n°399 et s.

⁵⁶⁸ Sur la portée des mentions contractuelles relatives au lieu de travail, voir infra, n°204 et s.

⁵⁶⁹ Cf. J-E. Ray, art. préc. : l'auteur note au sujet de la contractualisation des horaires qu'« il vaudra mieux expliciter cette spécificité afin qu'en cas de différend, personne ne puisse y voir un simple exercice de style ou une simple information ». Cf également M. Morand, Art. Prec : l'auteur considérait, dans cet article rédigé antérieurement aux arrêts ayant conféré une valeur purement informative aux clauses relatives au lieu de travail, que s'agissant des horaires de travail, « la conviction qui se dégage des premières décisions est que la contractualisation découle de la seule référence écrite ».

⁵⁷⁰ En énonçant qu'« à défaut de clause expresse contractuelle fixant un horaire de travail quotidien, le changement de l'horaire de la journée de travail d'un salarié à temps partiel relève en principe du pouvoir de direction », la Cour semble n'exiger que la seule indication de ces horaires (Cass. Soc. 18 juillet 2001, n°99-45076, Bull Civ. V, n°276) ; cette position est confortée par un arrêt postérieur, certes non publié, énonçant que « lorsque le contrat de travail à temps partiel précise l'horaire de travail quotidien et ne



pour retenir le caractère contractuel des horaires, une clause stipulant expressément ce caractère ou la nécessité du consentement du salarié préalablement à toute modification. La contractualité des horaires peut résulter de toute mention démontrant que les horaires ont été déterminants du consentement du salarié ou ont fait l'objet d'une prise en compte particulière, ou même peut résulter du comportement des parties (lequel peut, selon les cas, soit être seul pris en compte, soit constituer un élément d'interprétation de la clause contractuelle).

Ainsi, il a été jugé que la clause du contrat stipulant : « *vos horaires de travail seront conformément à votre demande :...* » suffisait à conférer aux horaires un caractère contractuel. Le contrat ne précisait pas expressément que les horaires devaient être considérés comme un élément du contrat ni que leur modification supposait l'accord de la salariée (ni, comme il le faisait par ailleurs, s'agissant du mode de fixation des périodes de congés payés, qu'ils « constituaient pour [la salariée] une condition substantielle de [son] engagement »), mais la référence à la demande de la salariée (et implicitement à l'acceptation de l'employeur) suffit à démontrer leur caractère contractuel : pour la Cour de cassation, « *les horaires ainsi expressément précisés et, à la demande de la salariée, acceptés par l'employeur, présentaient un caractère contractuel* »⁵⁷¹.

De même, il a été jugé qu'étaient contractualisés les horaires de travail d'une salariée dont le contrat, à l'origine verbal, avait ensuite fait, à sa demande et en raison de motifs familiaux, l'objet de la rédaction d'un écrit précisant les horaires de travail et les circonstances de leur modification éventuelle (en l'espèce, absence d'une collègue), sur le modèle des règles applicables au temps partiel. « *Expressément précisés et acceptés par*

prévoit pas la possibilité d'une variation de cet horaire, le changement de l'horaire de la journée de travail constitue une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié ». La Cour de cassation paraît ainsi confirmer l'opinion exprimée par un auteur, selon laquelle « si celui-ci [l'horaire quotidien] est précisé, il ne fait aucun doute qu'il constitue également un élément du contrat que l'employeur ne peut modifier unilatéralement » (D. Jourdan, « L'horaire à temps partiel, élément légalement contractuel », TPS juin 1999 p. 6).

⁵⁷¹ Cass. Soc. 11 juillet 2001, n°99-42710, Bull. Civ. V, n°246.



l'employeur », les horaires « *étaient devenus partie intégrante du contrat* »⁵⁷².

Dans le même sens, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un employeur dirigé contre l'arrêt⁵⁷³ ayant retenu le caractère contractuel des horaires après avoir constaté que le contrat prévoyait que le salarié travaillerait selon les horaires prévus au planning annexé et signé des parties (prévoyant une répartition des horaires sur cinq jours du lundi au vendredi), et qu'une première modification des horaires (survenue dans le mois suivant l'embauche et répartissant les horaires sur quatre jours du mardi au vendredi) avait été opérée selon les mêmes formes (substitution d'un nouveau planning signé par les parties). L'employeur ne pouvait donc imposer au salarié un retour aux horaires initiaux selon une répartition sur cinq jours ; il ne pouvait que le proposer⁵⁷⁴.

Il a également été jugé que la stipulation d'horaires précis à l'occasion de la rédaction d'un avenant de passage à un temps plein, alors que le contrat initial à temps partiel ne comportait pas un horaire aussi précis, peut démontrer que « *la précision apportée était un élément déterminant pour les parties et qu'elles ont contractualisé* », ce d'autant plus qu'en l'espèce il était établi que l'horaire avait été convenu pour « *respecter les désirs et obligations familiale de [la salariée] sans qu'il pénalise la société* »⁵⁷⁵.

Enfin, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir jugé que caractérisait une modification du contrat de travail l'exigence de l'employeur qui entendait revenir à une répartition sur cinq jours de l'horaire de travail de plusieurs salariés, qui avait été à leur demande ramené à quatre jours plusieurs années avant, lors du déménagement de l'entreprise impliquant un changement de département et des trajets importants. La Cour d'appel ayant constaté que l'employeur n'établissait pas le caractère provisoire de la répartition sur quatre jours qu'il alléguait, a « *exactement décidé qu'en demandant au salarié de travailler un jour supplémentaire, l'employeur entendait modifier le contrat de*

⁵⁷² Cass. Soc. 9 mars 2005, n°03-41715.

⁵⁷³ Cour d'Appel de Rouen, 22 mai 2007, RG n°07-00028.

⁵⁷⁴ Cass. Soc. 5 mai 2009, n°07-43252.

⁵⁷⁵ Cour d'Appel de Lyon, 9 novembre 2007, RG n°07-01617, et rejet du pourvoi de l'employeur par Cass. Soc. 29 avril 2009, n°08-40175.



travail »⁵⁷⁶.

B. La modification des horaires : droit prospectif

183. Synthèse. Ecarté en cas de contractualisation expresse des horaires⁵⁷⁷, le pouvoir de modification des horaires de l'employeur est, dans le silence du contrat, étendu, tout en faisant l'objet de limites subtiles mais aussi, dans une large mesure, incertaines⁵⁷⁸. En bref, il est généralement considéré que si les horaires relèvent des « conditions de travail », en revanche leur *structure* est un élément du contrat de travail. Monsieur le Professeur Antoine Mazeaud considère ainsi que « de même qu'il existe un secteur géographique, on peut dire qu'il existe un secteur temps »⁵⁷⁹. Monsieur le Professeur Dockès relève pour sa part que, s'agissant des horaires de travail, « seules les grandes lignes sont contractuelles »⁵⁸⁰. Dans le même sens, Madame le Professeur Favennec-Héry écrit que « si l'horaire de travail est généralement une condition de travail, l'analyse juridique évolue dès lors que le changement de répartition de la durée du travail aggrave les conditions de vie du salarié ou modifie "substantiellement" son organisation personnelle »⁵⁸¹.

Est-ce bien cohérent ? Les règles appliquées au pouvoir patronal de modification des horaires peuvent à bien des égards faire l'effet d'une cote mal taillée, voire d'un mauvais compromis. En l'état, comme le souligne Madame Escande-Varniol, « l'employeur peut empiéter un peu mais pas trop sur les temps de vie personnelle du salarié »⁵⁸², ce qui paraît juridiquement peu rigoureux. La question peut donc se poser d'une évolution du régime de la modification des horaires de travail, dont l'articulation actuelle autour du

⁵⁷⁶ Cass. Soc. 23 janvier 2001, n°98-44843, Bull. Civ. V, n°19.

⁵⁷⁷ Voir supra, n°181 et s.

⁵⁷⁸ Voir supra, n°170 et s.

⁵⁷⁹ A. Mazeaud, « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », Dr. Soc. 2004, p. 77.

⁵⁸⁰ E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 4^e éd, 2009, p. 91.

⁵⁸¹ F. Favennec-Héry, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 2003, p. 459.

⁵⁸² M-C. Escande-Varniol, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail », Dr. Soc. 2002, p. 1064.



pouvoir unilatéral de l'employeur peut de surcroît paraître anachronique⁵⁸³. Trois pistes au moins pourraient être expérimentées.

184. *Cantonement du pouvoir de l'employeur aux horaires quotidiens.* Partant du constat que les modifications de l'horaire touchant à sa répartition hebdomadaire sont les modifications les plus importantes (les plus « substantielles »), et potentiellement les plus lourdes de conséquences pour le salarié, il pourrait être envisagé de réserver le pouvoir unilatéral de l'employeur aux seules modifications de l'horaire quotidien, toute modification de la répartition hebdomadaire requérant l'accord des parties⁵⁸⁴.

Une telle évolution préserverait une partie du pouvoir de l'employeur d'organiser le travail dans l'entreprise, tout en l'encadrant et en garantissant le salarié contre une réorganisation de sa semaine de travail. Elle ferait office de compromis entre la volonté de flexibilité de l'employeur et la volonté de stabilité du salarié. Mais en cela elle aurait aussi pour inconvénient de prolonger la logique actuelle qui a pour caractéristique de fixer au pouvoir de l'employeur un ensemble de limites assez floues et surtout assez arbitraires.

185. *Objectivation du pouvoir de l'employeur : référence à une habilitation contractuelle expresse.* Plutôt que de fixer des limites au champ du pouvoir de l'employeur, une autre possibilité serait d'imposer que ce pouvoir s'exerce dans le cadre

⁵⁸³ Cf en ce sens l'étude de M. Miné (« L'horaire de travail », Dr. Ouv. 2000, p.412). L'auteur rappelle, citant notamment les travaux de Monsieur Le Goff (« Pour un autre moyen-âge », Gallimard, 1977, spé. chap. « Le temps de travail dans la "crise" du XIVe siècle : du temps médiéval au temps moderne », p. 66 s.), que « l'histoire moderne montre que la fixation de l'horaire de travail a commencé à relever du seul pouvoir de l'employeur, dans l'Europe occidentale, à partir du XIVe siècle » et que « cette situation va clairement s'établir de manière dominante au XIXe siècle ». Il estime que la conception actuelle qui « marque une emprise quasi-absolue du pouvoir de l'employeur (...) apparaît historiquement datée. Elle est liée à l'horaire collectif de travail, à une époque où la vie de l'entreprise et la vie de la société étaient organisées autour des mêmes rythmes collectifs rigides et stables. Cette conception ne tient pas compte des évolutions qui ont eu lieu. La société d'aujourd'hui, dans son organisation temporelle, est fort différente de celle du XIXe siècle et de la première moitié du XXe siècle. Les temps sociaux se sont complexifiés et diversifiés ».

⁵⁸⁴ Voir en ce sens M. Morand, art. préc. : « Quant à la répartition du temps de travail, la jurisprudence est aujourd'hui pratiquement établie. Elle pourrait être appréhendée avec une vision plus protectrice des zones de vie personnelle des salariés. Le domaine des conditions de travail ne devrait concerner que la répartition journalière du temps de travail. Ainsi, toute modification ayant pour conséquence d'imposer l'exercice d'une activité un jour non habituellement travaillé par le salarié modifierait le contrat (...) ».



d'une clause du contrat le réglementant. Sur le modèle des dispositions applicables au travail à temps partiel, la modification de l'horaire ne serait possible que dans certains cas objectifs définis par la clause (remplacement d'un autre salarié absent...), et dans les limites également définies par elle (dont la loi pourrait éventuellement fixer les grandes lignes, afin d'éviter que les contrats ne puissent retenir un champ de variation trop extensif). Le pouvoir de l'employeur serait maintenu mais assorti d'une exigence de justification objective. Il s'exercerait dans le cadre de l'habilitation contractuelle dont il résulterait⁵⁸⁵. Un droit de refus du salarié pourrait être ménagé, comme c'est le cas en matière de temps partiel⁵⁸⁶. Une telle évolution aurait, de plus, pour mérite d'harmoniser les situations des salariés à temps plein et à temps partiel, dont l'actuelle différence de traitement peut sembler assez peu justifiée (spécialement entre un salarié à temps plein et un salarié à temps « très peu partiel »).

186. Exclusion de tout pouvoir unilatéral sur les horaires. Enfin, une troisième voie de réforme, la plus radicale mais également la plus convaincante, serait d'exclure tout pouvoir unilatéral de l'employeur en matière de modification des horaires de travail, tant hebdomadaires que quotidiens, et même en application d'une clause l'habilitant à exercer ce pouvoir. Si l'on admet que les horaires ont une nature nécessairement contractuelle⁵⁸⁷, et si l'on considère que tout changement de l'horaire quotidien, même minime⁵⁸⁸, porte atteinte à la force obligatoire du contrat et à la vie personnelle du salarié, des réserves peuvent en effet être émises quant au principe même du pouvoir de modification de l'employeur, même assorti de limites. Il pourrait donc être considéré que l'horaire de travail est un « élément du contrat de travail », comme l'avait un temps

⁵⁸⁵ A. Fabre, Le régime du pouvoir de l'employeur, Thèse, Paris X, 2006, p. 375.

⁵⁸⁶ Cf J-F. Paulin, art. préc : « l'encadrement des clauses, ou du pouvoir, pourrait être utilement complété par la reconnaissance d'une exigence générale de prévisibilité des rythmes de travail déjà à l'œuvre notamment au sein du dispositif juridique relatif au travail à temps partiel (...). Tout changement initié par l'employeur affectant l'emploi du temps libre du salarié devrait répondre à trois exigences plus particulières (...). Une exigence de justification (...). Un délai raisonnable (...). Le salarié doit plus généralement pouvoir opposer un refus légitime lorsque ses droits fondamentaux sont en cause ».

⁵⁸⁷ Voir supra, n°156 et s.

⁵⁸⁸ Comp., là encore, avec les règles appliquées à la rémunération : Cass. Soc 19 mai 1998, n°96-41573, Bull. Civ. V, n°265 ; Dr. Soc. 1998, p. 885, obs. G. Couturier.



envisagé et (brièvement⁵⁸⁹) voté le législateur⁵⁹⁰, et qu'en conséquence toute modification, même mineure, de l'horaire initial caractérise une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. Les prévisions contractuelles seraient ainsi respectées.

En ce sens, Monsieur Paulin considère que « l'insertion des horaires dans le champ du pouvoir plutôt que du contrat [lui] semble clairement indiquer le *prima* de l'intérêt de l'entreprise sur celui de la personne », et que « l'appartenance des horaires de travail, plus avant des rythmes de travail, au champ du contrat plutôt que du pouvoir s'impose afin de limiter l'indétermination des temps subordonnés »⁵⁹¹. Dans le même sens, Madame Escande-Varniol estime que « la mise en œuvre de l'actuelle distinction jurisprudentielle conjuguée avec le respect des droits fondamentaux du salarié, commande que les horaires soient par nature contractuels et que toute modification requière l'accord du salarié »⁵⁹². Monsieur le Professeur Miné relève également que « la conception selon laquelle l'horaire de travail appartient à la sphère des conditions de travail et n'est pas un élément du contrat de travail peut être critiquée », dans la mesure où elle « marque une emprise quasi-absolue du pouvoir de l'employeur » et où « le droit des obligations fournit plusieurs arguments pour inclure l'horaire de travail dans le "socle contractuel" »⁵⁹³. Enfin, Monsieur le Professeur Dockès considère que « ni la durée ni la répartition du temps de travail ne peuvent être, sans contradiction, des objets sur lesquels le pouvoir de l'employeur s'exerce »⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹ L'amendement avait été adopté avant d'être retiré plus tard dans la soirée lors d'un second vote demandé par la Ministre du travail.

⁵⁹⁰ JO Déb. AN 15 octobre 1999.

⁵⁹¹ J-F. Paulin, « Les temps soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.

⁵⁹² M-C. Escande-Varniol, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail », Dr. Soc. 2002, p. 1064.

⁵⁹³ M. Miné, « L'horaire de travail », Dr. Ouv. 2000, p. 412.

⁵⁹⁴ E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. Soc. 1997, p. 140.



III. La faculté négociée d'aménagement collectif des horaires

187. *Esprit des dispositifs.* L'organisation du temps de travail est un aspect fondamental de la gestion de l'entreprise en raison de la nécessité de son adéquation avec le volume d'activité. Les employeurs ont donc toujours⁵⁹⁵ été demandeurs de mécanismes leur permettant d'adapter le temps de travail aux variations de l'activité de l'entreprise⁵⁹⁶, sans qu'il leur soit nécessaire de recourir aux heures supplémentaires, jugées trop onéreuses. Il a alors été considéré qu'un vecteur de la flexibilité recherchée résidait dans le délaissement de la référence au cadre hebdomadaire pour l'appréciation du dépassement de la durée légale du travail. En ce sens, les mécanismes de la modulation⁵⁹⁷, du cycle⁵⁹⁸, du temps partiel annualisé⁵⁹⁹, de l'annualisation sous forme d'attribution de jours de réduction du temps de travail⁶⁰⁰, et désormais de la répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année⁶⁰¹, qui tient lieu de mécanisme unique sous réserve des accords collectifs déjà en vigueur, sont autant de moyens de sortir du cadre jugé « rigide » de la semaine. Leur mise en place aboutit à une répartition du temps de travail selon des semaines de travail d'intensité variable, les périodes de forte activité étant compensées par des périodes de plus faible activité, pour aboutir sur l'ensemble de la période considérée à une durée du travail *en moyenne* égale à trente-cinq heures par semaine⁶⁰².

Du point de vue hebdomadaire, l'effet premier de ces divers mécanismes collectifs

⁵⁹⁵ Depuis l'institution d'une durée légale impérative.

⁵⁹⁶ Cf M. Morand, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », RJS 2008, p. 955.

⁵⁹⁷ C. trav. art. L 212-8, devenu L 3122-9, abrogé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁵⁹⁸ C. trav. art. L 212-7-1, devenu L 3122-2, abrogé par la loi du 20 août 2008 .

⁵⁹⁹ Mis en place par la loi du 20 décembre 1993 et abrogé par la loi du 19 janvier 2000. Voir sur ce point : F. Favennec-Héry, « Le travail à temps partiel », Dr. Soc. 1994, p. 165 ; G. Bélier, « le travail à temps partiel annuel : un nouveau pas vers "l'indétermination" dans le contrat de travail », Dr. Soc. 1994 p. 176.

⁶⁰⁰ C. trav. art. L 212-9, devenu L 3122-6, abrogé par la loi du 20 août 2008 .

⁶⁰¹ C. trav. art. L 3122-1 à L 3122-5.

⁶⁰² La semaine reste le cadre de référence en matière d'organisation du temps de travail, comme le décide toujours l'article L 3121-10 du Code du travail (« La durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaine civile »).



d'aménagement des horaires de travail est donc d'instituer une variation de la durée du travail (qui ne reste inchangée qu'appréhendée sur l'ensemble de la période). Mais si la durée du travail est le premier objet de variation, les horaires hebdomadaires en sont, par voie de conséquence et parce qu'ils sont intrinsèquement dépendants du volume horaire de travail à effectuer, le second. L'horaire hebdomadaire de travail ne peut pas être connu tant que la durée hebdomadaire est inconnue.

188. En théorie : la possible détermination des horaires de travail. Dans ce cadre, peut-on imaginer une détermination des horaires hebdomadaires et quotidiens de travail dès la conclusion du contrat, parallèlement à l'application d'un tel dispositif d'aménagement, ou ces deux notions sont-elles radicalement antinomiques ? En eux-mêmes, les divers dispositifs d'aménagement des horaires ne sont pas inconciliables avec la détermination des horaires dans le contrat de travail initial. Celle-ci est concevable même lorsqu'un tel dispositif s'applique, qu'il s'agisse du cycle (qui a vocation à être répétitif, donc est apte à une détermination des horaires) ou de l'attribution de jours de réduction du temps de travail (qui ne postule pas la variation des horaires), mais également dans le cadre d'une modulation⁶⁰³ ou du mécanisme de répartition issu de la loi de 2008. Dans le cadre de ces deux derniers dispositifs, une telle détermination suppose cependant deux conditions :

- d'une part, l'accord collectif instituant le dispositif doit maintenir une référence à la semaine (qui, en tant que seul cadre temporel à toujours se répéter à l'identique, est indispensable à la détermination des horaires pour l'ensemble de la relation de travail) et définir de manière précise la durée du travail appliquée au cours de chacune des semaines de la période de référence et les horaires associés ;
- d'autre part, les prévisions de l'accord doivent avoir vocation à s'appliquer de manière identique à toutes les périodes de référence successives (sur le modèle

⁶⁰³ Cf en ce sens E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. Soc. 1997, p. 140, spéc. p. 147-149.



du cycle), dans la mesure où une redéfinition à l'occasion de chaque changement de période ferait obstacle à la connaissance des horaires lors de la conclusion du contrat. Cette identité des périodes semble conforme à l'esprit des dispositions légales relatives à la modulation, qui prévoyaient que « *la convention ou l'accord collectif fixe le programme indicatif de la répartition de la durée du travail* »⁶⁰⁴. Le programme indicatif, fixé dans l'accord collectif initial, devait donc avoir vocation à s'appliquer à toutes les périodes de référence successives.

A ces conditions, la détermination des horaires dans le contrat de travail et pour l'ensemble de la relation de travail est concevable. Par exemple, un accord instituant une répartition sur l'année peut retenir les prévisions suivantes : chaque année, pour les semaines 1 à 5, 40 heures de travail réparties sur 5 jours, du lundi au vendredi, selon l'horaire 8 heures – midi et 14 heures – 18 heures ; pour les semaines 6 à 9, 28 heures de travail réparties sur 4 jours, du lundi au jeudi, selon l'horaire 8 heures – midi et 14 heures – 17 heures, etc. Dans ces conditions, le salarié contracte en connaissance de ses horaires de travail hebdomadaires et quotidiens, pour chacune des semaines composant la période de référence (même lorsque cette période est l'année), et pour chacune des périodes de référence composant la relation de travail. Dès lors que chaque période de référence successive est organisée selon le même rythme, les horaires sont déterminés dès la conclusion du contrat de travail. Au-delà, il est possible de prévoir une modification d'un commun accord des horaires en cours de période (liée ou non à une modification de la durée hebdomadaire), de sorte que la modification jugée nécessaire par l'une des parties et acceptée par l'autre ne porte pas atteinte aux prévisions contractuelles.

189. En pratique : l'insuffisante prévisibilité des horaires de travail dans le cadre de la modulation. Cependant, en pratique, si l'on se réfère aux dispositifs de modulation en vigueur, il apparaît que les accords collectifs conclus n'assurent qu'une prévisibilité limitée de la durée et des horaires de travail, ce qui au demeurant ne peut pas étonner dans la mesure où la recherche de flexibilité est de l'essence même de ces mécanismes

⁶⁰⁴ C. trav. art. L 3122-11.



d'aménagement⁶⁰⁵, au contraire de la recherche de visibilité et de stabilité.

De manière générale, aux termes des accords conclus, il revient à l'employeur de définir avant le début de la période de référence la répartition (« indicative », donc susceptible de modification) de la durée du travail entre les semaines composant la période⁶⁰⁶. Cet abandon à l'employeur du pouvoir de définition de la répartition de la durée du travail caractérise en soi une liberté prise avec la lettre de l'ancien article L 3122-11, qui prévoit que c'est à la convention ou à l'accord collectif (et non à l'employeur) qu'il revient de fixer le programme indicatif de la répartition de la durée du travail.

S'agissant des horaires, selon les accords, il revient à l'employeur, soit de les fixer pour l'ensemble de la période et de les communiquer aux salariés avant le début de la période⁶⁰⁷, soit de les fixer progressivement en cours de période et de les communiquer aux salariés au fur et à mesure de leur élaboration⁶⁰⁸.

La fixation progressive des horaires est l'exact opposé de leur détermination. Quant à leur fixation en début de période, si elle permet une certaine visibilité des rythmes de

⁶⁰⁵ Voir supra, n°187.

⁶⁰⁶ Voir notamment les dispositions des conventions collectives nationales du sport ou encore des avocats et de leurs personnels, citées ci-dessous.

⁶⁰⁷ Ainsi, à titre d'exemple, la convention collective nationale du sport prévoit que « Un programme annuel devra être établi par l'employeur pour la période [annuelle]. Les programmes annuels indicatifs de travail **et les horaires hebdomadaires indicatifs correspondants** seront définis et communiqués par l'employeur, après consultation des représentants du personnel s'ils existent, un mois avant leur application. Les horaires individualisés de travail pourront être modifiés en cours de modulation sous réserve d'un délai de prévenance de 7 jours » (article 5.3.2.2 de l'avenant n° 16 du 5 juillet 2007). La convention collective nationale des Sociétés d'Autoroute prévoit que « Les accords d'entreprise (...) définissent (...) les **conditions d'établissement, en début d'année, d'un horaire affiché de référence**. Cet horaire affiché peut comprendre des horaires hebdomadaires différents d'une semaine à l'autre dans le cadre d'un tableau de service. La durée maximum de la modulation est l'année civile » (article 2 de l'accord du 24 juin 1999, non étendu).

⁶⁰⁸ Ainsi, à titre d'exemple, la convention collective nationale des vétérinaires praticiens salariés prévoit l'institution d'une « programmation indicative mensuelle, trimestrielle, semestrielle ou annuelle, définissant les périodes de haute et de basse activité. Les salariés en sont informés individuellement par écrit un mois avant son application. **Les horaires de travail et leur répartition font l'objet d'une note écrite remise aux salariés tous les mois au moins 7 jours calendaires à l'avance** » (avenant n°2 du 17 avril 2007). La convention collective nationale des avocats et de leur personnel est imprécise et prévoit simplement que « Le **programme indicatif** est fixé par l'employeur sur l'année ou le semestre. Il est communiqué aux salariés au plus tard 14 jours calendaires avant le début de la période » (article 4.5 de l'avenant n°57 du 25 juin 1999).



travail à l'échelle de la période à venir, celle-ci est limitée d'une part par la faculté généralement réservée à l'employeur de modifier unilatéralement les rythmes de travail en cours de période (sous réserve d'un bref préavis) et d'autre part (et surtout) par la redéfinition des durées et horaires hebdomadaires avant chaque nouvelle période. Ces modalités font obstacle à la détermination des horaires dès la conclusion du contrat et pour l'ensemble de la relation de travail ; en cours d'exécution du contrat de travail, elles placent le salarié dans une situation d'incertitude permanente quant à ces rythmes de travail, ce qui lui est préjudiciable et peut également être source de tensions⁶⁰⁹.

190. Une incertitude : le devenir de la loi du 20 août 2008. Le mécanisme instauré par la loi du 20 août 2008, qui abroge et remplace les dispositifs antérieurs, s'apparente dans une large mesure à la modulation dont il reprend le fonctionnement. Il s'en distingue cependant quant aux garanties dont il est assorti, ou plutôt dont il n'est pas assorti⁶¹⁰. Aux termes de l'article L 3122-2 du Code du travail, l'accord d'entreprise qui institue un tel dispositif doit prévoir notamment « les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail » ; mais il n'est pas prévu qu'un « programme indicatif » de la répartition de la durée du travail doive être fixé⁶¹¹ comme en matière de modulation.

A l'extrême, l'accord pourrait donc se borner à fixer un horaire hebdomadaire moyen (par exemple, mais pas nécessairement, égal à 35 heures) et à habiliter l'employeur à

⁶⁰⁹ Ainsi, en février 2010, pour expliquer le mouvement de grève qui touchait l'entreprise, un salarié de la société Ikea pointait du doigt le dispositif de modulation en vigueur, et affirmait : « Le problème, c'est qu'aujourd'hui, le système est à l'avantage exclusif de l'employeur, qui en abuse pour éviter d'embaucher. Quand de grosses journées sont prévues, on n'embauche pas de renforts, on démodule les salariés. Nous avons perdu 10 % de notre masse salariale l'année dernière avec l'arrêt des CDD et du recours à l'interim. On demande aux CDI de compenser en travaillant plus, ce qui met tout le monde sous tension. Et nous ne sommes pas maîtres du choix de nos jours de repos compensatoires ! C'est décidé unilatéralement par la direction, quand ça les arrange. Ils ont trop tiré sur la corde de la flexibilité, les gens n'en peuvent plus." (Le Monde du 17 février 2010, « des salariés d'Ikea démontent le mythe », A. Leclerc).

⁶¹⁰ Cf En ce sens, M-P. Iturrioz : « les "gardes-fous" qui limitaient les recours à la modulation ont quasiment disparu avec la nouvelle loi (...). Comment ne pas s'indigner d'une loi qui a comme conséquences de faire voler en éclat les garanties -pourtant bien limitées- dont bénéficiaient les salariés lors de la mise en place d'un dispositif de modulation du temps de travail ? » (M-P. Iturrioz, Dr. Ouv. 2010, p. 60).

⁶¹¹ En revanche, la définition d'un tel programme indicatif s'impose lorsque la variation de la durée du travail est mise en œuvre par l'employeur en l'absence d'accord collectif, en application des articles D 3122-7-1 et suivants.



faire varier chaque semaine l'horaire de travail dans des proportions très larges (dont rien n'interdit qu'elles puissent atteindre l'écart 0 heures – 48 heures), tout en n'informant les salariés que tardivement (en début de mois, voire de semaine)⁶¹². Dans une telle hypothèse, le salarié serait amené à « découvrir » chaque semaine la durée et les horaires de travail qui seraient les siens au cours des semaines (voire *de la* semaine) suivantes, qui pourraient varier dans des proportions très étendues. Dans cette situation, il y aurait lieu de s'interroger sur l'application (mais avec quelle sanction ?) aux salariés concernés de la règle jurisprudentielle énoncée à l'égard des salariés à temps partiel selon laquelle la variation de leurs horaires ne doit pas les conduire à devoir « se tenir constamment à la disposition de leur employeur »⁶¹³.

Il reste que la mise en place du mécanisme suppose la conclusion d'un accord collectif⁶¹⁴. Du point de vue syndical, deux positions sont concevables. La première consiste à refuser purement et simplement la signature de tout accord et à exiger le maintien d'une organisation du temps de travail dans le cadre hebdomadaire. La seconde consiste à accepter de négocier un accord mais en veillant à l'assortir de garanties de stabilité pour les salariés. Au titre de ces garanties, il sera utile d'instituer des limites raisonnables, tant minimales que maximales, de variation hebdomadaire. Il sera également souhaitable de définir dans l'accord même (et non de laisser ce point à la discrétion de l'employeur) un programme de variation applicable aux périodes de référence successives (spécialement lorsque la variation est organisée dans le cadre d'une période de référence courte, afin d'éviter une redéfinition trop fréquente de ce programme), prévoyant non seulement la durée du travail appliquée chaque semaine mais également les horaires associés. Si les parties entendent réserver une possibilité de modification de ces prévisions, il pourra également être institué des mesures d'objectivation de cette modification (définition des situations autorisant la modification, étendue de la

⁶¹² Cf M. Morand, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », RJS 2008, p. 955.

⁶¹³ Cass. Soc. 12 novembre 1997, n°95-41746, Bull. Civ. V, n° 362 ; Cass. Soc. 25 février 2004, n°01-46394, Bull. Civ. V, n°63 ; Cass. Soc. 12 juillet 2005, n°03-45394, Bull. Civ. V, n°244 ; Dr. Soc. 2005, 1045, obs. J. Savatier ; Cass. Soc. 16 mai 2007, n°05-4083 ; Cass. Soc. 8 avril 2009, n°07-44267 ;

⁶¹⁴ Sous réserve du régime réglementaire issu des articles D 3122-7-1 et suivants du Code du travail, qui autorise la mise en œuvre unilatérale par l'employeur d'une variation quadri-hebdomadaire assortie d'un seuil de déclenchement hebdomadaire des heures supplémentaires fixé à 39 heures.



modification possible, droit au refus du salarié...). En toute hypothèse, pour plus de clarté, il pourra être rappelé les principes⁶¹⁵ d'impossibilité d'imposer le mécanisme nouveau aux salariés dont la conclusion du contrat de travail est antérieure à l'entrée en vigueur de l'accord⁶¹⁶ (puisque le passage d'un horaire fixe à un horaire variable caractérise une modification du contrat de travail qui requiert l'accord individuel des salariés concernés⁶¹⁷) et d'absence, dans l'hypothèse d'un refus, de « motif de licenciement sui generis »⁶¹⁸ tel que celui institué par l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000.

Section 3. Les contours géographiques de la sphère de subordination

191. Frontière géographique de la sphère de subordination que le salarié s'oblige à respecter, le lieu de travail a une nature contractuelle (Sous-section 1) que la jurisprudence reconnaît sans en tirer les conséquences (Sous-section 2).

Sous-section 1. Reconnaissance de la nature contractuelle du lieu de travail

192. La nature contractuelle du lieu de travail résulte non seulement de ce qu'il participe de l'objet de l'obligation du salarié (§1) mais également de ce qu'il fait nécessairement l'objet d'un accord de volontés entre les parties (§2).

§1. Le lieu de travail, composante de l'objet de l'obligation du salarié

193. Le lieu de travail, « zone d'influence » de l'employeur et domaine géographique

⁶¹⁵ Qui posent la question plus générale de la capacité -et de la légitimité- de l'accord collectif, en tant qu'outil d'organisation collective du travail et d'harmonisation des situations individuelles, à modifier le contrat de travail.

⁶¹⁶ Cf. Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°07-44712 ; Cass. Soc. 28 septembre 2010, n°08-43161, Sem. Soc. Lamy 2010, n°1464, p. 10, note F. Favennec-héry (« Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ») ; Sem. Soc. Lamy 2010, n°1472, p. 12, note P. Florès ; JCP S 2010, 1466, note M. Morand ; RJS 2010, n°939.

⁶¹⁷ Voir supra, n°173.

⁶¹⁸ P. Morvan, JCP S, 2010, 1056.



de l'obligation de subordination du salarié. L'obligation d'obéissance du salarié envers son employeur ne vaut qu'« au temps et au lieu » du travail⁶¹⁹. Le lieu de travail marque en effet la zone d'influence de l'employeur sur le salarié ; il est le lieu d'exercice de son pouvoir contractuel de direction et le champ d'application du règlement intérieur. Comme le relève Monsieur le Professeur Mousseron, « passer la porte de l'entreprise, c'est, pour le salarié, changer de monde et endosser son lien de subordination. Pour l'employeur, les choses sont tout aussi claires : il se conçoit et se veut maître chez lui »⁶²⁰. En cela, le lieu de travail peut être considéré comme « l'aire d'autorité » de l'employeur et le « territoire de la subordination »⁶²¹. A l'inverse, hors du lieu de travail employeur et salarié redeviennent des citoyens ordinaires ; il n'y a plus d'emprise de l'un sur l'autre. Ainsi, de même que les horaires de travail en fixent la frontière temporelle⁶²², le lieu de travail trace la frontière géographique de la sphère de subordination⁶²³. Autonome hors de l'entreprise, le salarié (n') est subordonné (qu') en son sein.

Par ailleurs, sur le lieu de travail, le salarié se conforme non seulement aux ordres professionnels de l'employeur mais également aux spécificités des locaux et aux sujétions qu'elles peuvent impliquer : mesures de sécurité, surveillance vidéo⁶²⁴, restrictions de la liberté d'aller et venir tenant à des interdictions d'accès, interdiction d'introduire dans l'entreprise certains objets ou produits... Le lieu de travail est en lui-même porteur de règles de conduite qui s'imposent au salarié. Il est créateur de sujétions.

Le lieu de travail façonne ainsi la sphère de subordination que le salarié consent à créer

⁶¹⁹ Cf J.-Y. Frouin, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP S 2010, 1087, qui rappelle que « hors le temps et le lieu de travail, hors l'exécution de la prestation de travail, le salarié n'est plus sous la subordination de l'employeur ».

⁶²⁰ P.-H. Mousseron, « Le lieu de travail, territoire de l'entreprise », Dr. Soc. 2007, p. 1110.

⁶²¹ P.-H. Mousseron, art. préc.

⁶²² Supra, n°156 et s.

⁶²³ Cf en ce sens M.-C. Escande-Varniol, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », Dr. Soc. 2002, p. 1064.

⁶²⁴ Sur la question de la vidéosurveillance et de sa licéité douteuse, voir l'étude de M. Grévy : « Vidéosurveillance des salariés dans l'entreprise : une atteinte par nature disproportionnée aux droits de la personne », Dr. Ouv. 2010, p. 81 ; voir également infra, n°267.



et intégrer et qu'il s'engage à respecter dans le cadre de sa prestation de travail⁶²⁵. Il est en cela un aspect constitutif de l'objet de l'obligation contractuelle de subordination du salarié. Il contribue à définir et identifier la prestation subordonnée de travail due par le salarié. Sa détermination s'impose donc lors de la conclusion du contrat de travail.

194. Par ailleurs, le lieu de travail est un élément déterminant du consentement des parties.

§2. Le systématique accord de volontés sur le lieu de travail

195. *Un élément déterminant du consentement du salarié.* Le lieu de travail, notamment au regard de son éloignement du domicile, est un élément déterminant du consentement du salarié lors de la conclusion du contrat. S'il n'emporte pas à lui seul sa décision, il est l'un des aspects⁶²⁶ constitutifs de la sphère de subordination dont la globalité décide de l'expression ou non de son consentement⁶²⁷.

Dès le stade des recherches d'emploi, il se peut que le salarié définisse plus ou moins consciemment une zone au-delà de laquelle il ne souhaite pas travailler. Lors de la proposition concrète d'un emploi, il apprécie l'opportunité de contracter au regard notamment de l'éloignement géographique entre le lieu de travail prévu et son domicile, et des conséquences de cet éloignement en termes de temps de trajet, qui reste un temps de non travail⁶²⁸ ou, autrement dit, un temps « perdu » caractérisant une contrainte qui empiète sur sa vie personnelle, en termes de pénibilité du trajet et de modes de

⁶²⁵ Supra, n°62 et s.

⁶²⁶ Voir supra, n°63.

⁶²⁷ En ce sens, J. Pélissier, « La détermination des éléments du contrat de travail », Dr. Ouv. 2005, p. 92, spéc. p. 96. En ce sens également, P. Moussy et F. Samarito, Dr. Ouv. 2003, p. 528 : « le concept de clause essentielle d'un contrat correspond dans notre droit civil, de façon classique aux clauses dont l'existence a entraîné le consentement du contractant. En leur absence, il n'aurait pas donné celui-ci. Il est évident qu'il en est ainsi en ce qui concerne les salariés du lieu du travail en raison de l'incidence que celui-ci peut avoir sur le déroulement de la vie personnelle ».

⁶²⁸ Cass. Soc. 5 novembre 2003, n°01-43109, Bull. Civ. V, n°275 ; Cass. Soc. 2 juin 2004, n°02-42613 ; Cass. Soc. 13 décembre 2006, n°04-45542 ; Cass. Soc. 17 octobre 2007, n°06-41053 ; Cass. Soc. 12 mars 2009, n°07-45715 ; Cass. Soc. 21 janvier 2009, n°06-45509 ; sur le statut du temps de trajet entre domicile et lieu de travail, voir supra, n°123 et s.



transports disponibles, et enfin de coût du trajet qui reste à sa charge et qui peut atteindre un niveau significatif. Il se peut à l'inverse que le salarié décide de déménager pour occuper un domicile choisi en fonction de son lieu de travail ; dans ce cas, le lieu de travail est également déterminant du consentement puisque le salarié adapte son mode de vie et prend des décisions importantes en fonction de sa localisation. Dans tous les cas, le lieu de travail est un élément essentiel du consentement du salarié lors de la conclusion du contrat.

196. *Un élément nécessairement pris en compte par l'employeur.* S'agissant de l'employeur, le lieu de travail est nécessairement pris en compte dans l'expression de son consentement. Il a décidé du lieu de travail et conclu des contrats qui tiennent compte de cette décision. Si sa prise en compte du lieu de travail peut être inconsciente elle est néanmoins réelle, dans la mesure où il ne contracterait pas si le salarié entendait contester le lieu de travail retenu. L'acceptation par le salarié du lieu de travail qu'il a défini est un élément indispensable au consentement de l'employeur à la conclusion du contrat.

197. *L'accord de volontés.* Le salarié comme l'employeur contractent en tenant compte du lieu de travail fixé de sorte que leur accord de volontés, qui marque la conclusion du contrat, porte nécessairement sur le lieu de travail. En ce sens, le lieu de travail est un « élément contractuel » puisqu'il a fait l'objet d'un accord de volontés.

198. Le lieu de travail est un élément contractuel, tant objectivement en ce qu'il relève de l'objet de l'obligation du salarié que subjectivement en ce qu'il fait l'objet d'une rencontre des consentements. Sa détermination⁶²⁹ et sa force obligatoire⁶³⁰ s'imposent donc.

La jurisprudence reconnaît le caractère contractuel du lieu de travail. Elle retient cependant une acception particulière du lieu de travail et tolère un certain nombre

⁶²⁹ C. civ. art. 1129.

⁶³⁰ C. civ. art. 1134.



d'atteintes à son intangibilité.

Sous-section 2. Atteintes à la nature contractuelle du lieu de travail

199. Le lieu de travail, peut-être parce qu'à son égard « le contrôle de la Cour de cassation est le plus difficile à exercer »⁶³¹, est sûrement l'élément contractuel le plus malmené par la jurisprudence. En premier lieu, la Cour de cassation opère une véritable dénaturation de la volonté des parties à travers la notion de « secteur géographique » (§1). En deuxième lieu, elle autorise des changements temporaires, mais conséquents, de lieu de travail, dont elle n'assure qu'un encadrement incertain (§2). Enfin, en troisième lieu, au prix d'une exception que rien ne justifie au principe de nullité des clauses de variation⁶³², elle admet la validité des clauses de mobilité géographique (§3).

§1. Le « secteur géographique »

200. Dans la rigueur des principes, le lieu de travail mentionné au contrat, ou dans le silence du contrat écrit, s'agissant d'un élément objectivement contractuel, le lieu de travail effectivement retenu en pratique, doit être considéré comme le lieu contractuellement convenu, qui s'impose au cours de la relation de travail et qui ne peut être modifié que d'un commun accord. Pourtant, la jurisprudence s'autorise à substituer un « secteur géographique » au lieu de travail précis prévu par les parties (I), et à écarter les mentions écrites du contrat relatives au lieu de travail, au motif que celles-ci ne seraient qu'« informatives » (II). Il en résulte une double dénaturation du contrat.

I. La substitution d'un « secteur géographique » au lieu précis défini par le contrat, première dénaturation de la volonté des parties

201. La Cour de cassation pose en principe depuis 1998 que le lieu de travail, qu'il

⁶³¹ P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383.

⁶³² Sur la nullité des clauses de variation, voir infra n°298 et s.



résulte de l'instrumentum du contrat ou de la pratique suivie depuis sa conclusion, s'entend d'un « secteur géographique » correspondant à un certain périmètre autour du lieu de travail⁶³³. En conséquence, la modification du lieu de travail serait conforme aux prévisions contractuelles dès lors que le nouveau lieu est situé dans le même « secteur géographique » que l'ancien ; seules les « conditions de travail », décidément bien malléables, seraient affectées. Seul le changement de « secteur géographique » caractériserait une modification du contrat de travail supposant le commun accord des parties.

202. Extrapolation de la volonté des parties. Il faudrait donc considérer qu'en s'accordant sur un lieu précis (une ville, ou même une adresse complète) de travail lors de la conclusion du contrat, les parties n'auraient entendu viser ce lieu qu'en tant que point central d'un « secteur » bien plus large au sein duquel tout lieu peut être considéré comme un lieu de travail potentiel. Le lieu de travail s'entendrait d'une infinité de points dans un périmètre plus ou moins identifié⁶³⁴, et surtout, les parties auraient convenu de cette infinité de lieux de travail potentiels. Autant dire que l'interprétation de la commune intention des parties qu'opère le juge est pour le moins créative... Et que les parties auront de quoi être surprises de découvrir les tréfonds de leur volonté ainsi dévoilés par le juge. Ainsi, le salarié ayant convenu de travailler à telle adresse précise dans telle rue de tel arrondissement de Paris, apprendra avec intérêt qu'en réalité, il avait nécessairement souhaité dans le même temps prévoir que ce lieu de travail pourrait à tout moment être déplacé sans son accord vers n'importe quel point de la ville de Paris ou d'une large part de l'île de France, de Créteil à Cergy en passant par Bobigny ou encore Versailles, peu important les conséquences en termes de temps de trajet. De même, le salarié ne pourra s'en prendre qu'à lui-même s'il n'avait pas réalisé qu'en convenant d'un poste à Calais, son subconscient désignait également Dunkerque...

⁶³³ Cass. Soc. 16 décembre 1998, n°96-40227, Bull. Civ. V, n°558 ; RJS 1999, n°157 ; le principe était pressenti depuis un précédent arrêt (Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°96-40757, Bull. Civ. V, n°431 ; RJS 1999 n°8) qui n'avait cependant pas expressément fait référence à la notion de « secteur géographique » ; il a été réaffirmé rapidement (Cass. Soc. 4 mai 1999, n°97-40576, Bull. Civ. V, n°186 ; RJS 1999, n°792 ; Dr. Soc. 1999, p. 737, obs. J.- E. Ray ; GADT 4^e ed, 2008).

⁶³⁴ Voir infra, n°203



Cette interprétation relève de la fiction. La jurisprudence extrapole la volonté des parties dans des proportions telles qu'elle la dénature. Le juge s'affranchit des termes clairs du contrat à partir desquels les parties ont exprimé leur consentement pour s'en ériger en véritable co-auteur. Les parties se voient imputer la contractualisation d'un lieu de travail conçu comme un « secteur géographique » qu'elles n'ont jamais envisagé.

203. Le forçage du contrat et de la volonté des parties est d'autant plus grave que personne ne sait ce que recouvre précisément la notion de « secteur géographique ». Ni circonscription administrative telle que le département, l'agglomération ou la communauté d'agglomération, ni « bassin d'emploi »⁶³⁵ ou « zone d'emploi » au sens que lui donne l'INSEE⁶³⁶, le « secteur géographique » ne fait l'objet d'aucune définition. Il revient au juge d'apprécier au cas par cas, mais « de manière objective », c'est-à-dire en considération de la distance entre les deux lieux de travail successifs, indépendamment du domicile du salarié⁶³⁷, si le changement de lieu de travail dont la validité est discutée

⁶³⁵ Voir toutefois Cass. Soc. 26 janvier 2011, n°09-40284, qui se réfère à la notion de « bassin d'emploi ».

⁶³⁶ « Espace à l'intérieur duquel la plupart des actifs résident et travaillent » : définition disponible sur <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/zone-emploi.htm>

⁶³⁷ Cass. Soc. 4 mai 1999, n°97-40576, Bull. Civ. V, n°186 ; RJS 1999, n°792 ; Dr. Soc. 1999, p. 737, obs. J-E. Ray ; GADT 4^e ed, 2008. Dans les faits à l'origine de l'arrêt, la Cour d'Appel avait jugé que le refus du salarié d'une mutation de Versailles à Chartres justifiait son licenciement car ce changement de lieu de travail n'aurait augmenté la durée du trajet quotidien que d'environ une demi-heure. La Cour de cassation censure le raisonnement : le secteur géographique s'apprécie de manière objective, et il revenait à la Cour d'Appel d'apprécier si Chartres se trouvait dans un « secteur géographique » distinct de Versailles. Bien qu'en l'espèce elle ait servi le salarié, la règle revêt dans l'absolu un caractère socialement choquant (la situation du salarié, premier intéressé par le changement, n'est pas prise en compte ; or, comme le relève Monsieur le Professeur Pélissier, « le contrat de travail est pourtant un contrat individuel et non pas un contrat collectif. Il doit normalement être interprété eu égard à la situation des contractants » : J. Pélissier, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 101 s.), et la méthode est sûrement trop rigide : le changement de lieu de travail peut jouer sur un nombre limité de kilomètres (donc au sein d'un même « secteur géographique ») tout en ayant des conséquences lourdes sur le temps de trajet, spécialement lorsque celui-ci suppose le recours aux transports en commun ou l'emprunt de routes à fort degré de circulation (sur ce point voir notamment Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°96-40757, Bull. Civ. V, n°431 ; RJS 1999, n°8, admettant le licenciement d'un salarié ayant refusé sa mutation de Malakoff à Courbevoie : le « secteur géographique », expressément désigné par la Cour de cassation comme correspondant à la « région parisienne », était inchangé, peu important que le temps de trajet quotidien de la salariée concernée passe de 20 minutes à 3 heures !). A l'inverse, comme le souligne Monsieur Morand (« Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP E 2003, 704), « si le déménagement de l'entreprise hors du "secteur" a pour conséquence d'implanter celle-ci dans l'agglomération du domicile du salarié, ce rapprochement du lieu de travail devrait être soumis au consentement du salarié ! ». Tout cela est peu cohérent : plus que le nombre « brut » de kilomètres séparant les lieux de travail successifs, ce sont les conséquences du changement en termes de temps et de pénibilité de trajet qui devraient être prises en



devant lui s'est opéré au sein du même « secteur géographique » ou non. Il ressort de l'étude de la jurisprudence que le « secteur géographique » semble s'entendre d'un rayon d'une cinquantaine de kilomètres autour du lieu de travail initial⁶³⁸ ; mais ce chiffre est approximatif et aucune limite stricte n'existe. Déterminer le périmètre exact du « secteur géographique » relève de la divination. Le « secteur géographique » est un concept flou, nébuleux, dont « personne ne connaît la configuration »⁶³⁹ ; ses « contours [sont] nécessairement imprécis », et il a pu être relevé à son égard que règne « une sorte d'impressionnisme »⁶⁴⁰ et qu'il trouve sa place « au sein des notions "mystérieuses" du droit du travail⁶⁴¹.

La fiction devient alors véritable mascarade. Comment peut-on sérieusement feindre d'imputer aux parties un accord sur un « secteur géographique » dont ni elles, ni personne, ne connaît l'étendue exacte ? Comme le relève Monsieur le Professeur

compte (le juge est parfois influencé par ces considérations : voir Cass. Soc. 3 juin 2009, n°08-41041, qui admet le licenciement motivé par le refus de rejoindre le nouveau lieu de travail dont la Cour d'Appel avait relevé qu'il se trouvait dans le même « secteur géographique » que le précédent et faisait l'objet de « possibilité de desserte par les transports publics » ; voir également Cass. Soc. 27 septembre 2006, n°04-47005, qui relève, s'agissant d'un changement de lieu de travail d'un point à un autre de l'île de la Réunion, que les deux sites faisaient l'objet d'une « liaison par une route expresse » ; voir surtout Cass. Soc. 26 janvier 2011, n°09-40284, qui dit justifié le refus de la salariée de rejoindre le nouveau lieu de travail, distant de 24 kilomètres, dans la mesure où « le temps de trajet, au moyen de transports en commun, était allongé de près de cinq heures par jour en raison de l'absence d'une desserte suffisante »). et dans le même sens, Cass. Soc. 25 juin 2004, n°01-44707, approuvant la Cour d'appel de Paris d'avoir jugé que constitue une modification du contrat le transfert du lieu de travail du 9^e arrondissement de Paris vers Roissy (environ 25 kilomètres), compte- tenu des conditions de « desserte en moyens de transports de chacun des sites litigieux ».

⁶³⁸ Ont ainsi été considérés comme opérés au sein du même « secteur géographique » les changements de lieu de travail suivants : changement de Paris à Créteil, soit environ **15 kilomètres** (Cass. Soc. 25 mars 1998 n°96-41519) ; Changement de Colmar à Ensisheim, soit « une **vingtaine de kilomètres** » (Cass. Soc. 3 juin 2009, n°08-41041) ; Changement de « Sainte-Clotilde, dans la proche banlieue de Saint-Denis de la Réunion, au Port distant de **25 kilomètres** » (Cass. Soc. 27 septembre 2006, n°04-47005) ; Changement de « Beauvais à Gournay en Brais (...) distant **d'une trentaine de kilomètres** de l'ancien lieu de travail » (Cass. Soc. 28 novembre 2007, n°06-45130) ; Changement de Orly à Roissy, soit **environ 40 kilomètres** (Cass. Soc. 28 avril 2011, n°09-42760) ; Changement de la commune de Sérifontaine (60) à Cergy-Pontoise, soit « **43 kilomètres** » (Cass. Soc. 28 avril 2011, n°09-69514) ; Changement de Frevent à Camon dans la banlieue de Amiens, soit « une **cinquantaine de kilomètres** » (Cass. Soc. 16 septembre 2009 n°08-41676) ; A l'inverse, ont été considérés comme opérés au sein de « secteurs géographiques » différents les changements de lieu de travail suivants : changement de Carcassonne à Narbonne « séparées de **60 kilomètres** » selon le pourvoi de l'employeur (Cass. Soc. 22 septembre 2009, n°08-43649) ; Changement de Versailles à Chartres, soit environ **80 kilomètres** (Cass. Soc. 4 mai 1999, prec.) ; Changement de Montpellier à Chartres, soit **700 kilomètres** (Cass. Soc. 10 décembre 2008, n°07-42940).

⁶³⁹ J. Pélissier, « La détermination des éléments du contrat de travail », Dr. Ouv. 2005, p. 92.

⁶⁴⁰ P-H. Antonmattei, « Les éléments du contrat de travail », Dr. Soc. 1999 p. 330.

⁶⁴¹ F. Canut, « Le secteur géographique », Dr. Soc. 2011, p. 923.



Pélessier⁶⁴², « la Cour de cassation substitue à la volonté des parties un consentement supposé sur un élément dont aucune des parties ne connaît le contenu », ce qui revient à « adopter une conception qui voisine avec la négation du droit contractuel ». Par souci de ménager au juge une marge d'appréciation et d'appliquer l'idée rappelée par Monsieur le doyen Waquet selon laquelle « l'essentiel est d'admettre que les salariés sont tenus à une certaine mobilité »⁶⁴³ (mais pourquoi l'admettre ? Salariat et mobilité ne sont pas indissociables⁶⁴⁴), la Cour de cassation s'approprie, pour la dénaturer, la volonté des contractants, n'hésitant pas à leur imputer rétroactivement un consentement fictif sur un élément imaginaire, liant les parties par des règles censées exister depuis la conclusion du contrat mais dont elles n'avaient pas connaissance et qu'elles n'avaient pas entendu instituer... On peut faire mieux pour sauvegarder la sécurité juridique si souvent louée. Ce d'autant que l'application de la règle n'est pas limitée aux hypothèses d'absence de stipulation écrite relative au lieu de travail mais concerne également les cas où le contrat contient une stipulation expresse fixant le lieu de travail.

II. L'impuissance de la clause relative au lieu de travail à exclure la notion de « secteur géographique », deuxième dénaturation de la volonté des parties

204. Valeur informative de la clause relative au lieu de travail. On aurait pu penser que l'assimilation du lieu à un « secteur géographique » ne valait que dans le silence du contrat⁶⁴⁵ (ce qui aurait nié le caractère objectivement contractuel du lieu de travail, mais aurait au moins eu le mérite de préserver la force d'une stipulation expresse). En réalité, tel n'est pas le cas : le régime jurisprudentiel de dénaturation de la volonté des parties s'applique aussi bien aux situations dans lesquelles le lieu de travail n'est pas

⁶⁴² art. préc.

⁶⁴³ Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », art. préc.

⁶⁴⁴ Stabilité, constance et respect de la parole donnée peuvent être considérés comme des valeurs aussi importantes que la « mobilité » au sein des relations professionnelles.

⁶⁴⁵ En ce sens, P. Waquet (art. préc.), relevait que : « si le contrat dispose expressément que le travail s'effectuera dans telle ville, voire à telle ou telle adresse, cette disposition s'imposera aux parties et ne pourra être modifiée que d'un commun accord »



mentionné dans le contrat écrit et résulte donc de la pratique suivie depuis l'embauche, qu'aux situations dans lesquelles le contrat fixe ce lieu, même de manière claire et précise (adresse, établissement...). Pour la Cour de cassation, sauf à préciser également que ce lieu s'entend d'un lieu exclusif de travail, une telle clause n'est qu'une clause informative. Selon elle, « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* »⁶⁴⁶. Une telle clause n'interdirait pas la modification du lieu mentionné « à titre d'information », au sein du même « secteur géographique ». Seules les « conditions de travail », à l'exclusion du contrat, seraient modifiées.

Dans le premier des deux arrêts⁶⁴⁷ à l'origine de la découverte de ce principe, la Cour de cassation a censuré la décision qui avait dit sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'une salariée ayant refusé de rejoindre les nouveaux locaux de la société après avoir relevé que le contrat mentionnait expressément le lieu de travail et que la salariée avait « *rapporté la preuve que le lieu de travail était un élément déterminant de son contrat* ». Pour la Cour de cassation, la Cour d'appel ne pouvait statuer ainsi « *sans relever que le contrat stipulait que le travail s'exercerait exclusivement dans le lieu qu'il mentionnait* ».

Dans le second arrêt⁶⁴⁸, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par une salariée contre la décision ayant jugé justifié son licenciement motivé par le refus de changer de lieu de travail, après avoir écarté l'argument de la requérante selon lequel la mention du lieu précis de travail dans le contrat faisait obstacle à sa modification unilatérale. Celle-ci n'avait qu'une valeur informative, non contraignante.

L'exclusion de la notion de « secteur géographique » et la reconnaissance du caractère intangible du lieu de travail supposent donc une mention expresse en ce sens dans l'instrumentum du contrat. En l'absence d'une telle mention, la preuve de ce que les

⁶⁴⁶ Cass. Soc. 3 juin 2003, n°01-43573, et n°01-40376, Bull. Civ. V, n°185 ; Dr. Soc. 2003, p. 884, obs. J. Savatier ; Dr. Ouv. 2003, p. 527, note F. Samarito et P. Moussy ; RJS 2003, n°980.

⁶⁴⁷ n°01-43573

⁶⁴⁸ n°01-40376



parties se sont accordées sur un lieu précis de travail considéré comme définitif ne peut être rapportée par un autre moyen⁶⁴⁹. C'est un formalisme *ad probationem* qui est institué. Il revient aux juges du fond de rechercher l'existence d'une clause satisfaisant aux exigences de la Cour de cassation et, le cas échéant, de l'interpréter⁶⁵⁰. Une telle position est critiquable, pour plusieurs raisons.

205. Une nouvelle dénaturation de la volonté des parties. D'abord, elle caractérise une nouvelle dénaturation de la volonté des parties et un forçage judiciaire à peine dissimulé du contrat. En rédigeant un contrat écrit et en y mentionnant le lieu de travail, les parties ont entendu en faire un élément régissant leur relation de travail. La stipulation claire et précise ainsi rédigée ne laisse planer aucun doute sur leur volonté. Leur intention de prévoir l'exécution de la prestation de travail en un lieu précis est clairement exprimée. Le lieu de travail a vocation à s'imposer aux parties avec force obligatoire ; aucune ne peut le modifier unilatéralement. En refusant à cette stipulation toute force obligatoire, « la Cour de cassation viole délibérément les dispositions de l'article 1134 du Code civil ». Son raisonnement conduit à se demander « ce que devient le droit contractuel si [elle] décide qu'il n'y a plus lieu de tenir compte de la volonté certaine des parties lors de la conclusion du contrat »⁶⁵¹. Le « renouvelé »⁶⁵² du contrat de travail est menacé si son contenu n'est qu'informatif et susceptible de modification par le juge.

206. Un raisonnement juridiquement faux. De surcroît, comme l'a parfaitement

⁶⁴⁹ Ni par la preuve de ce que « le lieu de travail était un élément déterminant du contrat » (Cass. Soc. 3 juin 2003, préc.), ni par la preuve d'une pratique prolongée telle que le « maintien du salarié dans une même ville pendant 24 ans » (Cass. Soc. 15 décembre 2004, n°02-46635).

⁶⁵⁰ Il a ainsi pu être jugé que l'avenant procédant à la mutation d'une salariée dans une nouvelle agence, pour une première période « expérimentale » puis « à titre définitif », caractérisait la « clause claire et précise [stipulant] que le salarié exécuterait son travail exclusivement dans ce lieu », de sorte que la salariée pouvait refuser la nouvelle mutation que l'employeur envisageait (Cass. Soc. 20 février 2007, n°05-45513).

⁶⁵¹ J. Péliissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS 2004 p. 3. Dans le même sens, Monsieur le Professeur G. Lyon-Caen écrit : « où est l'article 1134 du Code civil, quand on énonce qu'une clause figurant au contrat ne constitue plus la loi des parties mais a valeur informative ? » (G. Lyon-Caen, « Les pochettes-surprises de la chambre sociale : l'arrêt Aventis Pharma », Sem. Soc. Lamy 2004, n°1154, p.6).

⁶⁵² P. Waquet, art. préc.



démontré Monsieur le Professeur Pélissier à plusieurs reprises⁶⁵³, le raisonnement retenu est juridiquement erroné, s'agissant tant de la qualification de clause informative que de ses effets.

Quant à la qualification de clause informative, il a été démontré que celle-ci doit être réservée aux clauses qui ont pour objet de rappeler un élément préexistant à la conclusion du contrat⁶⁵⁴, à l'exclusion de celles qui ont vocation à être créatrices d'un élément de la relation de travail. En d'autres termes, le critère de distinction entre clauses contractuelle et informative « doit être tiré de l'objet même du contrat qui consiste à créer un rapport juridique. Si telle disposition du contrat concourt à créer un rapport juridique, elle mérite la qualification de "clause contractuelle". Si, au contraire, elle ne participe en aucune façon à la création de ce rapport, elle est une clause informative », laquelle est « destinée à informer les contractants de données juridiques ou de faits qui permettent à ceux-ci de mieux saisir l'intérêt ou les inconvénients de l'engagement contractuel qu'ils souscrivent »⁶⁵⁵.

Or, la clause mentionnant le lieu de travail n'a pas pour objet d'informer les parties sur un élément préexistant. C'est au contraire en application de cette clause que le salarié exécutera sa prestation de travail à l'endroit prévu et non à un autre. C'est elle qui institue cet aspect du rapport de travail qui délimite la frontière géographique de la sphère de subordination et qui crée une obligation tant pour l'employeur que pour le salarié. La qualifier de clause informative a donc pu, à juste titre, être qualifié « d'erreur juridique »⁶⁵⁶.

Quant à ses effets, le raisonnement de la Cour de cassation tend à nier à la clause

⁶⁵³ « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS 2004, p. 3 ; « La détermination des éléments du contrat de travail », Dr. Ouv. 2005, p. 92 ; « Pour un droit des clauses du contrat de travail », RJS 2005, p. 499.

⁶⁵⁴ J. Pélissier, art. préc ; en ce sens également, A. Jeammaud, « Le contrat de travail une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 306 et s.

⁶⁵⁵ J. Pélissier, art. préc.

⁶⁵⁶ J. Pélissier, art. préc.



informative toute force obligatoire puisque celle-ci ne fait pas obstacle à la modification du lieu de travail. Or, il peut être soutenu que l'information telle qu'elle résulte de la clause a vocation à régir le rapport contractuel. Si l'information permet aux contractants de prendre la mesure de l'engagement qu'ils souscrivent, il y a un intérêt certain à en garantir la pérennité. Au contraire, en l'état la jurisprudence confère à l'information un caractère précaire et ne considère pas qu'elle lie celui qui la donne. Les parties peuvent donc être amenées à contracter en considération d'informations auxquelles elles se fient mais qui se révèlent éphémères. Pourtant, « ce que l'on peut attendre de l'employeur, c'est qu'il respecte l'information qu'il a donnée. En faisant d'une information, originairement exacte, une information erronée en cours de contrat, l'employeur trompe la confiance légitime du salarié et engage sa responsabilité contractuelle »⁶⁵⁷. Il en résulte que les salariés « auront la surprise de voir qu'à défaut de l'adverbe "exclusivement" leur contrat de travail ne correspond pas à l'idée qu'ils se sont faite de leur emploi au moment de la conclusion »⁶⁵⁸.

207. La notion de « secteur géographique » caractérise, au prix d'une dénaturation de la volonté des parties, une atteinte au caractère contractuel par nature du lieu de travail. Mais cette atteinte n'est pas la seule. Des changements de « secteur géographique » sont admis, à titre temporaire comme à titre définitif.

§2. Le changement temporaire d'affectation

208. La jurisprudence admet qu'un changement temporaire de lieu de travail n'emporte pas modification du contrat de travail. Selon elle, même en l'absence de toute clause contractuelle en ce sens, l'employeur peut l'imposer au salarié, qui commet une faute en le refusant. La fixation d'un lieu habituel de travail n'est pas considéré comme étant incompatible avec l'accomplissement de missions ponctuelles⁶⁵⁹ hors de ce lieu de travail et de son « secteur géographique ». Certaines conditions doivent cependant être

⁶⁵⁷ J. Péliissier, art. préc.

⁶⁵⁸ P. Moussy et F. Samarito, Dr. Ouv. 2003, p. 527.

⁶⁵⁹ F. Favennec-Héry, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 2003, p. 459.



remplies, mais elles sont encore incertaines, compte-tenu de l'évolution des exigences de la Cour de cassation.

209. Une première période : la référence à la spécificité des fonctions. Il a été posé en principe, à l'occasion d'un arrêt du 22 janvier 2003⁶⁶⁰, que « *le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique* ». Étaient ainsi mis en exergue deux critères de justification par l'intérêt de l'entreprise, d'une part, et de spécificité des fonctions du salarié concerné, d'autre part.

S'agissant de l'intérêt de l'entreprise, il a pu être jugé que celui-ci n'était pas caractérisé dès lors que le détachement du salarié n'était « *ni indispensable ni urgent* », de sorte que l'affectation temporaire hors du « secteur géographique » ne pouvait lui être imposée, peu important la nature de ses fonctions⁶⁶¹.

S'agissant de la spécificité des fonctions, ce raisonnement était déjà sous-jacent dans certains arrêts antérieurs, à l'occasion desquels la Cour de cassation avait fait référence, à propos d'un salarié employé en qualité de chauffeur de car, à « *la nature même de l'emploi [qui] impliquait une certaine disponibilité géographique* »⁶⁶², ou s'était fondée sur une analyse des fonctions et des compétences du salarié, cadre appelé à une certaine mobilité⁶⁶³.

Dans les faits à l'origine de l'arrêt de 2003, le salarié était employé en qualité de chef de chantier ; l'affectation litigieuse concernait un chantier éloigné de plus de 300 kilomètres du lieu habituel de travail et était prévue pour une durée de deux mois. Elle a

⁶⁶⁰ Cass. Soc. 22 janvier 2003, n°00-43826, Bull. Civ. V, n°15; JCP E 2003, 378 ; Dr. Soc. 2003, p. 433, obs. J. Savatier. Le principe a été réaffirmé : Cass. Soc. 17 décembre 2008, n°07-42960.

⁶⁶¹ Cass. Soc. 17 décembre 2008, préc.

⁶⁶² Cass. Soc. 4 janvier 2000, n°97-41154, Bull. Civ. V, n°4.

⁶⁶³ Cass. Soc. 21 mars 2000, n°97-44851, Bull. Civ. V, n°109 ; JCP 2000, II, 10351, note D. Corrignan-Carsin ; Dr. Soc. 2000, p. 652, note J. Mouly.



été admise par la Cour de cassation qui n'y a pas vu une modification du contrat de travail. Les fonctions de chef de chantier sont considérées comme « *impliquant une certaine mobilité* », contraignant le salarié à accepter des affectations temporaires. A, en conséquence, été cassé l'arrêt qui avait dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En application de ces principes, il revient aux juges du fond de procéder à une analyse des fonctions du salarié pour déterminer si celles-ci impliquent ou non une mobilité temporaire qui peut se déduire notamment de la « *technicité particulière* » des fonctions⁶⁶⁴.

Par ailleurs, la Cour de cassation a précisé que si le salarié invoque à juste titre une atteinte à son droit à une vie personnelle et familiale, les conditions de validité du déplacement occasionnel sont renforcées par une exigence de justification (au regard de la tâche à accomplir) et de proportionnalité (au regard du but recherché)⁶⁶⁵.

210. Une deuxième période ? La référence à des circonstances exceptionnelles. Le critère de la spécificité des fonctions semble cependant avoir été abandonné par la Cour de cassation. Peu de temps après l'avoir réaffirmé⁶⁶⁶, elle l'a évincé de son raisonnement pour se référer à de nouveaux critères : a ainsi été rejeté le pourvoi de l'employeur qui se référait au critère de la spécificité des fonctions pour soutenir que l'affectation temporaire imposée à une salariée était licite, la Cour relevant que « *si l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail, il n'en est ainsi que lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai*

⁶⁶⁴ Cass. Soc. 31 mai 2007, n°06-42389 : « une mission d'une durée de six mois renouvelable ne pouvait être qualifiée d'occasionnelle alors qu'il n'était pas établi que le salarié ait eu une technicité particulière adaptée à cette mission, ce qui constituait un abus ».

⁶⁶⁵ Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-40523, Bull. Civ. V, n°192 ; En l'espèce, le déplacement occasionnel était imposé par l'employeur en application d'une clause du contrat, qualifiée par la doctrine de clause de mobilité alors que seul un déplacement temporaire était en cause.

⁶⁶⁶ Cass. Soc. 17 décembre 2008, pr »c.



raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible »⁶⁶⁷.

Si l'exigence de justification par l'intérêt de l'entreprise est maintenue, l'employeur devra également démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles motivant le changement d'affectation. En apparence, une condition supplémentaire est énoncée. En réalité, les deux conditions sont étroitement liées. Si l'on se réfère à l'arrêt précité du 17 décembre 2008, il apparaît que la Cour pouvait assimiler l'intérêt de l'entreprise au caractère « *indispensable et urgent* » de la mesure d'affectation. Or, la mesure ne semble pouvoir revêtir de tels caractères qu'en présence de « *circonstances exceptionnelles* » ; à l'inverse, des circonstances qui n'appelleraient aucune mesure indispensable et urgente n'auraient pas grand-chose d'exceptionnel. La conjugaison de l'urgence et de l'indispensable, caractérisant la justification par l'intérêt de l'entreprise, paraît renvoyer à la notion même de « *circonstances exceptionnelles* ». La nouvelle condition énoncée n'en serait alors pas une.

En revanche, l'exigence de justification par la spécificité des fonctions, impliquant par nature une certaine mobilité, disparaît. En l'état, tout salarié, quel que soit son emploi, paraît donc potentiellement susceptible de faire l'objet d'une mesure de changement temporaire d'affectation⁶⁶⁸. Dès lors que celle-ci répondra à l'intérêt de l'entreprise, notamment en ce qu'elle vise à remédier à des « *circonstances exceptionnelles* », elle s'imposera au salarié, même occupant un emploi n'impliquant en lui-même aucune mobilité. Ainsi, dans les faits à l'origine de l'arrêt, la salariée concernée occupait un poste d'employée de cafétéria, dont on peine à distinguer l'intrinsèque mobilité. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas pris parti sur l'incidence de la nature de l'emploi occupé envers la possibilité de mobilité, alors même que le pourvoi de l'employeur l'y invitait ;

⁶⁶⁷ Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-41412, Bull. Civ. V, n°31; Dalloz actualités 17 février 2010, note B. Ines ; Dr. Ouv. 2010, p. 359, obs. B. Lardy-Pélissier. Le principe a été repris : Cass. Soc. 22 septembre 2010, n°08-70368, JCP S 2010, 1431.

⁶⁶⁸ En ce sens, B. Ines (préc.) : « a priori, les possibilités offertes à l'employeur s'en trouvent élargies car tout salarié peut se voir dorénavant affecté temporairement dans un autre secteur géographique de travail ».



ce n'est qu'en raison de l'absence de respect d'un délai raisonnable d'information⁶⁶⁹ que la Cour a confirmé l'arrêt ayant dit sans cause réelle et sérieuse le licenciement.

Aussi, les nouveaux critères jurisprudentiels résultant de l'arrêt du 3 février 2010 peuvent-ils laisser craindre une régression de l'encadrement de la mobilité temporaire. La référence à des « *circonstances exceptionnelles* » n'apporte rien de nouveau, tandis que disparaît la limitation aux seuls salariés dont l'emploi est considéré appeler par essence une certaine mobilité. C'est donc un allègement des conditions de recours qui en résulte.

211. Des questions en suspens. L'évolution jurisprudentielle décrite laisse planer de nombreuses zones d'ombre quant à l'encadrement de la mobilité temporaire. Trois incertitudes au moins demeurent.

La première, déjà évoquée, tient à l'articulation des critères applicables, en attendant de nouvelles interventions jurisprudentielles.

La deuxième renvoie à la durée et à la fréquence admissibles de la mobilité⁶⁷⁰. Dans quelle mesure le changement « temporaire » d'affectation peut-il se prolonger ? Quelle est la limite au-delà de laquelle la durée de détachement est excessive (deux mois ; six mois ?) ? Par ailleurs, dans quelle mesure le changement d'affectation peut-il se répéter ? Peut-on concevoir des détachements brefs mais fréquents, voire réguliers (un jour par semaine ; une semaine par mois ?), s'imposant au salarié ?

La troisième incertitude concerne la portée des clauses contractuelles ou conventionnelles prévoyant et organisant la mobilité temporaire. La Cour de cassation a

⁶⁶⁹ La condition d'information préalable (qui porte sur le caractère temporaire de l'affectation et sur sa durée prévisible) dans un délai raisonnable, est expressément affirmée par la Cour de cassation. Là encore l'exigence n'est pas nouvelle, elle résulte de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, et avait déjà été exprimée par la Cour (voir notamment Cass. Soc. 15 mars 2006, n°04-47368, Bull. Civ. V, n°106 ; JCP S 2006, 1330, note L. Drai. En l'espèce, un délai de prévenance de 13 jours a cependant été considéré comme « raisonnable »).

⁶⁷⁰ Comme l'a souligné Monsieur le Professeur Savatier (Dr. Soc. 2003, p.434), les deux questions sont distinctes ; voir également F. Favennec-Héry, préc.



eu plusieurs fois l'occasion de leur donner plein effet⁶⁷¹. Mais elle l'a fait à l'occasion d'arrêts rendus antérieurement à la modification des conditions applicables. L'intérêt principal de ces clauses est de désigner les emplois impliquant une certaine mobilité. Or, cette condition semble avoir disparu. Quant aux autres conditions, tenant à l'intérêt de l'entreprise lié à l'existence de « circonstances exceptionnelles », il ne paraît pas envisageable de s'en affranchir dans le cadre de la clause de mobilité à titre temporaire. Tout au plus, cette clause peut-elle énumérer, à titre illustratif ou limitatif, les « circonstances exceptionnelles » autorisant le changement d'affectation. Dans ces conditions, il semble que la clause de mobilité temporaire ne puisse avoir pour effet que de rappeler les exigences légales, voire d'ajouter des conditions supplémentaires et donc de restreindre le recours au changement d'affectation.

212. *Dénaturation du contrat.* Quoi qu'il en soit, l'admission d'une telle mobilité temporaire imposée par l'une à l'autre des parties caractérise une atteinte au contrat et à sa force obligatoire. Même temporaire, la modification des stipulations contractuelles ne peut être imposée, ni par l'employeur ni par le salarié ; elle ne peut être que proposée, et il serait souhaitable que la jurisprudence le reconnaisse.

§3. La clause de mobilité

213. *Notion et régime jurisprudentiel de la clause de mobilité.* Si le changement définitif de lieu de travail hors du « secteur géographique » caractérise en principe une modification du contrat de travail⁶⁷², il en va autrement dès lors qu'une clause de mobilité a été convenue. Celle-ci, qui s'entend de la « stipulation contractuelle qui prévoit, et parfois organise le déplacement du lieu de travail »⁶⁷³, et qui se présente comme un outil « de rationalisation de la gestion des effectifs »⁶⁷⁴, permet à l'employeur

⁶⁷¹ Cass. Soc. 22 janvier 2003, n°00-42637, Bull. Civ. V, n°14; JCP E 2003, 378 ; Dr. Soc. 2003, p. 435, obs. F. Duquesne ; D. 2003. somm. 1659, obs. M-C. Escande-Varniol ; Cass. Soc. 31 janvier 2006, n°04-40383. La clause cependant ne devait pas être « détournée de son objet » (Cass. Soc. 11 octobre 2006, n°04-44953).

⁶⁷² Supra, n°201.

⁶⁷³ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud A, E. Dockès, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 3ème éd, 2004, p. 203.

⁶⁷⁴ I. Daugareilh, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », Dr. Soc. 1996, p. 128.



d'imposer un changement de lieu de travail réputé n'avoir de répercussions que sur les conditions de travail⁶⁷⁵, n'emportant pas modification du contrat de travail⁶⁷⁶. Étonnamment, compte-tenu de sa position stricte à l'égard des clauses de variation en général⁶⁷⁷, la Cour de cassation reconnaît la validité de cette catégorie de clause de variation qu'est la clause de mobilité géographique.

214. Conditions jurisprudentielles de validité. Quant aux conditions de sa validité, la clause de mobilité ne répond qu'à des exigences légères. Il est simplement exigé que la clause définisse de manière précise son champ d'application : elle doit énoncer clairement ses limites, en termes d'établissements concernés ou de référence à une circonscription administrative (région, département...) ⁶⁷⁸, à l'exclusion notamment d'une simple référence au champ d'activité de l'entreprise sans plus de précisions⁶⁷⁹. Il en résulte également que l'employeur ne peut se réserver la faculté d'étendre unilatéralement la portée de la clause, soit expressément⁶⁸⁰, soit en l'utilisant pour imposer une mutation vers un établissement qui n'existait pas au jour de la signature de la clause⁶⁸¹, même si ce nouvel établissement est créé dans le périmètre géographique

⁶⁷⁵ Cass. Soc. 10 juin 1997, n°94-43889, Bull. Civ. V, n° 210 ; Cass. Soc. 30 septembre 1997, n°95-43187, Bull. Civ. V, n°289 ; Dr. Soc. 1997, p. 1094, obs. J-E. Ray ; Dr. Ouv. 1998, p. 162, obs. P.Moussy ; D. 1999 somm. p. 33, obs. M-C Escande-Varniol.

⁶⁷⁶ Cass. Soc. 29 janvier 2002, n°99-44604, Bull. Civ. V n° 39 ; GADT, 4^e ed, 2008.

⁶⁷⁷ Voir infra, n°298 et s.

⁶⁷⁸ Cass. Soc. 19 mai 2004, n°02-43252, qui retient la nullité d'une clause de mobilité en raison de « l'absence de limite dans laquelle la mutation du salarié peut intervenir » ; Cass. Soc. 17 juillet 2007, n°06-41630, qui énonce que « une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application », faute de quoi elle est « une clause indéterminée » et, partant, nulle ; Cass. Soc. 31 octobre 2007, n°06-43884, qui reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché « si la clause n'était pas nulle en raison de l'absence de définition précise de sa zone géographique d'application » ; Cass. Soc. 24 janvier 2008 n°06-45088, Bull. Civ. V, n°23 ; JCP S 2008, 1250, note B. Bossu ; Dr. Soc. 2008, p. 498, obs. J. Savatier, retenant les mêmes principes à l'égard d'une clause de mobilité prévue par une convention collective ; Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°09-42539 ; Cass. Soc. 28 avril 2011, n°09-42321, qui retiennent la nullité de clauses de mobilité « en l'absence de définition précise de [leur] zone géographique d'application ».

⁶⁷⁹ Cass. Soc. 27 septembre 2006, n°05-41482.

⁶⁸⁰ Cass. Soc. 21 février 2007, n°05-45319, s'agissant d'une clause énonçant que « le secteur initial d'intervention sera susceptible d'être modifié à tout moment selon les besoins de l'entreprise, les zones indiquées n'auront aucun caractère de fixité et pourront varier au gré de la société ».

⁶⁸¹ Après une période d'incertitude au cours de laquelle la Cour de cassation s'était fondée sur l'interprétation des clauses litigieuses pour se prononcer, semblant ainsi ne pas totalement condamner la mutation imposée vers un établissement créé postérieurement à la signature de la clause (Cass. Soc. 19 avril 2000, n°98-41078 ; Cass. Soc. 12 mai 2004, n°02-42018), le principe a été clairement énoncé : « une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à



de mobilité prévu ; la mobilité ne peut résulter de la clause que si elle conduit le salarié vers une implantation de l'entreprise existante lors de l'expression de son consentement à la clause. Bien que l'article 1129 du Code civil ne soit pas visé par la Cour de cassation, il ne fait guère de doute que l'exigence de détermination de l'objet des obligations guide son raisonnement⁶⁸² : il s'agit de permettre au salarié d'avoir connaissance des engagements qu'il souscrit au moment où il consent à la clause de mobilité⁶⁸³. Lorsqu'il signe la clause de mobilité, le salarié doit savoir où celle-ci est susceptible de l'emmener⁶⁸⁴.

Cette exigence de définition de son champ d'application géographique est la seule condition de validité de la clause de mobilité. Il n'existe, notamment, aucune exigence de justification ou de proportionnalité, ni aucune règle relative à l'étendue de la clause.

215. Conditions jurisprudentielles de mise en œuvre. C'est plutôt sur le terrain des conditions de mise en œuvre de la clause que la Cour de cassation a développé un certain contrôle. Il est ainsi acquis que la modification du lieu de travail en application de la clause de mobilité ne doit pas entraîner la modification d'un autre élément du

l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée » (Cass. Soc 7 juin 2006, n°04-45846, Bull. Civ. V, n°209 ; Dr. Soc 2006, p. 926, obs. F. Favennec-Héry ; Dr. Ouv. 2006, p. 529 ; JCP S 2006, 1917, note B. Bossu ; RDT 2006, p. 313, obs. J. Pélissier ; Cass. Soc. 27 septembre 2006, n°05-41482 ; Cass. Soc. 21 février 2007, n°05-45319 ; Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-42352 et 06-46400 ; Cass. Soc. 6 octobre 2010, n°08-45324 ; Cass. Soc. 18 mai 2011, n°09-42232, JCP S 2011, 1340), ce qui fait notamment obstacle à la mutation d'un salarié de Metz vers la région Rhône-Alpes, au sein de laquelle l'entreprise n'était pas implantée lors de la signature de la clause, peu important que celle-ci prévoie l'extension de son champ d'application en cas de « d'extension d'activité » (Cass. Soc. 7 juin 2006, préc.), ou à la mutation de Bourges vers Tarare au sein d'une communauté Emmaüs créée après la conclusion du contrat contenant la clause de mobilité (Cass. Soc. 14 octobre 2008, préc.). De même, la clause qui prévoit que « le salarié pourra être appelé à exercer ses fonctions dans les installations de ses entreprises clientes » ne permet pas à l'employeur d'imposer une mobilité vers tout lieu où est implanté, à un moment donné, un client de l'entreprise (Cass. Soc. 17 mars 2010, n°08-43368).

⁶⁸² En ce sens, cf. Cass. Soc. 17 mars 2010, n°08-43368, qui vise expressément « l'indétermination de l'étendue géographique de la clause de mobilité » ; cf. Cass. Soc. 17 juillet 2007, préc., qui utilise le terme de « clause indéterminée ».

⁶⁸³ Mais cet objectif n'est que très partiellement atteint : infra, n°216

⁶⁸⁴ En ce sens, F. Canut, « Tir groupé autour de la clause de mobilité », Dr. Ouv. 2009, p. 7 ; B. Bossu, « L'encadrement par la Cour de cassation des clauses de mobilité », JCP S 2008, 1668 ; G. Loiseau, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », JCP S 2009, 1013.



contrat, notamment du salaire⁶⁸⁵ ou de la structure des horaires⁶⁸⁶. Par ailleurs, la mise en œuvre de la clause de mobilité ne doit pas être abusive ou contraire à la bonne foi contractuelle, ce qui peut être le cas lorsque l'employeur prend et notifie sa décision de manière précipitée, sans délai de prévenance suffisant⁶⁸⁷, ou encore lorsqu'il utilise la clause de mobilité à des fins détournées⁶⁸⁸ et non « dans l'intérêt de l'entreprise », intérêt dont la poursuite est cependant présumée⁶⁸⁹.

Enfin, la Cour de cassation a plus récemment amorcé un contrôle de la mise en œuvre de la clause de mobilité en termes de finalité et de proportionnalité⁶⁹⁰ au regard des droits fondamentaux du salarié en application de l'article L 1121-1 du Code du travail⁶⁹¹. Si, jusqu'à présent, l'idée contestable selon laquelle « *une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre*

⁶⁸⁵ La question se pose fréquemment, s'agissant du salaire variable. Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-41454 ; Cass. Soc. 12 juillet 2006, n°04-47949 ; Cass. Soc. 3 mai 2006, n°04-46141, Bull. Civ. V, n°162 ; Cass. Soc. 15 février 2006, n°04-45584, Dr. Ouv. 2006, p. 485, note F. Samarito et A. de Senga ; Cass. Soc. 15 décembre 2004, n°02-44714, Dr. Soc. 2005, p. 337, obs. J. Mouly ; Sem. Soc. Lamy n° 1197 du 10 janvier 2005, concl. Duprat.

⁶⁸⁶ Cass. Soc. 14 octobre 2008, n° 07-40092, Bull. Civ. V, n°190, s'agissant du passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour.

⁶⁸⁷ Voir par exemple : Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-43071 ; Cass. Soc. 3 novembre 2004, n°02-45749 ; Cass. Soc. 18 septembre 2002, n°99-46136, Bull. Civ. V, n°273 ; Dr. Soc. 2002, p. 997, obs. R. Vatinet ; Cass. Soc. 18 mai 1999, n°96-44315, Bull. Civ. V, n°219 ; D. 2000 somm. 84, obs. M-C Escande-Varniol ; D. 2001 somm. 2797, obs. B. Bossu ; JCP E 2000, 40, note C. Puigelier ; RTD civ. 2000, 326, note C. Puigelier ; Dr. Soc. 1999, p. 734, obs. B. Gauriau.

⁶⁸⁸ Par exemple dans le but de supprimer un poste (Cf. Cass. Soc. 22 février 2006, n°04-42658), ou d'évincer le salarié de l'entreprise (cf. Cass. Soc. 14 avril 1999, n°97-41451, relevant « le souhait de l'employeur de se séparer [du salarié] à moindre coût » ; cf. également Cass. Soc. 18 septembre 2002, n°99-46136, Bull. Civ. V, n°273, Dr. Soc. 2002, p. 997, obs. R. Vatinet, qui souligne que « la société cherchait à se séparer de la salariée »).

⁶⁸⁹ Après avoir considéré qu'il appartenait à l'employeur de « justifier que la décision était dictée par l'intérêt de l'entreprise » (Cass. Soc. 9 mai 1990, n°87-40261, Bull. Civ. V, n°210), la Cour de cassation a modifié sa position et juge désormais que dans la mesure où « la bonne foi contractuelle est présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer la clause de mobilité est conforme à l'intérêt de l'entreprise », et qu'il « incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt » (Cass. Soc. 23 février 2005, n°03-42018 et n° 04-45463, Bull. Civ. V, n°64 ; RJS 2005, n°476 et 477 ; Dr. Soc. 2005, p. 576, obs. J. Mouly ; Dr. Ouv. 2005, p. 213, note P. Moussy ; D. 2005, 1678 ; JCP 2005, II, 10076. Le principe a été repris par Cass. Soc. 14 octobre 2008 n°07-43071).

⁶⁹⁰ Sem. Soc. Lamy n° 1383, 19 janvier 2009, « La clause de mobilité sous contrôle », F.C ; Cf. également S. Joubert, « Mobilité et respect de la vie privée et familiale », Dr. Ouv. 2011, p. 47.

⁶⁹¹ C. trav. art. L 1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».



choix de son domicile»⁶⁹² n'a pas été remise en cause (seules les clauses imposant expressément un changement de domicile au salarié étant annulées⁶⁹³), en revanche l'atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale qui peut résulter de la mise en œuvre de la clause de mobilité devra désormais être prise en compte⁶⁹⁴. Pour ce faire, la Cour de cassation impose au juge du fond une double analyse : il doit d'abord être déterminé si, compte tenu de la situation personnelle du salarié, la mise en œuvre de la clause de mobilité porte atteinte à son droit à une vie personnelle et familiale ; dans l'affirmative, il doit être recherché si cette atteinte peut être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. A défaut d'effectuer ces recherches, lorsque toutefois le salarié l'y invite, le juge prive de base légale sa décision. Si cette innovation jurisprudentielle est louable, notamment en ce qu'elle permet un contrôle adapté à la situation du salarié telle qu'existant au moment de l'utilisation de la clause, donc, telle qu'ayant pu évoluer depuis la conclusion du contrat et de la clause de mobilité⁶⁹⁵, elle occulte l'illicéité de principe de la clause de mobilité qui résulte du droit commun des contrats⁶⁹⁶ plus que de l'atteinte aux droits fondamentaux.

216. L'illicéité occultée de la clause de mobilité. La question de la validité ou de l'illicéité de la clause de variation doit être posée en termes de détermination de l'objet

⁶⁹² Cass. Soc. 28 mars 2006, n°04-41016, Bull. Civ. V, n°126 ; Dr. Ouv. 2006, p. 489, note P. Moussy.

⁶⁹³ Cass. Soc. 12 janvier 1999, n°96-40755, Bull. Civ. V, n°7, RJS 1999, n° 151 ; Dr. Soc. 1999, p. 287, obs. J.-E. Ray ; D. 1999, 645, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; Dr. Ouv. 1999, p. 254, note P. Moussy ; Cass. Soc. 12 mai 2007, n°06-41277, Bull. Civ. V, n°74. La distinction est empreinte d'une certaine hypocrisie : la plupart des mutations géographiques imposent de fait au salarié un changement de domicile ou, à tout le moins un changement de résidence au cours de sa semaine de travail.

⁶⁹⁴ Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°06-45562, Bull. Civ. V, n°4 ; JCP S 2009, 1162, note B. Bossu. Un arrêt du 14 octobre 2008 (Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-40523, Bull. Civ. V, n°192) est souvent cité comme ayant le premier amorcé ce contrôle ; mais cet arrêt concernait en réalité une clause d'affectation temporaire, ou de mission, et non une clause de mobilité qui institue changement définitif de lieu de travail (Cf. supra, n°208 et s.). La règle a été réaffirmée (voir notamment : Cass. Soc. 12 juillet 2010, n°08-44363 ; Cass. Soc. 23 mars 2011, n°09-69127).

⁶⁹⁵ Cf. en ce sens les propos de Madame le conseiller doyen Mazars : « Entre la signature de son contrat et la mise en œuvre de la clause, la situation personnelle et professionnelle du salarié évolue (...). La clause de mobilité peut à un moment T ne pas poser de problème par rapport à la vie privée, mais à d'autres moments, elle peut s'avérer problématique. Je crois qu'il est plus pertinent de se placer sur le terrain de la mise en œuvre de la clause que sur celui de la validité ». Cf. également G. Loiseau, art. préc ; F. Canut, art. préc.

⁶⁹⁶ Cf. G. Loiseau (art. préc.), qui note que si « on peut peut-être se féliciter de l'ouverture de plusieurs fronts, considérant que tous les moyens sont bons pour lutter contre les clauses de mobilité », cependant « la police des clauses du contrat est d'abord l'affaire des règles contractuelles ».



des obligations et de force obligatoire du contrat.

S'agissant de la détermination de l'objet de l'obligation, la clause de mobilité l'exclut. Le salarié contracte en considération d'un lieu de travail tout en étant informé que celui-ci est susceptible de modification à tout moment. La stipulation relative au lieu de travail n'est pas contraignante pour l'employeur qui peut à sa guise modifier les termes de la relation de travail et avec eux l'étendue de la sphère de subordination. Or, l'objet de l'obligation n'est pas plus déterminé lorsque son identification ne vaut qu'à titre temporaire que lorsqu'il n'est pas du tout identifié⁶⁹⁷. Certes, la jurisprudence exige une définition précise du champ de la clause de mobilité, et la limitation de ce champ aux établissements actuels de l'entreprise⁶⁹⁸. Mais cette garantie est dans de nombreux cas insuffisante. D'abord parce que, dès lors que les implantations de l'entreprise sont multiples, l'identification des destinations potentielles n'a pas pour effet de rendre l'objet de l'obligation du salarié déterminable. Elle ne fait qu'additionner les lieux de travail potentiels, sans que le salarié puisse savoir vers lequel il sera effectivement envoyé. C'est avoir une vision très souple de la détermination que de considérer que le lieu de travail est déterminé alors même que le salarié embauché pour travailler à Strasbourg pourra, en application de la clause de mobilité insérée au contrat, être muté aussi bien à Marseille qu'à Lille ou encore à Brest, dès lors que ces destinations sont expressément visées au contrat. Le constat est encore plus net lorsque l'entreprise est une grande enseigne nationale⁶⁹⁹ : l'exigence jurisprudentielle ne fait nullement obstacle à l'indétermination ; elle autorise la mutation du salarié partout dans le pays ; en cela, elle officialise l'indétermination mais n'y remédie pas. La garantie est également insuffisante parce qu'en l'absence de fixation de motifs de recours à la clause, le salarié est dans l'ignorance du taux de probabilité de sa mise en œuvre. Il sait que cette clause existe, mais il n'est pas en mesure de savoir s'il doit, ou non, s'attendre sérieusement à en subir les effets, à court ou à long terme. Son obligation n'est que potentielle, sans indication du degré de potentialité, lequel est d'autant plus complexe à saisir que de

⁶⁹⁷ Voir infra, n°299.

⁶⁹⁸ Voir supra, n°214.

⁶⁹⁹ Et elles sont nombreuses : supermarchés, hôtels, fast-food, cinémas, commerces divers...



nombreuses clauses de mobilité « s'apparentent plus à des précautions prises par le rédacteur du contrat qu'à des nécessités professionnelles sérieuses »⁷⁰⁰, de sorte que le salarié peut difficilement se référer à la politique et aux besoins de l'entreprise pour tenter d'évaluer le risque d'utilisation de la clause. Celle-ci fait figure à son égard d'épée de Damoclès, ce qui paraît peu compatible avec l'exigence de détermination.

S'agissant de la force obligatoire du contrat, la clause de mobilité, comme toute clause de variation, l'instrumentalise au service de son propre contournement. Au nom de la force obligatoire de la stipulation relative à la variation, c'est la force obligatoire de celle relative au lieu de travail qui est ignorée. L'employeur se réserve la possibilité de modifier unilatéralement les termes du contrat, en méconnaissance des termes de l'article 1134, alinéa 2, qui exige le commun accord des parties pour la modification du contrat. C'est sur ce fondement que la Cour de cassation, depuis le 27 février 2001⁷⁰¹, annule les clauses de variation⁷⁰². Mais de manière inexplicable, elle se refuse à appliquer la règle aux clauses de mobilité. Ainsi, la Cour appelée à se prononcer sur le sort d'une clause de mobilité, ne l'a pas tenu pour nulle ; elle a, au contraire, le 28 février 2001⁷⁰³, approuvé une Cour d'appel d'avoir qualifié de faute grave le refus du salarié de rejoindre le nouveau lieu de travail. Pourtant, rien ne justifie que le lieu de travail, même entendu comme un « secteur géographique », soit le seul élément du contrat susceptible de variation unilatérale. La clause de mobilité est tout aussi nulle que les autres clauses de variation⁷⁰⁴. En le niant, la Cour de cassation méconnaît les articles 1129 et 1134 du Code civil ainsi que sa propre jurisprudence, et, comme le relève Monsieur Frouin, fait

⁷⁰⁰ M-C. Escande-Varniol, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail », Dr. Soc. 2002, p. 1064. L'auteur vise « les clauses de variabilité » et non les seules clauses de mobilité.

⁷⁰¹ Cass. Soc. 27 février 2001, n°99-40219, Bull. Civ. V, n°60 ; Dr. Soc. 2001, p. 514, obs. C. Radé ; D 2001 somm. p. 2166, obs. S. Frossard ; RJS 2001, n°562 ; JCP G 2001, I, 330, obs. G. Loiseau ; JCP E 2001, 1391 note C. Puigelier.

⁷⁰² Voir n°304.

⁷⁰³ Cass. Soc. 28 février 2001, n°97-45545, Bull. Civ. V, n°64.

⁷⁰⁴ En ce sens, J. Péliissier considère que « les clauses de mobilité ne sont pas en principe licites. Elles sont en principe illicites », et qu'il « n'est pas concevable qu'une des parties obtienne, au moment de la conclusion du contrat, un blanc-seing de l'autre partie l'autorisant à modifier unilatéralement tel élément du contrat » (J. Péliissier, « Pour un droit des clauses du contrat de travail », RJS 2005, p. 499)



excessivement prévaloir l'intérêt de l'entreprise sur celui du salarié⁷⁰⁵.

217. Perspectives. Tant au regard de la nécessaire protection des salariés qu'en raison de la recherche de rigueur juridique, la perspective d'évolution la plus souhaitable pour la clause de mobilité est l'affirmation de sa nullité absolue, conséquence de son illicéité. La clause de mobilité, comme les autres clauses de variation avant elle, doit être bannie des contrats de travail. Le changement de lieu de travail ne doit pouvoir qu'être proposé au salarié ; si l'employeur estime ce changement impératif au regard de motifs économiques établis, il lui appartient de présenter sa proposition dans le cadre de la procédure de modification du contrat pour motif économique et, en cas de refus du salarié, de prendre le risque d'un licenciement pour motif économique qui, en toute hypothèse, ouvrira droit pour le salarié au préavis, aux indemnités de rupture et éventuellement aux dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi, ce qui, à défaut de caractériser une situation enviable, est un peu moins désastreux qu'un licenciement pour faute grave.

Si, toutefois, la Cour de cassation devait persister dans son refus de constater l'illicéité de la clause de mobilité, elle devrait au moins en imposer un encadrement réel. En premier lieu, sur le modèle du régime jurisprudentiel des clauses de non-concurrence ou d'exclusivité, la clause de mobilité ne devrait être admise que si l'employeur est en mesure de démontrer, d'une part, qu'elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise⁷⁰⁶ (ce qui supposerait d'expliquer la nécessité d'une telle clause au regard notamment de la spécificité des fonctions du salarié⁷⁰⁷ et de l'activité de l'entreprise) et, d'autre part, qu'elle est justifiée au regard de la tâche à accomplir, et proportionnée au but recherché (il s'agirait donc d'appliquer l'article L 1121-1 du Code

⁷⁰⁵ J-Y. Frouin estime que la clause de mobilité est « une hypothèse -paradoxale- dans laquelle la protection de la personne du salarié est occultée au profit du seul intérêt de l'entreprise » (J-Y. Frouin, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP S 2010, 1087).

⁷⁰⁶ En ce sens, J. Pélissier, art. préc.

⁷⁰⁷ Cf. en ce sens M. Morand, qui relève que « la jurisprudence fort connue du laveur de vitres (Cass. Soc. 27 février 2001, n°99-40219) rendue en matière de clauses de non-concurrence, devrait trouver à s'appliquer. La mobilité géographique imposée à un cadre commercial peut sans doute se concevoir. La mobilité géographique imposée à un salarié à temps partiel d'une entreprise de nettoyage est pour le moins critiquable » (M. Morand, « Quel contenu à la clause de mobilité ? », Sem. Soc. Lamy, n°1288).



du travail au stade de la validité de la clause, et non de sa seule mise en œuvre). En deuxième lieu, *l'étendue* de la clause devrait être justifiée au regard des mêmes critères. Une clause instituant une mobilité à l'échelle nationale n'a pas les mêmes effets et, par voie de conséquence, ne doit pas être soumise au même degré d'exigence, qu'une clause instituant une mobilité à l'échelle départementale. Un contrôle du caractère excessif de l'étendue de la clause serait ainsi possible. En troisième lieu, afin de limiter un minimum⁷⁰⁸ l'indétermination du lieu de travail, il conviendrait, d'une part, de prévoir des cas objectifs et vérifiables de mise en œuvre de la clause⁷⁰⁹, en dehors desquels l'employeur ne pourrait imposer la mobilité et, d'autre part, de maintenir l'exigence de définition précise du champ de la mobilité (au sein du champ jugé admissible). En quatrième lieu, au regard de l'exigence d'une cause de l'obligation, une contrepartie financière à la clause de mobilité devrait être imposée, qui pourrait prendre la forme soit d'un complément de salaire versé tout au long de la relation de travail (donc même lorsque la mobilité n'est que potentielle afin de compenser l'incertitude dans laquelle se trouve le salarié), soit d'une « prime de mobilité » versée lors de la mise en œuvre de la clause. La règle aurait le mérite de rémunérer la sujétion imposée au salarié (comme doivent l'être d'autres sujétions⁷¹⁰), tout en produisant un effet dissuasif de nature à garantir une certaine retenue des employeurs dans la stipulation de la clause.

Enfin, les exigences de justification au stade de la mise en œuvre de la clause déjà exprimées par la jurisprudence⁷¹¹, devraient être maintenues et s'ajouter à ces exigences de validité.

⁷⁰⁸ Car ces correctifs peuvent sembler n'être qu'imparfaits : infra, n°301.

⁷⁰⁹ Qui en toute hypothèse doit être réservée aux cas de mobilité individuelle, à l'exclusion des mobilités collectives (cf. M. Morand, art. préc.).

⁷¹⁰ La jurisprudence admet que certaines sujétions imposées au salarié doivent faire l'objet d'une contrepartie ou d'une indemnisation spécifique. Tel est le cas lorsque l'employeur veut insérer dans le contrat de travail une clause de non-concurrence (Cass. Soc. 10 juillet 2002, Bull. Civ. V, n°239, 3 arrêts). Tel est également le cas lorsqu'il demande au salarié de travailler à son domicile (Cf. Cass. Soc. 7 avril 2010, n°08-44865, Bull. Civ. V, n°86 : « si le salarié, qui n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail, accède à la demande de son employeur, ce dernier doit **l'indemniser de cette sujétion particulière** ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile »).

⁷¹¹ Cf. supra, n°215.



Une telle évolution paraît indispensable afin de rationaliser l'utilisation des clauses de mobilité, dont il est d'ailleurs paradoxal de constater qu'actuellement l'encadrement est moins strict que celui des clauses d'affectation *temporaire*, pourtant moins lourdes de conséquences⁷¹².

218. *Propos conclusifs.* Matérielles, temporelles, géographiques, les frontières de la sphère de subordination doivent être tracées pour permettre au salarié d'avoir connaissance du champ d'application de son obligation de subordination. La détermination de cette obligation contractuelle suppose également que soient identifiées les prérogatives concédées à l'employeur et destinées à s'exercer au sein de la sphère de subordination.

⁷¹² Cf. supra, n°208 et s.



Chapitre 2. Mesure du pouvoir exercé dans la sphère de subordination

219. Le pouvoir de l'employeur, comme tout pouvoir, ne saurait être illimité. Il ne s'exerce que dans une certaine mesure. Les prérogatives particulières résultant pour l'employeur de son pouvoir et, symétriquement, les obligations d'obéissance résultant pour le salarié de son obligation générale de subordination, doivent être identifiées.

La jurisprudence exprime cette préoccupation d'une identification des prérogatives de l'employeur à travers la notion de « conditions de travail du salarié » que l'employeur, « dans le cadre de son pouvoir de direction », peut modifier⁷¹³. Le pouvoir de l'employeur s'exerce sur les « conditions de travail », et sur elles seules ; elles sont les objets du pouvoir. A l'inverse, il ne s'exerce ni sur le contrat⁷¹⁴ ni sur la personne du salarié⁷¹⁵, qui sont des « objets soustraits au pouvoir »⁷¹⁶. Cerner la notion de « conditions de travail » permet ainsi de connaître l'étendue du pouvoir de l'employeur. L'identification des « conditions de travail » correspond à celle du contenu du pouvoir de l'employeur. Il s'agit de déterminer ce que l'employeur peut ou ne peut pas ordonner.

Aussi, l'opposition entre contrat de travail et « conditions de travail », parfois mise en exergue, doit-elle être nuancée. La notion de « conditions de travail » renvoie à celle de

⁷¹³ Cass. Soc. 10 juillet 1996, n°03-41137 et n°93-40966, Bull. Civ. V, n°278 ; Dr. Soc. 1996, p.976, note H. Blaise ; RJS 1996, n° 900 ; GADT 4^e ed., 2008. Cf. également, parmi une jurisprudence abondante : Cass. Soc. 12 mai 2010, n°09-41007 ; Cass. Soc. 25 mars 2009, n°07-45266 ; Cass. Soc. 29 novembre 2007, n°06-43979.

⁷¹⁴ Infra, n°293 et s.

⁷¹⁵ Infra, n°308 et s.

⁷¹⁶ S. Frossard, in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.



contenu du pouvoir. Or, le contenu du pouvoir est défini par le contrat : le pouvoir est une prérogative contractuelle qui doit être mesurée, qui doit être déterminée au sens de l'article 1129 du Code civil⁷¹⁷. Le champ des « conditions de travail » est donc défini par le contrat, dans le cadre de l'opération de détermination du contenu du pouvoir de l'employeur : ne relèvent des « conditions de travail » que les éléments de la relation de travail sur lesquels les parties ont décidé de confier à l'employeur certaines prérogatives. Les « conditions de travail » sont plus créées par le contrat qu'elles ne s'opposent à lui. Le contrat fonde le pouvoir et en définit le contenu, que la jurisprudence désigne par la référence aux « conditions de travail ».

La mesure du pouvoir de l'employeur suppose donc de se référer à l'habilitation contractuelle opérée par les parties. C'est par l'analyse de la volonté des parties que peut être déterminé le contenu du pouvoir de l'employeur⁷¹⁸ ou, autrement dit, que peuvent être identifiés les éléments relevant des « conditions de travail ». A cette fin, la raison d'être du pouvoir doit être cernée ; pourquoi les parties ont-elles souhaité concéder un pouvoir à l'employeur ? La finalité du pouvoir de l'employeur doit être connue (section préliminaire), parce qu'elle est le critère qui permet d'identifier les prérogatives qu'il confère à l'employeur (section 1) ainsi que ses limites générales d'exercice (section 2).

Section Préliminaire. Un pouvoir finalisé : la mise en œuvre des prévisions contractuelles

220. Le contrat de travail est conclu pour régir la relation de travail, pour en définir les termes, pour assurer une prévisibilité et une stabilité des droits et obligations réciproques, mais il ne peut pas tout prévoir. Au stade de son exécution, de la réalisation concrète de la prestation de travail convenue, un certain nombre de décisions doivent être prises : des priorités doivent être fixées parmi les tâches composant la prestation de

⁷¹⁷ Puisque le pouvoir est une manifestation de la subordination qui est l'objet de l'obligation du salarié : cf. supra, n°26 et s. ; 34 et s.

⁷¹⁸ Cf. en ce sens A. Chiriez, qui rappelle que « les prérogatives qui permettent à l'employeur d'agir matériellement ou juridiquement ont été contractuellement admises par le salarié lors de la conclusion du contrat qui place précisément le second sous la subordination du premier » (A. Chiriez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. Ouv. 2003, p. 309).



travail ; des solutions doivent être trouvées aux évènements imprévus susceptibles de survenir et de modifier les conditions d'exécution du travail ; l'activité des salariés doit être coordonnée (autrement dit, l'exécution simultanée des différents contrats de travail doit être rendue compatible) ; surtout, s'agissant d'un contrat à exécution successive, en principe conclu pour une durée indéterminée, potentiellement longue, son exécution doit être adaptée dans le temps, en fonction de l'évolution des circonstances et des techniques. C'est la mise en œuvre concrète des prévisions contractuelles qui doit être assurée par la mise en place d'une organisation appropriée.

221. C'est à cette fin que l'employeur est habilité à l'exercice d'un pouvoir. « *Responsable de l'organisation, de la gestion et de la marche générale de l'entreprise* »⁷¹⁹, il lui revient de prendre les décisions nécessaires et de guider la réalisation du travail dans le sens des exigences de l'activité de l'entreprise et dans le respect du contrat. La finalité de son pouvoir contractuel est de permettre l'exécution des prévisions contractuelles⁷²⁰ grâce à la mise en place d'une organisation adaptée, assurant leur application, leur coordination et leur adaptation. Il lui appartient de définir les conditions dans lesquelles le travail s'exécute (les « conditions de travail »). C'est dans le but de rendre possible la mise en œuvre du contrat que les parties concèdent à l'employeur un pouvoir. L'opération procède de l'idée qu'une action unilatérale est nécessaire à l'application du contrat. C'est parce qu'elles perçoivent ou estiment qu'un tel pouvoir est nécessaire à la définition des modalités pratiques d'exécution de la convention que les parties conviennent de l'instituer : c'est plus un pouvoir « d'organisation » que « de direction » que créent les contractants. Les parties confient à l'employeur le soin d'organiser l'exécution du travail.

⁷¹⁹ Cass. Soc. 25 février 1988, n°85-40821, Bull. Civ. V, n°139 ; D 1988 somm. p. 320, obs. A. Lyon Caen ; Cass. Soc. 13 novembre 1990, n°88-45804, Bull. Civ. V, n°544 ; Cass. Soc. 22 janvier 1992, n°89-42841, Bull. Civ. V, n°25 ; JCP E 1993, II, 401, note J. Desprez.

⁷²⁰ Cf. P. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p.791 : « l'exécution du contrat relève, pour la plus grande part, du pouvoir de direction ». Dans le même sens, S. Frossard : « le pouvoir (...) se borne à l'exécution du contrat » (S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl. n°1340 du 11 février 2008). Cf. également J-M. Béraud : « Ce sont les prérogatives tirées de la subordination juridique qui permettent l'exécution d'un contrat de travail dont on sait le caractère incomplet. C'est par les instructions que l'employeur donne au salarié que le contrat peut s'exécuter » (« Le juge et le pouvoir patronal », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008).



Le contrat de travail fait ainsi figure de contrat « cadre », dont une des parties a la charge de définir par la suite les conditions particulières d'exécution⁷²¹ : le contrat de travail prévoit les conditions de sa propre exécution⁷²².

222. Comme le relève Monsieur le Professeur Radé⁷²³, les rapports entretenus entre pouvoir et contrat de travail peuvent être rapprochés de ceux qui relient décret d'application et loi. De même que le décret d'application prévoit les modalités concrètes d'application des dispositions générales de la loi, le pouvoir de l'employeur a pour finalité de permettre la mise en œuvre des dispositions du contrat de travail. De même que le décret d'application ne peut méconnaître les termes de la loi qu'il ne peut qu'appliquer, le pouvoir de l'employeur s'exerce dans la stricte limite des prévisions contractuelles et dans le seul but d'en permettre la bonne exécution.

Section 1. Identification des prérogatives patronales issues du pouvoir contractuel

223. Méthodologie. L'identification de la finalité du pouvoir de l'employeur créé par les parties rend possible celle des prérogatives qu'il recouvre. Il s'agit moins ici de dresser une liste abstraite de ces attributions (entreprise en toute hypothèse illusoire compte-tenu de leur nombre et de leur diversité) que de s'attacher aux (principales) prérogatives dont on constate en pratique que les employeurs les exercent, pour les confronter à la finalité du pouvoir et, à travers elle, à la volonté implicite des parties. Il s'agit d'opérer un contrôle de conformité des prérogatives patronales effectivement exercées à la finalité du pouvoir concédé, en d'autres termes d'opérer un contrôle de

⁷²¹ Cf. C. Radé, « A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », Dr. Soc. 1999, p. 3 : « le contrat de travail apparaît comme un contrat cadre fixant les grandes lignes de la relation de travail et renvoyant pour leur mise en œuvre dans l'entreprise, au pouvoir de direction de l'employeur ».

⁷²² En ce sens, l'usage du pouvoir n'est que l'exécution du contrat. Cf. J. Frossard, « les recours à l'action unilatérale », Dr. Soc. 1987, p. 496 : « les ordres donnés ne sont qu'une traduction de l'exécution de la convention liant employeur et salarié ». Cf. également P. Lokiec, qui envisage « le changement des conditions de travail comme mise en œuvre d'une prérogative contractuelle » (P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 208).

⁷²³ art. préc.



l'habilitation contractuelle⁷²⁴ : dans quelle mesure peut-il être considéré que telle prérogative est nécessaire à la mise en œuvre de la convention et, en conséquence, a été concédée par les parties dans le cadre de leur accord de volontés (étant précisé que, conformément à l'analyse de Demogue⁷²⁵, la volonté implicite s'entend non pas de la volonté que les parties sont *censées avoir eu* lors de la conclusion du contrat mais de celle qu'elles *auraient eu* si elles avaient envisagé la situation⁷²⁶) ?

223-1. Les prérogatives exercées par l'employeur peuvent être regroupées en plusieurs catégories. Il est notamment possible de distinguer entre celles s'apparentant à une direction technique du travail (sous-section 1), celles intéressant la direction des personnes (sous-section 2), celles revêtant un aspect disciplinaire (sous-section 3) et celles relevant de la direction économique de l'entreprise (sous-section 4).

Sous-section 1. Des prérogatives de direction « technique »

224. Un certain nombre de prérogatives exercées par l'employeur tiennent à l'organisation « technique » du travail. L'employeur organise l'entreprise, fixe les conditions matérielles dans lesquelles le travail est exécuté, définit les règles permettant le déroulement de l'activité de l'entreprise, les modalités rendant possible l'accomplissement des tâches composant la prestation de travail des salariés. Il s'agit ici plus d'une direction du travail que d'une direction des personnes : les salariés ont l'obligation de se conformer à l'organisation définie par l'employeur mais ils ne sont pas les « objets » premiers de la directive⁷²⁷.

⁷²⁴ Cf. A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Thèse, Paris X, 2006 ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

⁷²⁵ R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », RTD civ. 1907, p. 245 : « la volonté présumée des parties » n'est pas celle « qu'on peut croire qu'elles ont eue mais [celle] qu'elles auraient pu avoir en face de circonstances nouvelles qu'elles auraient peut-être dû prévoir ».

⁷²⁶ Comme le note A. Chiriez, si « les prérogatives qui permettent à l'employeur d'agir matériellement ou juridiquement ont été contractuellement admises par le salarié lors de la conclusion du contrat », pour autant il serait fictif de considérer que le salarié a effectivement envisagé chaque prérogative de l'employeur : « le salarié n'a certainement pas eu connaissance, lors de la signature, des variantes parfois très contraignantes que le pouvoir de direction peut induire au cours de la relation contractuelle » (A. Chiriez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. Ouv. 2003, p. 309).

⁷²⁷ A la différence des directives relevant d'un pouvoir de direction des personnes : voir infra, n°236 et s.



Il peut aisément être admis que la « direction technique » est effectivement confiée par les parties à l'employeur lors de la conclusion du contrat de travail. En tant que catégorie de prérogatives, la « direction technique » est conforme à la finalité du pouvoir concédé, qui est de permettre l'exécution du contrat par la mise en place d'une organisation adaptée⁷²⁸. Lorsqu'il contracte, le salarié accepte, ou au moins a conscience, que les modalités matérielles d'exécution de sa prestation de travail seront définies par l'employeur. Cette conformité à la finalité du pouvoir contractuel se vérifie à l'échelle de chacune des prérogatives effectivement exercées au titre de la « direction technique » : organisation des locaux et de l'environnement de travail (§1), choix des outils de travail (§2), définition des procédés de fabrication (§3), détermination du rythme de travail (§4), élaboration de l'organigramme (§5). Dans une large mesure, elles correspondent à la finalité du pouvoir de l'employeur et peuvent être jugées conformes à la volonté implicite des parties.

§1. Organisation des locaux et de l'environnement de travail

225. Droit positif. L'organisation des locaux et plus largement de l'environnement de travail, en termes de conception des infrastructures, de découpage des espaces de travail, d'architecture intérieure, est une prérogative de direction technique essentielle de l'employeur. Il s'agit d'un aspect fondamental, car premier, de l'organisation du travail.

226. Prévisions des parties. Cette prérogative, exercée dans le respect des règles légales⁷²⁹, peut sans difficulté être considérée comme correspondant à la volonté implicite des parties lors de la concession à l'employeur du pouvoir d'organisation. Le salarié admet qu'il revient à l'employeur de concevoir et d'organiser le lieu de travail⁷³⁰.

⁷²⁸ Sur la finalité du pouvoir contractuel de l'employeur, voir supra, n°220 et s.

⁷²⁹ C. trav. art. L 4221-1 et s ; R 4221-1 et s., imposant le respect d'un certain nombre de prescriptions pour la conception et l'utilisation des lieux de travail (règles d'aération, d'éclairage, de sécurité, règles tenant aux équipements sanitaires, etc.).

⁷³⁰ La question de la « répartition » des salariés dans les locaux est distincte : voir infra, n°239 et s. ; la question du changement géographique de lieu de travail également : voir infra, n°279.



§2. Choix des outils de travail

227. Droit positif. Le choix des moyens nécessaires à l'exécution du travail est également un aspect essentiel de l'organisation technique du travail. Il revient à l'employeur de sélectionner et de fournir les outils et instruments de travail (au sens large : tout objet utilisé pour l'exécution des fonctions), les matériaux et fournitures, machines, meubles, etc., qui permettent au salarié d'exécuter sa prestation de travail.

228. Prévisions des parties. Cette prérogative, conforme à la finalité de son pouvoir d'organisation, a été implicitement concédée à l'employeur lors de la conclusion du contrat. Celui-ci a la faculté, mais également l'obligation, de l'exercer effectivement : le salarié attend de l'employeur qu'il lui fournisse les moyens matériels d'exécuter sa prestation de travail. La carence de l'employeur en la matière (sorte « d'incompétence négative ») serait susceptible de caractériser une faute.

§3. Définition des procédés de fabrication

229. Droit positif. L'organisation de l'entreprise suppose la détermination des procédés « de fabrication » ou, plus largement, « de réalisation » du travail. Il revient à l'employeur d'édicter puis d'actualiser les prescriptions relatives aux modalités techniques de réalisation du travail. A ce titre il définit les méthodes de travail, les techniques, le savoir-faire à utiliser, les pratiques à mettre en œuvre. Il élabore les procédures à appliquer dans la réalisation du travail. Il décide de l'ordre dans lequel les diverses tâches doivent être exécutées. Il *prescrit* le travail⁷³¹.

230. Prévisions des parties. Cette prérogative de prescription du travail peut être considérée comme un objet de l'accord de volontés. L'employeur est investi de cette tâche et, corrélativement, est soumis à l'obligation de l'accomplir dans le respect de son

⁷³¹ Cf. M. Berthet et D. Cru, « Travail prescrit, travail réel et santé au travail : de nouveaux modes d'intervention ergonomique ? », Travail et Emploi n°96, Octobre 2003, p. 85 (disponible sur http://www.travail-solidarite.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et-Emploi/pdf/96_2366pdf).



devoir d'adaptation du salarié à son poste de travail⁷³², qui implique la maîtrise des méthodes de travail et de leurs évolutions⁷³³.

Mais l'accord de volontés des parties doit être nuancé au regard des adaptations qu'est susceptible d'apporter le salarié aux techniques d'exécution du travail définies par l'employeur, et qu'en pratique il apporte de manière quasi systématique⁷³⁴. Ces adaptations, qui relèvent à la fois de l'apport d'une « touche personnelle » et d'une capacité d'improvisation⁷³⁵, témoignent d'un écart entre le « travail prescrit » (la réalisation du travail telle que voulue par l'employeur) et le « travail réel » (le travail tel que réalisé effectivement par le salarié). Comme le relève Monsieur le Professeur Verkindt, « l'action de travail ne peut être la simple traduction de la prescription dans la réalité, dès lors qu'intervient (par définition) le facteur humain. Tout travail implique une infraction par rapport à la prescription »⁷³⁶. Si l'on s'attache à la volonté qui aurait été celle du salarié lors de la conclusion du contrat s'il avait envisagé cet écart (sa volonté implicite), il peut raisonnablement être considéré que son intention aurait été d'officialiser (de contractualiser) cette faculté d'adaptation, de se réserver une certaine marge de manœuvre dans le cadre des règles édictées par l'employeur⁷³⁷. En l'état, cette

⁷³² Cass. Soc. 25 Février 1992, n°89-41634, Bull. Civ. V, n°122 ; JCP G 1992, IV, 1243 ; D 1992, IR, p. 108 ; C. trav. art. L 1233-4.

⁷³³Cf. Cass. Soc. 18 décembre 2000, n°98-41975 : c'est à bon droit que, pour qualifier de faute grave la dissimulation de ses erreurs par une salariée, la Cour d'appel constate notamment que « l'employeur lui avait laissé un temps d'adaptation aux nouvelles méthodes de travail », de sorte qu'il « avait satisfait à son obligation d'adapter la salariée à l'évolution de son emploi ».

⁷³⁴Cf. P-Y. Verkindt, « L'évaluation du salarié sous le regard du juge », Dr. Soc. 2009, p. 48. Adde, N. Sandret, « Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail », Dr. Ouv. 2001, p. 11. C. Dejours, « L'évaluation du travail à l'épreuve du réel », INRA, 2003. O. Babeau, « Le décalage entre travail prescrit et travail réel : la dimension absente des manuels de management », Gestion 2000, 08/2008, p. 161.

⁷³⁵ Monsieur le Docteur Sandret, attaché à la Consultation de pathologie professionnelle de Créteil, rappelle que « dans toutes les tâches, le réel est différent du prescrit et le travailleur déploie son intelligence, son savoir-faire pour que le travail se réalise malgré tout. S'il ne faisait qu'appliquer strictement les consignes, c'est-à-dire la grève du zèle, le travail ne se ferait pas » (N. Sandret, « Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances », in « à quoi sert l'évaluation des salariés », dir. A. Jeammaud, RDT 2008, p. 498). Adde, D. Tibéri, « Travail prescrit, travail réel ! », Le nouvel éducateur n°182, Octobre 2006 : « Le travail réel ne s'oppose pas au travail prescrit, il est davantage une adaptation à la réalité, un signe d'intelligence en actes face à l'imprévu, au sensible, au vivant ! ».

⁷³⁶ P-Y. Verkindt, « L'évaluation du salarié sous le regard du juge », art. préc.

⁷³⁷ M. Berthet et D. Cru (art. préc.) rappellent que « dans l'idéal taylorien du travail industriel, la prescription a vocation à être totale ». Mais le modèle taylorien n'a plus cours et il ne peut pas être



volonté n'est pas prise en considération mais doit conduire à nuancer le caractère éventuellement fautif d'une exécution de son travail par le salarié qui ne serait pas tout à fait conforme aux techniques prônées par l'employeur.

§4. Détermination du rythme de travail

231. Droit positif. Au titre de l'organisation du travail, l'employeur est amené à définir le rythme de travail du salarié, sous diverses modalités. Dans son aspect le plus contraignant, le rythme de travail est exprimé sous forme de cadences ou de quotas (production d'un certain nombre de pièces⁷³⁸, réalisation de certaines tâches, « traitement » d'un certain nombre de clients, en un temps défini⁷³⁹...). Dans son aspect le plus souple (exception faite du cas de l'absence de tout rythme de travail imposé), le rythme de travail est défini en termes de délais pour la réalisation d'une activité d'ensemble (achèvement d'un projet, clôture d'un dossier...) mais aucun délai n'est fixé pour l'exécution des différentes tâches la composant, le salarié disposant d'une large autonomie sur ce point. Entre ces deux extrêmes, le degré de précision avec lequel est défini le rythme de travail est susceptible d'une infinité de déclinaisons (projet à accomplir avec des délais d'étapes plus ou moins nombreux à respecter...), à laquelle répond une diversité de degrés d'autonomie du salarié. Le rythme de travail peut également n'être qu'implicitement déterminé par l'employeur qui, sans exigence expresse de cadences ni de délais, attribue au salarié une charge de travail⁷⁴⁰, c'est-à-dire un certain nombre de tâches à accomplir, plus ou moins imposante et en perpétuel renouvellement. Rapportée à la durée du travail du salarié, cette charge de travail exprime le rythme de travail imposé sans être expressément quantifié, d'où l'importance

présupposé que les parties au contrat entendent inscrire leurs relations dans le cadre d'un tel mode d'organisation du travail. Elles n'entendent pas exclure toute adaptation du travail prescrit.

⁷³⁸ Cf. pour un exemple jurisprudentiel ancien : Cass. Soc. 22 janv 1975, n°73-40548 (passage de 32 à 34 « fournées » de cuisson de pneus par équipes au sein d'une usine de la société Michelin).

⁷³⁹ Cf. pour un exemple jurisprudentiel récent : Cass. Soc. 20 octobre 2010, n°08-44594, Bull. Civ V, n°237 ; JCP S 2010, Act. 517 : relève du pouvoir de l'employeur la modification des cadences de travail consistant pour des salariées exerçant des fonctions de femmes de ménage, à ne devoir consacrer que trois quarts d'heure, et non plus une heure, au nettoyage d'une cage d'escalier.

⁷⁴⁰ Cf. M-A. Moreau, « Temps de travail et charge de travail », Dr. Soc. 2000, p. 263.



d'une charge de travail en adéquation avec la durée du travail⁷⁴¹. Même sans référence à la durée du travail⁷⁴² et sans exigence expresse de délai, la charge de travail imprime un rythme à l'exécution du travail dès lors que chaque nouvelle tâche attribuée conduit implicitement le salarié à percevoir qu'il doit achever l'exécution des précédentes, ce qui peut le conduire à avoir le sentiment « d'être en retard dans son travail », de sorte qu'il devrait en « accélérer » le traitement et être plus « productif » (en particulier si des exigences générales de productivité ou de rentabilité sont formulées par l'entreprise). La charge de travail exprime d'abord une quantité de travail, mais celle-ci influe nécessairement sur le rythme de travail.

Le recours à l'une ou l'autre de ces diverses formes d'expression du rythme de travail dépend d'abord du type de prestation de travail à accomplir et du degré d'autonomie du salarié qu'elle implique, mais également des choix opérés par l'employeur qui entend encadrer plus ou moins strictement l'activité du salarié. La prérogative exercée par l'employeur est donc double : définition du rythme de travail (degré d'exigence en termes d'intensité du rythme), mais également choix du mode de définition du rythme de travail (expression du degré d'exigence).

232. Prévisions des parties. Ces deux prérogatives de l'employeur semblent résulter de l'accord de volontés des parties, sous plusieurs limites cependant. S'agissant de la définition du rythme de travail en lui-même, plus encore que les autres prérogatives « de direction technique », compte-tenu de son potentiel destructeur, cette prérogative n'est consentie que dans le strict respect de l'exigence de préservation de la santé du salarié⁷⁴³ ; le rythme de travail doit être raisonnable. S'agissant du mode de définition du rythme de travail, s'il peut être admis que le salarié accepte de confier sa détermination à l'employeur, c'est sous réserve que le choix de celui-ci ne soit pas manifestement

⁷⁴¹ A défaut, une charge de travail excessive présente le double risque, d'une part d'inciter le salarié à travailler au-delà de sa durée du travail, diluant ainsi l'intensité du travail au prix d'un empiètement sur le temps de sa vie personnelle, d'autre part d'une mise en danger de la santé du salarié, les deux risques étant cumulatifs. Voir infra, n°325.

⁷⁴² Notamment pour les salariés soumis à une convention de forfait en jours. Sur le forfait en jours et sa nature d'exception légale injustifiée au principe d'illicéité du travail à la mission, voir supra, n°114 et s.

⁷⁴³ Sur l'exigence de préservation de la santé du salarié et sur son caractère de limite au pouvoir de l'employeur sous tous ses aspects, voir infra, n°316 et s.



incompatible avec la nature de ses fonctions. Un salarié dont les fonctions postulent par essence une certaine autonomie ne reconnaît pas à l'employeur, lorsqu'il contracte, la faculté d'encadrer chaque étape de son activité dans de trop stricts et systématiques délais ; un encadrement excessif serait certainement fautif au regard de la méconnaissance de l'habilitation contractuelle qu'il caractériserait. A l'inverse, si l'employeur veut déterminer le rythme de travail d'un salarié exerçant des fonctions d'exécution répétitives, il ne peut le faire que par référence à une cadence de travail⁷⁴⁴. Sous ces réserves, il peut être considéré que la définition du rythme de travail est une prérogative contractuelle de l'employeur à laquelle doit se conformer le salarié⁷⁴⁵.

§5. Elaboration de l'organigramme

233. Droit positif. La faculté donnée à l'employeur de définir l'organigramme de l'entreprise peut également être rattachée à ses prérogatives « de direction technique ». L'employeur structure l'entreprise en différents services ou départements dont il définit les rôles et les compétences et dont il organise la coordination. Par ailleurs, il décide de la structure hiérarchique de l'entreprise. Son pouvoir unilatéral en la matière est reconnu⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ Mais le contrôle des cadences institué en cours d'exécution du contrat de travail est susceptible d'être abusif (Cass. Soc. 29 mai 2002, n°00-40996 : salariée jugée par son employeur trop lente dans l'exécution de son travail, et affectée en conséquence à un poste soumis à un contrôle des cadences. La réaffectation et le contrôle des cadences ont la nature d'une sanction disciplinaire, abusive dans la mesure où l'employeur avait « sciemment maintenu [la salariée] à un poste qu'elle était incapable de tenir »).

⁷⁴⁵ La Cour de cassation a plusieurs fois approuvé des Cours d'appel d'avoir jugé que le fait pour un salarié de réduire volontairement la cadence de travail définie par l'employeur caractérisait une cause réelle et sérieuse de licenciement. Cf. Cass. Soc. 31 mai 2000, n°98-42845 (salarié ayant « *modifié, sans autorisation de l'employeur, le fonctionnement de la machine sur laquelle il travaillait, ce qui avait eu pour effet de réduire sa cadence de travail et sa productivité* ») ; Cass. Soc. 14 mai 1998, n°96-41974 (salarié ayant « *volontairement ralenti ses cadences de travail, fabriqué des pièces inutiles et omis d'effectuer les finitions* ») ; Cass. Soc. 12 novembre 1991, n°90-41914 (salarié ayant « *volontairement diminué sa cadence de travail pendant plusieurs jours consécutifs, malgré les mises en garde de l'encadrement* »). En revanche le non-respect des cadences ne constitue pas à lui seul une faute grave (cf. Cass. Soc. 8 octobre 1992, n°91-43069 : « ayant constaté que les défauts des pièces n'étaient pas établies, la cour d'appel a pu décider que le non-respect des cadences n'était pas de nature à rendre impossible le maintien du contrat de travail pendant la durée du préavis et n'était pas constitutif d'une faute grave »).

⁷⁴⁶ En ce sens, M-A Moreau, « Temps de travail et charge de travail », Dr. Soc. 2000, p. 263 : « Les exigences d'organisation de l'entreprise et le pouvoir de direction de l'employeur ont toujours justifié que l'organigramme de l'entreprise soit établi par l'employeur ».



234. Prévisions des parties. Il peut être admis que ces prérogatives ont fait l'objet d'un accord de volontés dans la mesure où la conclusion du contrat de travail est destinée à intégrer le salarié dans une structure organisée, mais une difficulté surgit au regard de la faculté reconnue par la jurisprudence à l'employeur de modifier la structure hiérarchique de l'entreprise par la création « *de niveaux intermédiaires* »⁷⁴⁷. En effet, le degré de responsabilités qu'il détient est apprécié par le salarié, objectivement, au regard de l'importance des responsabilités considérées en elle-même, mais également subjectivement, au regard de la position qu'elles lui confèrent dans la hiérarchie de l'entreprise. Il est assez artificiel de nier l'importance que peut revêtir dans la pratique le statut hiérarchique, pour tous les acteurs de l'entreprise⁷⁴⁸. L'employeur qui modifie la position du salarié dans la hiérarchie de l'entreprise dénature autant son emploi (modifie autant son contrat de travail) qu'en lui retirant des responsabilités⁷⁴⁹ ; il n'a été contractuellement habilité à aucune de ces deux mesures.

235. Prérogatives de « direction technique » : propos conclusifs. Il ne peut être déduit de l'habilitation contractuelle de l'employeur à l'exercice des prérogatives de direction technique que peu de limites spécifiques. Ce faible encadrement s'explique par ce que le salarié n'est pas « l'objet » premier de ces directives qui ne le contraignent qu'indirectement. En revanche, nous verrons que les limites générales du pouvoir définies par l'habilitation contractuelle⁷⁵⁰, au premier rang desquelles le respect des impératifs de sécurité ou de dignité, encadrent strictement l'exercice de chacune des prérogatives de direction technique, en garantissant le salarié contre leurs répercussions personnelles.

⁷⁴⁷ Cass. Soc. 9 février 2011, n°09-41227, JCP S 2011, 1136 ; Cass. Soc. 12 mai 2010, n°09-41007, JCP S 2010, 1356, note A. Martinon ; Cass. Soc. 5 mai 2009, n°07-44898 ; Cass. Soc. 6 février 2008, n°06-45863 ; Cass. Soc. 12 juillet 2006, n°04-47175.

⁷⁴⁸ En témoigne l'expression répandue de « N + 1 », « N + 2 », etc.

⁷⁴⁹ Sur la dénaturation de l'emploi par retrait de responsabilité, voir supra, n°100.

⁷⁵⁰ Sur ces limites, voir infra, n°291 et s.



Sous-section 2. Des prérogatives de direction « des personnes »

236. L'employeur exerce de nombreuses prérogatives procédant d'une « direction des personnes ». Il s'agit de l'organisation du travail dans son aspect le plus directement lié à la personne du salarié, qui se traduit par l'émission de directives influençant directement son comportement et réputées nécessaires à l'organisation de l'entreprise ainsi qu'à la mise en œuvre du contrat de travail. A ce titre, l'employeur attribue au salarié les tâches relevant de son emploi qu'il entend lui faire accomplir (§1), l'affecte à un poste de travail (§2), lui fixe des objectifs (§3), procède à son évaluation (§4), exerce une surveillance (§5), lui impose éventuellement le port d'une tenue vestimentaire particulière (§6), décide de ses horaires et de son lieu de travail (§7)...

Certainement le salarié a-t-il consenti « à ce que ses actions soient dirigées plus ou moins étroitement pour la réalisation de la prestation de travail à laquelle il s'engage »⁷⁵¹, de sorte que la conformité du principe même de l'existence de prérogatives de « direction des personnes » à l'habilitation contractuelle semble acquise. Ces prérogatives sont le reflet de l'obligation contractuelle de subordination souscrite par le salarié⁷⁵². Mais leur caractère contraignant et le rattachement assez lointain de certaines d'entre elles aux exigences d'organisation du travail justifient que la légitimité de chacune d'elles, au regard de la finalité du pouvoir de l'employeur et des prévisions du salarié lors de la conclusion du contrat, soit vérifiée.

§1. Attribution des tâches

237. Droit positif. Au titre de son pouvoir d'organisation du travail, l'employeur dispose de la faculté de décider des tâches que doit exécuter le salarié. Dans le respect de « l'espèce » de travail convenue qui marque la frontière matérielle de la sphère de

⁷⁵¹ S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.

⁷⁵² Voir supra, n°26.



subordination, l'employeur peut affecter le salarié à la réalisation de tâches diverses⁷⁵³. Cette faculté s'exprime à différents degrés : au quotidien, l'employeur prescrit l'exécution de tâches ponctuelles, procède à un « tri » entre les différentes tâches habituelles du salarié, définit les priorités ; il dirige l'activité du salarié au plus près de son exercice courant. Par ailleurs, l'employeur peut modifier durablement les tâches du salarié en substituant une tâche nouvelle à une tâche ancienne⁷⁵⁴ même lorsque l'exécution de cette tâche occupe la totalité du temps de travail du salarié ; il s'agit alors d'une modification beaucoup plus profonde de l'activité du salarié, même lorsqu'elle relève de l'emploi convenu.

238. Prévisions des parties : attribution de la prérogative. L'accord de volontés des parties quant à la détention par l'employeur de telles prérogatives peut être admis dans la mesure où elles correspondent à une exigence essentielle en matière d'organisation pratique du travail. Lors de la conclusion du contrat, le salarié contracte au regard d'une « espèce » de travail⁷⁵⁵ dont il admet qu'elle recouvre une diversité de tâches potentiellement variables selon les choix de l'employeur. Le consentement du salarié à l'attribution de cette prérogative d'affectation à l'employeur se fait cependant sous une stricte réserve, celle du respect de la nature de l'emploi, qui peut être méconnue par divers usages abusifs du pouvoir d'affectation⁷⁵⁶. Les limites contractuelles de cette prérogative patronale se confondent avec les limites matérielles de la sphère de subordination⁷⁵⁷.

§2. Affectation à un poste de travail

239. Droit positif. Outre le choix de ses tâches, l'employeur décide également du poste de travail du salarié. Si les deux notions sont parfois utilisées comme synonymes (le

⁷⁵³ Sur cette faculté de l'employeur et ses limites contractuelles, voir supra, n°86 et s.

⁷⁵⁴ Cf. l'exemple classique de l'affectation d'une salariée employée en qualité d'ouvrière agricole, à l'engainage des bananes en lieu et place de la cueillette des citrons (Cass. Soc. 10 mai 1999, n°96-45673, Bull. Civ. V n°199, RJS 6/99 n°791, Dr. Soc. 1999 p. 736 obs B. Gauriau).

⁷⁵⁵ Sur l'exigence contractuelle de détermination de « l'espèce » du travail, Voir supra, n°67 et s.

⁷⁵⁶ Voir supra, n°90 et s.

⁷⁵⁷ Sur les limites matérielles de la sphère de subordination, voir supra, n°64 et s.



poste désignant un ensemble de tâches), la notion de poste s'entend également dans une acception strictement « géographique » : où le salarié travaille-t-il au sein du lieu de travail⁷⁵⁸ ? L'emploi du salarié conjugué au découpage de l'entreprise en services ou départements⁷⁵⁹ opère en général une première orientation, mais la « localisation » précise du salarié⁷⁶⁰ est ensuite définie par l'employeur, en termes d'attribution d'un bureau, d'affectation à une machine, à un emplacement dans un atelier ou un local... La question peut sembler prosaïque mais elle affecte les conditions de travail au quotidien, parfois dans des proportions importantes⁷⁶¹.

240. Prévisions des parties : attribution de la prérogative. A priori, cette prérogative de détermination du poste de travail du salarié, qui n'est pas sans lien avec la prérogative -technique- d'organisation des locaux⁷⁶², relève du champ du pouvoir contractuel confié à l'employeur. C'est d'ailleurs la position de la Cour de cassation qui a notamment eu l'occasion de confirmer que « *le changement de bureau (...) relève du pouvoir de direction de l'employeur* »⁷⁶³. La seule limite⁷⁶⁴ à l'exercice de cette prérogative tient, classiquement, à l'absence d'abus dans son exercice : manifestement la faculté de décider du poste de travail n'a pas été concédée afin d'être utilisée à des fins vexatoires ou de harcèlement moral⁷⁶⁵.

⁷⁵⁸ La question du lieu de travail en lui-même est distincte.

⁷⁵⁹ Sur les prérogatives de l'employeur en matière d'organisation des locaux, voir supra, n°225.

⁷⁶⁰ Monsieur Waquet parle de « répartition du personnel dans les lieux » (« La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p. 791).

⁷⁶¹ Que l'on songe par exemple au cas de l'affectation d'un salarié en « open space », plutôt que dans un bureau personnel.

⁷⁶² Voir supra, n°225.

⁷⁶³ Cass. Soc. 17 février 1999, n°96-44851.

⁷⁶⁴ Outre les limites générales du pouvoir de l'employeur: infra, n°291 et s.

⁷⁶⁵ Le retrait d'un bureau personnel peut contribuer à révéler un comportement fautif de l'employeur (cf. Cass. Soc. 12 juillet 1999, n°97-41532 : retrait de bureau personnel conjugué à un retrait de responsabilités et d'un véhicule de fonction), ou constituer en lui-même un comportement fautif (Cf. Cass. Soc. 29 juin 2005, n°03-44055 : employeur ayant « affecté la salariée dans un local exigü et sans outils de travail (...), dépourvu d'un chauffage décent », ce dont la Cour d'appel a, à bon droit, déduit l'existence d'un harcèlement moral). A l'inverse, la mesure n'est pas abusive lorsque l'employeur peut justifier de sa nécessité (Cf. Cass. Soc. 23 novembre 2005, n°04-46152, Bull. Civ. V, n°334 : le « changement de bureau était motivé par le souci de la direction de rapprocher la surveillante générale de ses propres bureaux »).



§3. Fixation des objectifs

241. Tant le droit positif (I) que le salarié (II) reconnaissent à l'employeur la faculté de fixer des objectifs, mais dans certaines limites.

I. Droit positif : la reconnaissance d'une prérogative patronale de fixation des objectifs

242. La « direction des personnes » s'exprime également par la fixation d'objectifs aux salariés, plus ou moins formalisés et plus ou moins précis : objectifs « quantitatifs » exprimés en termes de chiffre d'affaires à réaliser, d'interventions à effectuer, etc., mais également objectifs dits « qualitatifs » plus difficilement mesurables (qualité de l'accueil, réactivité...). Il est largement admis que la fixation des objectifs, tant collectifs qu'individuels, relève de la seule compétence de l'employeur dans le cadre de la gestion de l'entreprise dont il a la charge. Monsieur Waquet considère ainsi que « la définition des objectifs est ontologiquement un attribut du pouvoir de direction »⁷⁶⁶. La fixation d'objectifs est conçue par la jurisprudence comme une prérogative patronale⁷⁶⁷ bien que l'employeur sollicite parfois l'acceptation du salarié par la voie contractuelle (rappel des objectifs dans le contrat de travail, présentation des nouveaux objectifs par voie d'avenant...).

⁷⁶⁶ « Les objectifs », P. Waquet, Dr. Soc. 2001, p. 120. Dans le même sens, Madame Renaux-Personnic considère que « la notion d'objectifs relève des choix de gestion de l'employeur. Il est seul habilité à adapter les performances du salarié à la situation du marché » (V. Renaux-Personnic, « De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs », RJS 2001, p. 99).

⁷⁶⁷ Si la Cour de cassation a pendant une brève période semblé exiger la fixation contractuelle des objectifs et refuser toute portée aux objectifs fixés unilatéralement par l'employeur (Cass. Soc. 18 avril 2000, n°97-43743, Bull. Civ. V, n°138 ; Cass. Soc. 12 juillet 2000, n°98-43604), cette position n'a pas perduré (Cass. Soc. 14 novembre 2000, n°98-42371, Bull. Civ. V, n°367 ; Dr. Soc. 2001, p. 99, obs. P. Waquet ; JCP E 2001, p. 574, note F. Petit ; TPS 4/2001, chron. 7 ; RJS 2001, n°22 ; SSL 27 novembre 2000, p.9). La Cour a finalement expressément rattaché la définition des objectifs au pouvoir de l'employeur (Cass. Soc. 22 mai 2001 n°99-41970, Bull. Civ. V, n°180 : « les objectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction » ; Cf. dans le même sens Cass. Soc. 30 mars 2011, n°09-42737 : « lorsque les objectifs sont définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, celui-ci peut les modifier dès lors qu'ils sont réalisables et qu'ils ont été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice »).



II. Prévisions des parties : une prérogative de fixation des objectifs encadrée

243. Accord sur le principe. L'existence de cette prérogative est-elle conforme à l'accord de volontés initial ? Le consentement du salarié à la concession à l'employeur de cette prérogative de fixation d'objectifs peut être présumé dans la mesure où la fixation des objectifs n'est pas sans lien avec la gestion économique de l'entreprise. Il peut être considéré que le salarié admet que l'employeur définisse et quantifie les buts à atteindre. Néanmoins, l'accord du salarié à l'habilitation de l'employeur ne peut être donné que sous un certain nombre de réserves.

244. Exigence de réalisme. En premier lieu, le salarié confie à l'employeur la faculté de ne fixer que des objectifs réalistes, ce qui semble être la moindre des exigences. L'employeur doit définir des objectifs cohérents au regard de l'activité de l'entreprise, de la situation économique et des capacités du salarié, ce que la jurisprudence rappelle de manière constante⁷⁶⁸. La fixation d'objectifs irréalisables manifeste un usage de sa prérogative contractuelle par l'employeur excédant les termes de son habilitation, et ce, que l'objectif ait vocation à entraîner des conséquences⁷⁶⁹ en termes de rémunération ou de pérennité du contrat de travail (« l'irréalisme » paralyse alors ces conséquences), ou qu'il soit purement indicatif. Si la fixation d'objectifs utopiques dans le seul but de « motiver » le salarié, de le pousser à « se dépasser », sans que leur non atteinte entraîne de conséquences défavorables pour lui, aurait pu à première vue paraître admissible, ses conséquences potentielles en termes de stress conduisent à exclure ce type de « stratégie » dont il est difficile de considérer que le salarié l'aurait implicitement

⁷⁶⁸ Cass. Soc. 30 mars 1999, n°97-41028, Bull. Civ. V, n°143 (exigence d'objectifs « raisonnables et compatibles avec le marché » ; formulation reprise par Cass. Soc. 13 janvier 2009 n°06-46208, D 2009 p1931, obs T. Pasquier. Cf. également Cass. Soc. 20 octobre 2010, n°09-65175) ; Cass. Soc. 14 novembre 2000, n°98-42371, Bull. Civ. V, n°367, préc. (exigence d'objectifs « réalistes ». Adde, Cass. Soc. 13 mars 2001, n°99-41812, Bull. Civ. V, n°86 ; Cass. Soc. 22 mai 2001, n°99-41970, Bull. Civ. V, n°180 ; Cass. Soc. 23 mars 2011, n°09-43294) ; Cass. Soc. 6 novembre 2008, n°07-43363, D 2009, p. 590, obs. T. Pasquier (exigence d'objectifs « réalisables ». Adde, Cass. Soc. 2 mars 2011, n°08-44977 ; Cass. Soc. 30 mars 2011, n°09-42737).

⁷⁶⁹ Sur la diversité des conséquences éventuellement tirées de la non réalisation des objectifs par le salarié, voir infra, n°47.



acceptée⁷⁷⁰. Le caractère réaliste des objectifs fixés doit être considéré comme une réserve impérative, quelle que soit par ailleurs leur portée.

245. Exigence d'adaptabilité. En deuxième lieu, mais ce point est lié au premier, le salarié entend que les objectifs fixés revêtent une certaine souplesse, c'est-à-dire qu'ils soient adaptés aux événements postérieurs à leur fixation. Une dégradation du contexte économique doit entraîner une révision à la baisse des objectifs fixés, ce que la jurisprudence confirme en matière de licenciement prononcé pour insuffisance de résultat⁷⁷¹ comme en matière de détermination de la rémunération variable⁷⁷² ; de même, les événements tenant à la personne du salarié (absence pour maladie...) doivent être pris en compte et les objectifs proratisés. Le salarié ne contracte qu'une obligation de moyens, non de résultat, de sorte que les « imprévus » ne peuvent lui être reprochés.

246. Exigence de moyens. En troisième lieu, le salarié ne concède à l'employeur la faculté de fixer les objectifs que pour autant qu'il lui fournisse les moyens matériels permettant de les atteindre, en termes de mise à disposition des outils de travail, de contacts avec les clients⁷⁷³... La réserve rejoint celle de la bonne foi : l'employeur ne peut pas se comporter de manière incohérente en imposant des objectifs tout en rendant leur réalisation impossible.

247. Réserves quant aux conséquences. Enfin, le consentement du salarié à l'existence d'objectifs fixés par l'employeur n'emporte pas nécessairement consentement à toutes les conséquences que ce dernier peut prétendre tirer de leur défaut de réalisation.

D'une part, aucune conséquence financière n'est envisageable sans un consentement

⁷⁷⁰ La fixation d'objectifs excessifs peut être à l'origine d'une surcharge de travail et la jurisprudence, notamment celle des juridictions de sécurité sociale, en tient compte. Cf. infra, n°325.

⁷⁷¹ L'insuffisance de résultats ne peut être reprochée au salarié si elle s'explique par les difficultés du marché ou de l'entreprise (Cf. par exemple Cass. Soc. 3 février 1999, n°97-40345).

⁷⁷² Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°06-46208, préc. Les objectifs étaient « trop ambitieux et le marché atone », de sorte que le salarié ne pouvait pas être privé de part variable du fait de leur non réalisation ; il revient aux juges du fond de fixer le montant de la part variable.

⁷⁷³ Le choix et la mise à disposition des outils de travail est d'ailleurs une prérogative et une obligation de l'employeur, indépendamment des objectifs éventuellement fixés : voir supra, n°227-228.



exprès du salarié. La réalisation ou la non réalisation des objectifs ne peut avoir de répercussions sur le salaire que si les parties ont convenu de l'existence d'une part variable de rémunération⁷⁷⁴ et en ont déterminé les règles et modalités de calcul ; l'employeur n'a aucun pouvoir unilatéral sur le salaire et ne peut donc décider seul de le moduler en fonction du degré de réalisation des objectifs.

D'autre part, il est exclu que le salarié ait pu consentir, lors de la conclusion du contrat, à ce que la non réalisation des objectifs fixés soit susceptible d'entraîner automatiquement la rupture du contrat de travail. D'abord, parce que le caractère d'ordre public du droit du licenciement exclut la pré-constitution d'un motif de rupture, ensuite parce que l'obligation de moyens souscrite par le salarié fait obstacle à la sanction automatique d'un défaut de résultat. Le non accomplissement des objectifs ne peut suffire à justifier un licenciement⁷⁷⁵, même si le contrat contient une clause en ce sens⁷⁷⁶ ; il reviendra en toute hypothèse au juge prud'homal d'apprécier si l'insuffisance des résultats est imputable à une faute du salarié ou révèle son insuffisance professionnelle. La question dépasse celle des objectifs et rejoint en réalité celle de l'appréciation des aptitudes professionnelles du salarié, c'est-à-dire de son évaluation.

§4. Evaluation du salarié

248. L'analyse de la volonté implicite des parties révèle une distorsion entre l'état du droit positif (I) et le domaine de l'habilitation contractuelle (II).

⁷⁷⁴ Sur le caractère nécessairement contractuel du mode de rémunération, voir infra, n°353 et s.

⁷⁷⁵ La jurisprudence juge de manière constante que « *l'insuffisance des résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement* » (Cass. Soc. 30 mars 1999, n°97-41028, Bull. Civ. V, n°143 ; Cass. Soc. 24 mai 2000, n°98-42981 et n°98-41614, Liais. Soc. n°680, p. 2 ; Cass. Soc. 25 février 2003, n°00-42866 ; Cass. Soc. 26 novembre 2008, n°07-43633. A l'inverse, il était jugé antérieurement que la seule infériorité des résultats par rapport aux objectifs fixés justifiait la rupture (Cf. Cass. Soc. 16 février 1987, n°84-44426), de sorte que « lorsque les objectifs ne sont pas remplis, le litige [était] placé sur le terrain de l'inexécution du contrat » (F. Bousez et M. Moreau, « Performance et relations individuelles de travail », JCP E 1997, 654, p. 209).

⁷⁷⁶ Cf. Cass. Soc. 14 novembre 2000, n°98-42371, préc., qui rappelle que « aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement ».



I. Droit positif: la reconnaissance d'une prérogative patronale d'évaluation

249. Au cours de la relation de travail, l'employeur procède à l'évaluation du salarié. La notion « d'évaluation » n'est pas nouvelle, mais a évolué et renvoie désormais à des réalités diverses. « L'évaluation » s'entend d'abord de l'appréciation informelle que l'employeur porte, à tout moment de la relation de travail, sur le travail fourni par le salarié. Dans cette acception, elle est une pratique ancienne⁷⁷⁷, généralisée et profondément ancrée dans le droit du travail : l'appréciation de la qualité du travail fourni par le salarié est reconnue comme une prérogative de l'employeur, tant par la doctrine⁷⁷⁸ que par la jurisprudence qui, après avoir qualifié l'employeur de « *seul juge de la valeur professionnelle des salariés* »⁷⁷⁹, a considéré qu'il « *tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail de ses salariés* »⁷⁸⁰, faculté qui lui est également reconnue à travers la notion de période d'essai (qui a pour objet de permettre « *à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail* »⁷⁸¹) ou encore de licenciement motivé par une « *insuffisance professionnelle* », qui témoignent de ce qu'est attribué à l'employeur non seulement le droit d'évaluer le salarié mais

⁷⁷⁷ Cf. P. Waquet, « L'évaluation des salariés », Sem. Soc. Lamy 2003, n°1126, p. 7 : « il est probable que l'évaluation des salariés est aussi vieille que le monde. Dès le moment où un homme a eu la possibilité de commander ou de diriger, à quelque titre que ce soit, d'autres hommes, il les a évalués ».

⁷⁷⁸ S. Vernac qualifie l'employeur de « juge naturel des qualités professionnelles » (S. Vernac, « L'évaluation des salariés en droit du travail », D 2005, p. 924) ; F. Bousez et M. Moreau considèrent que « l'appréciation de la performance du salarié est une des prérogatives essentielles de l'employeur » (F. Bousez et M. Moreau, « Performance et relations individuelles de travail », JCP E 1997, 654, p. 209) ; P. Adam rappelle que « l'employeur a le "droit" d'évaluer le travail de ses salariés » (P. Adame, « Evaluation (illicite) des salariés et action collective », Dr. Ouv. 2008, p. 585) ; A. Lyon-Caen parle de « jugement patronal d'aptitude », et considère que « l'évaluation constitue un attribut du pouvoir de l'employeur (...). Elle est une des composantes des prérogatives que tout employeur puise dans le contrat de travail » (A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », D 2009, p. 1124) ; Pour P. Waquet, « il est certain que le pouvoir de direction implique le droit de porter une appréciation raisonnée sur les salariés de l'entreprise » (P. Waquet, « L'évaluation des salariés », Sem. Soc. Lamy 2003, n°1126, p. 8) ; Pour A. Chiriez, « la légalité de principe de la faculté qu'a l'employeur d'évaluer le salarié n'est pas contestable » (A. Chiriez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. Ouv. 2003, p. 309) ; M-C. Escande-Varniol écrit que « le jugement d'aptitude est un attribut du pouvoir de direction » (M-C. Escande-Varniol, « L'évaluation du salarié », in « le singulier en Droit du travail », dir. J-M Béraud et A. Jeammaud, Dalloz 2006 coll. Thèmes et comm, p.96).

⁷⁷⁹ Cass. Soc. 21 février 1990, n°87-41824, Bull. Civ. V, n°81 ; Cf également Cass. Soc. 24 octobre 1973, n°72-40543, Bull. Civ. V, n°511, qualifiant l'employeur de « *seul juge des aptitudes professionnelles de son personnel* » (Cf. Cass. Soc. 24 octobre 1973, n°72-40543, Bull. Civ. V, n°511).

⁷⁸⁰ Cass. Soc. 10 juillet 2002, n°00-42368.

⁷⁸¹ C. trav. art. L 1221-20.



également celui de tirer les conséquences d'une évaluation jugée insatisfaisante.

Mais l'évaluation s'entend également, dans un sens plus moderne⁷⁸², de véritables procédures formalisées et organisées censées permettre une appréciation complète de la prestation de travail du salarié dans ses différents aspects. Outre son « officialisation », la mise en œuvre d'une procédure d'évaluation marque une triple évolution au regard de l'appréciation informelle. D'une part, l'appréciation porte moins sur la prestation de travail conçue globalement que sur une diversité d'aspects de la prestation : les *objets* d'évaluation sont détaillés. D'autre part, l'évaluation ne résulte plus de la simple observation du travail fourni mais est réalisée dans un cadre et avec des méthodes définies : elle procède de la mise en œuvre de *techniques* d'évaluation⁷⁸³ dont la plus courante⁷⁸⁴ est l'entretien individuel entre le salarié et son supérieur hiérarchique direct. Enfin, l'évaluation donne lieu à une *notation* formalisée.

En tant que procédure également, l'évaluation est considérée comme une prérogative de l'employeur. Sous réserve qu'elles soient « pertinentes au regard de la finalité poursuivie », l'employeur peut mettre en œuvre des « méthodes et techniques d'évaluation »⁷⁸⁵. Le salarié doit « répondre de bonne foi aux demandes d'informations » qui présentent « un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes »⁷⁸⁶ ; le refus de participer à une telle évaluation est susceptible de caractériser une faute disciplinaire⁷⁸⁷. La faculté reconnue à l'employeur d'évaluer les salariés, y compris dans le cadre d'une procédure d'évaluation, est dans son principe admise (mais pas instituée)

⁷⁸² Cf. P-Y. Verkindt, « L'évaluation du salarié sous le regard du juge », Dr. Soc. 2009, p. 48 : « Evaluation. Le mot d'abord. Il a ce je-ne-sais-quoi de moderne, qui fleure bon l'objectivité décrétée ». Cf. dans le même sens A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », D 2009 p. 1124, qui note que « Partout fleurit l'évaluation. Comme si toute activité s'y prêtait sans risque ni inconvénient. L'entreprise moderne en a fait un exercice obligé ».

⁷⁸³ S. Vernac identifie quatre étapes dans la procédure d'évaluation : des critères d'appréciation, des techniques d'évaluation, une formalisation des résultats et un processus d'inférence ».

⁷⁸⁴ J-C. Sciberras, « Enjeu de performance pour l'entreprise et de respect pour les salariés », in « A quoi sert l'évaluation des salariés ? », dir A. Jeammaud, RDT 2008, p. 498.

⁷⁸⁵ C. trav. art. L1222-3.

⁷⁸⁶ C. trav. art. L1222-2.

⁷⁸⁷ Cf. Cass. Soc. 10 juillet 2002, préc : bien-fondé du licenciement pour faute grave d'une salariée ayant « refusé de se soumettre à plusieurs reprises à une évaluation de son travail ».



par le Code du travail.

II. Prévisions des parties : une prérogative d'évaluation strictement entendue

250. Dans quelle mesure peut-il être considéré que le droit de l'employeur d'évaluer le salarié, que reconnaît le droit positif, est conforme à l'habilitation contractuelle dont ont convenu les parties ? Jusqu'où le consentement du salarié peut-il être présumé ? La réponse varie selon le type d'évaluation, informelle (A) ou institutionnalisée (B).

A. Accord quant à l'appréciation informelle du travail

251. S'agissant de l'évaluation sous forme de simple appréciation informelle du travail accompli, l'accord des parties peut être présumé. Il est conforme à la finalité d'un pouvoir d'organisation de prévoir une faculté d'appréciation du travail réalisé, indispensable à l'identification et à la correction des défaillances. L'appréciation du travail fourni est nécessaire à l'organisation de l'entreprise. Le salarié, lors de la conclusion du contrat de travail, accepte de concéder à l'employeur un droit de regard sur sa prestation de travail qui lui permet de s'assurer de la qualité du travail et du respect de ses prescriptions⁷⁸⁸.

B. Accord réservé quant à la mise en œuvre de procédures d'évaluation

252. Le cas des procédures formelles d'évaluation est plus complexe. Trois séries de difficultés surgissent, intéressant les *objets* d'évaluation (1), ses *techniques* (2) et la *notation* qui en résulte (3).

⁷⁸⁸ Sur la prérogative de l'employeur de définir les procédés de fabrication, autrement dit, de prescrire le travail, voir supra, n°229 et s.



1. Réserves relatives aux objets d'évaluation

253. Utilisation de critères comportementaux. S'agissant des objets (ou critères) d'évaluation, il apparaît que les procédures d'évaluation tendent à développer un certain nombre de critères dits « comportementaux », procédant plus d'une évaluation de la personne ou de la personnalité du salarié que de son travail. Par exemple, le système d'évaluation mis en place en 2009 par le groupe Alstom⁷⁸⁹ institue une évaluation de la « résilience »⁷⁹⁰, de la « motivation et l'inspiration », des « relations interpersonnelles », de la « persévérance », ou encore de « la persuasion et de l'influence ». Dans le même sens, le système d'évaluation de la société GEMS prend en compte des critères tels que « l'énergie », « l'enthousiasme », « la décontraction »⁷⁹¹. La société Airbus a pour sa part mis en place un système d'évaluation portant notamment sur « le courage » des salariés⁷⁹². La société Wolters Kluwer avait en 2007 souhaité évaluer la capacité « d'innovation » des salariés⁷⁹³. En 2011 la société Bayard avait envisagé évaluer ce même critère, ainsi que « la créativité, l'innovation, la rigueur, l'implication » des salariés, avant de renoncer à son projet suite à l'intervention du CHSCT et de l'inspection du travail⁷⁹⁴.

Manifestement, de tels critères touchent à la personnalité du salarié. Or, s'il peut être admis que celui-ci autorise l'employeur à évaluer la qualité de son travail, il est en

⁷⁸⁹ TGI Nanterre, 2^e Ch., 20 novembre 2009, RG n°09/09717 ; CA Versailles, 1^{ère} Ch. 1^{ère} section, 26 mai 2011, RG n°09/09814.

⁷⁹⁰ Phénomène psychologique qui consiste, pour un individu affecté par un traumatisme, à prendre acte de l'événement traumatique pour ne plus vivre dans la dépression ; pour l'entreprise en cause : salariés ayant une aptitude « à rebondir après une déconvenue et qui gèrent bien la pression et les contraintes tout en restant concentrés sur leur activité, qui restent positifs, maintiennent un niveau d'enthousiasme (...) de bonnes relations de travail... ».

⁷⁹¹ TGI Versailles, 28 octobre 2010 (RG n°10/00270). Voir également les commentaires de David Métin et Anne Le Quinquis, avocats des parties (Sem. Soc. Lamy n°1471, 13 décembre 2010, p. 6).

⁷⁹² CA Toulouse, 4^e chambre section 1, 21 septembre 2011, n°11/00604 ; Voir également les articles consacrés au contentieux Airbus dans la presse générale : <http://eco.rue89.com/2011/01/04/airbus-a-t-il-le-droit-devaluer-le-courage-de-ses-cadres-183628> ; <http://www.libetoulouse.fr/2007/2011/01/la-cgt-au-tribunal-contre-airbus-big-brother.html> ; http://www.humanite.fr/27_12_2010-entretiens-annuels-un-passage-oblig%C3%A9-des-m%C3%A9thodes-contest%C3%A9es-460869.

⁷⁹³ TGI Nanterre 5 septembre 2008, RG 08/05737, Dr. Ouv. 2008, p. 592 ; Dr. Soc. 2009, p. 56.

⁷⁹⁴ Bulletin « Et voilà » n°3, décembre 2011, p. 3.



revanche exclu qu'il lui permette d'évaluer sa personnalité⁷⁹⁵. La volonté implicite du salarié ne peut être analysée que dans le sens d'une préservation de la sphère privée contre les intrusions de l'employeur⁷⁹⁶. Il ne peut pas être considéré que le salarié a implicitement concédé à l'employeur la faculté d'évaluer ses traits de caractère ; seule l'exécution matérielle du travail peut être appréciée, toute autre évaluation est illégitime.

254. Illicéité des critères comportementaux. L'évaluation d'un critère comportemental est illicite, et ce même si l'employeur prétend l'évaluer à partir de ses manifestations professionnelles. Admettre l'évaluation d'un comportement ou d'un trait de caractère au prétexte qu'il aurait éventuellement un retentissement sur l'exécution du travail, comme l'ont fait plusieurs juridictions du fond⁷⁹⁷, caractérise une immixtion injustifiée de l'employeur dans la vie privée du salarié à laquelle celui-ci ne peut être réputé avoir consenti. Pour autant, l'employeur n'est pas démuné ; il faut simplement admettre qu'il ne peut évaluer que *le travail* du salarié sans élargir l'évaluation aux traits de personnalité auxquels il pense pouvoir rattacher les tâches accomplies. Par exemple, prétendre évaluer « la capacité d'initiative » ou « d'innovation » d'un salarié est illicite car il s'agit d'un trait de caractère sur lequel l'employeur n'est pas légitime à porter un jugement global, à supposer un tel jugement possible. En revanche, l'employeur serait légitime, en évaluant le travail accompli au cours de l'année, à tenir compte *d'une*

⁷⁹⁵ D'ailleurs, la Cour de cassation vise uniquement « *le droit d'évaluer le travail des salariés* » : le travail, non la personne (Cass. Soc. . 10 juillet 2002, n°00-42368, prec.). Sur ce point, Pierre Bouaziz note que « contrairement à ce que l'on voudrait faire croire, les salariés et les syndicats ne sont pas opposés, par principe, aux évaluations (...). Là où naît la critique, c'est quand cela sert à évaluer autre chose que le travail » (P. Bouaziz, « L'évaluation des salariés en pratique », Les cahiers Lamy du CE, n°99, décembre 2010, p. 22).

⁷⁹⁶ Sur la limitation du pouvoir de l'employeur par l'impératif de respect de la vie personnelle, voir infra, n°308 et s.

⁷⁹⁷ Le Tribunal de grande instance de Nanterre dans le jugement précité du 20 novembre 2009, (RG n°09/09717) a écarté le grief tenant à l'illicéité des critères d'évaluation au motif qu'il s'agissait de « *critères comportementaux mais qui ont trait à l'exercice de la fonction* », c'est-à-dire que « *ce sont les qualités et les défauts du salarié qui sont examinés dans la perspective d'un meilleur exercice du travail* ». Dans le même sens, le Tribunal de grande instance de Versailles, dans le jugement précité du 28 octobre 2010 (RG n°10/00270), a énoncé que « *il apparaît normal que pour les salariés devant travailler en équipe ou ayant des fonctions d'animation ou d'encadrement par exemple, leur comportement constitue un critère à évaluer mais au regard de ces fonctions uniquement sous peine de glisser vers une évaluation de leur personnalité* » ; est donc licite la prise en compte de critères qui « *ne portent pas sur la personnalité et les traits de caractère mais sur les comportements au regard du travail à accomplir* ».



initiative particulière que le salarié aurait prise ou n'aurait pas prise dans le cadre de la réalisation *d'une tâche donnée*. L'employeur doit simplement se garder de prétendre à une évaluation trop globale et doit se borner à l'évaluation de données ponctuelles.

De même, en prétendant évaluer les « relations interpersonnelles », l'employeur empiète sur la vie personnelle du salarié, dont le caractère avenant ou au contraire taciturne, la facilité ou la réticence à créer des liens, etc., ne concernent que lui ; pour autant, l'employeur conserve la possibilité de tirer, sur le terrain disciplinaire, les conséquences d'un éventuel abus (impolitesse, incorrection...). Si un salarié a l'obligation d'être poli et respectueux envers ses collègues et supérieurs (obligation contractuelle et légale), il n'a pas celle de se montrer sympathique (trait de personnalité relevant de sa vie personnelle).

Dans le même sens, un trait de caractère tel que « l'influence » ne peut faire l'objet de l'évaluation : ni le charisme ni la discrétion d'une personne ne sont en rapport avec sa capacité à exécuter normalement ses fonctions. Cela ne prive pas l'employeur de la possibilité de tenir compte, dans la réalisation d'une tâche précise, du rôle de « meneur » joué par le salarié ; il ne peut simplement pas en tirer des conséquences générales sur ce qu'il croit être le degré « d'influence » du salarié.

Il en va de même du « courage » qui, à le supposer susceptible d'évaluation, est indifférent dans le cadre d'une relation de travail. Peu importe la « lâcheté » d'un salarié dès lors que sa prestation de travail est correctement réalisée. Quand bien même l'employeur croirait percevoir des manifestations professionnelles de ce trait de caractère, il n'est pas évaluable. C'est donc à très juste titre que la Cour d'appel de Toulouse saisie de la question de la licéité de ce critère a relevé que « *sa connotation morale rejait sur la sphère personnelle* », et qu'il est « *trop imprécis pour établir une relation directe suffisante avec une activité professionnelle identifiable* »⁷⁹⁸.

⁷⁹⁸ CA Toulouse, préc.



254-1. Outre que sa notation est nécessairement subjective⁷⁹⁹, un critère comportemental est en lui-même illicite, dans son existence même, car le salarié n'a pas autorisé l'employeur à l'inclure dans le champ de l'évaluation. La prise en compte d'un tel critère marque un dépassement des limites de la prérogative d'évaluation dont l'employeur est investi. En évaluant un comportement ou un trait de personnalité du salarié, l'employeur méconnaît les termes de l'habilitation contractuelle.

2. Réserves relatives aux techniques d'évaluation

255. S'agissant des techniques d'évaluation mises en œuvre, si la pratique de l'entretien individuel peut sembler conforme à la volonté implicite des parties, sous réserve de son impact sur la santé⁸⁰⁰, d'autres techniques paraissent beaucoup plus éloignées des prévisions contractuelles et, en les mettant en œuvre, l'employeur semble excéder les limites de la prérogative d'évaluation qu'il tire du contrat de travail.

256. *Auto-évaluation.* Un mécanisme d'auto-évaluation ne semble pas pouvoir être rattaché à la volonté implicite des parties compte-tenu, d'une part, du peu d'intérêt qu'il présente⁸⁰¹ et, d'autre part, de ce qu'il caractérise une « incompétence négative » de l'employeur qui se décharge de sa prérogative d'évaluation sur le salarié qui la lui avait pourtant confiée. Il ne saurait être imposé au salarié d'apprécier son propre travail et de révéler le résultat de son appréciation à l'employeur.

257. *Évaluation « à 360 degrés ».* De même, l'évaluation dite « à 360 degrés »⁸⁰² semble éloignée des prévisions des parties, dans la mesure où elle procède plus d'un mécanisme « d'enquête » ou de « procès » que d'une évaluation (avec toutes les conséquences potentielles en termes de stress), emportant démultiplication des évaluateurs. S'il peut être considéré que le salarié accepte, en concluant le contrat de travail, d'être évalué par

⁷⁹⁹ Voir infra, n°259.

⁸⁰⁰ Cf. N. Sandret, préc, qui en souligne le « potentiel destructeur ». Voir infra, n°330.

⁸⁰¹ Cf. en ce sens P-Y Verkindt, « L'évaluation du salarié sous le regard du juge », Dr. Soc. 2009, p. 48.

⁸⁰² Évaluation d'un salarié par ses supérieurs hiérarchiques, ses subordonnés, ses collègues de même niveau hiérarchique et éventuellement par les clients et interlocuteurs divers.



son employeur, il ne peut être déduit de sa volonté implicite son accord pour être évalué par la quasi-totalité des acteurs (et interlocuteurs) de l'entreprise. Son consentement à un tel degré de contrainte ne peut être présumé, de sorte qu'une telle évaluation ne devrait pas pouvoir être valablement imposée par l'employeur.

257-1. « Ranking ». Enfin, la pratique du « ranking »⁸⁰³, qui consiste à prédéterminer le nombre de salarié à classer dans chaque catégorie établie, semble également contraire aux prévisions des parties. Le « ranking » est en effet antinomique avec l'exigence d'objectivité de l'évaluation, puisque les quotas mis en place par l'employeur ont vocation à remettre en cause la « notation » du salarié résultant de la qualité objective de son travail. Le « ranking » subjectivise l'évaluation puisque le classement du salarié dépend autant de la qualité du travail de ses collègues que de la qualité de son propre travail. En cela il la prive de crédibilité et c'est ce qui permet de considérer que l'usage de cette technique d'évaluation n'a pas fait l'objet d'un accord de volonté.

3. Réserves relatives à la notation

258. Absence d'accord quant au principe même de la notation. L'acceptation du salarié à la concession d'une prérogative de notation à l'employeur est loin d'être évidente, compte-tenu du caractère infantilisant qu'elle revêt⁸⁰⁴. L'accord du salarié pour confier à l'employeur le droit de l'évaluer n'implique pas son accord pour être « noté ». L'exercice par l'employeur d'une faculté de notation ne paraît pas conforme à l'habilitation contractuelle qu'il a reçue en matière d'évaluation.

259. Encadrement de la faculté de notation. Subsidiairement, s'il avait pu être admis qu'en concédant à l'employeur la faculté d'évaluer le travail du salarié, les parties lui avaient également attribué celle de formaliser les résultats de son appréciation sous forme de notation, cela n'aurait pu être qu'à la condition que celle-ci soit objective et

⁸⁰³ Cf. Sur ce point S. Béal et P. Klein, « l'évaluation des salariés par "ranking" à nouveau contestée », JCP S 2011, 1566.

⁸⁰⁴ En ce sens, A. Chiriez, qui qualifie « d'assez infantilisant et parfois terrorisant [le pouvoir] de noter autrui » (A. Chiriez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. Ouv. 2003, p. 309).



transparente. Cette réserve s'oppose à tout système de notation subjectif et (ou) dépendant de l'arbitraire du « manager ». Sont ainsi exclues les échelles ou grilles de notation floues laissant une large marge d'appréciation à l'évaluateur, notamment en l'absence de barème ou d'indicateurs précis (par exemple : notation d'un critère qualitatif sous forme d'un pourcentage de réussite, ou d'un niveau atteint).

Sont également exclus les critères d'évaluation non quantifiables, parmi lesquels les critères « comportementaux », insusceptibles d'une notation objective, comme l'a relevé le tribunal de grande instance de Nanterre dans le cadre du litige relatif au système d'évaluation mis en place par l'entreprise Wolters Kluwer⁸⁰⁵. Il faut à cet égard reconnaître que, quel que soit le mécanisme de notation imaginé, les critères comportementaux sont *en eux-mêmes* incompatibles avec toute notation. Le système d'évaluation imaginé par Alstom⁸⁰⁶ en livre des exemples flagrants. L'entreprise prétendait évaluer la « persuasion et l'influence ». A supposer qu'il soit possible de cerner avec précision ce qui relève de la « persuasion », et qu'il s'agisse d'une qualité (à quel moment la « persuasion » devient-elle manipulation ?) il est impossible d'évaluer ce trait de caractère. Celui-ci devrait-il être évalué dans l'absolu ou en lien avec des missions précises de persuasion (exemple : persuader telle personne d'accepter telle chose) ? Devrait-il être tenu compte, dans l'évaluation de la « persuasion », du degré « d'influçabilité » de l'individu persuadé (puisqu'il y a moins de « mérite » à persuader une personne fortement influçable qu'à persuader une personne dotée d'un fort caractère) ? Doit-il être tenu compte des différences de niveau hiérarchique entre les acteurs (le supérieur hiérarchique ayant évidemment des arguments de poids pour « persuader » son subordonné de lui obéir...) ? Aucune précision n'était donnée sur ce point par l'entreprise, de sorte que le critère était impossible à noter objectivement. La « créativité » figure également parmi les critères retenus. Il n'existe pourtant aucun moyen d'évaluer la créativité d'une personne. A titre d'exemple, la reprise légèrement modifiée d'une technique ou d'un objet caractérise-t-elle la créativité, ou bien celle-ci

⁸⁰⁵ TGI Nanterre 5 septembre 2008, RG 08/05737, Dr. Ouv. 2008, p. 592 ; Dr. Soc. 2009, p. 56. Le Tribunal a souligné le « risque de subjectivité d'une notation basée sur le comportement du salarié devant adhérer à des valeurs d'entreprise ».

⁸⁰⁶ Supra, n°253.



n'est-elle caractérisée que par une réelle « invention » ? Par ailleurs, à quoi doit s'appliquer la créativité évaluée : aux méthodes de travail, à des inventions qu'il reviendrait aux salariés de réaliser ? Comme l'a souligné le tribunal de grande instance de Nanterre dans la décision Wolters Kluwer, le critère de la « créativité » (ou de « l'innovation ») doit être écarté car « les idées vraiment originales sont rares », de sorte que « ce comportement risque de n'avoir aucun effet sur la notation ». Enfin, Alstom avait inclus dans les critères celui de « planification et sens de l'organisation ». Mais les méthodes et la visibilité des techniques personnelles d'organisation et de planification de chacun sont susceptibles d'une infinité de déclinaisons, de sorte que ce qui peut paraître aux yeux de certains (à partir de leurs propres conceptions de l'organisation) comme de la désorganisation, peut se révéler chez d'autres être une organisation rationalisée et efficace du travail. Entre celui qui « prend son temps » et celui qui « travaille dans l'urgence », celui dont le poste de travail est soigneusement rangé et celui dont le poste de travail s'apparente à un « fouillis organisé », entre celui qui travaille selon un mode opératoire fixe et précis et celui qui travaille « à l'instinct », il est impossible de déterminer lequel doit recevoir la meilleure note lors de l'évaluation. En réalité, seul le résultat, la capacité à effectuer la prestation de travail demandée par l'employeur (sous réserve que celle – ci soit raisonnable au regard du temps de travail et des moyens), peuvent être évalués, à l'exclusion des traits de caractère du salarié ayant effectué cette prestation.

Pour aucun de ces traits de caractère, il n'est possible de définir une méthode objective de notation ; les critères comportementaux sont intrinsèquement insusceptibles de notation. La note, qu'elle soit exprimée sous forme de points, de pourcentage, de classement dans une catégorie, est entièrement dépendante de l'appréciation, nécessairement subjective, de l'évaluateur.

Tant en raison de l'atteinte à la vie personnelle du salarié qu'ils caractérisent⁸⁰⁷ qu'en raison de l'impossibilité de notation qui les affecte, il est exclu que les critères comportementaux puissent servir de base à l'évaluation ; l'employeur n'y a pas été

⁸⁰⁷ Supra, n°253-254.



contractuellement habilité.

§5. Surveillance du salarié

260. En matière de surveillance des salariés, le droit positif reconnaît à l'employeur des prérogatives bien plus étendues (I) qu'elles ne résultent en réalité de l'habilitation contractuelle (II).

I. Droit positif: une prérogative patronale de surveillance conçue extensivement

261. La faculté de l'employeur de surveiller les salariés est largement reconnue. Le Code du travail l'admet implicitement en l'encadrant⁸⁰⁸. La Cour de cassation énonce de manière constante que « *l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail* »⁸⁰⁹. Il est admis que l'employeur est autorisé à procéder à la surveillance de ses salariés au temps et au lieu du travail⁸¹⁰. Toutefois, la jurisprudence limite l'exercice de cette prérogative de surveillance par une exigence de loyauté, directement issue du droit de la preuve, qui implique l'interdiction des « *procédés clandestins de surveillance* », autrement dit de tout procédé dont l'existence n'aurait pas été portée préalablement à la connaissance du salarié⁸¹¹ et du comité

⁸⁰⁸ C. trav. art. L 2323-32 ; Art. L 1222-4.

⁸⁰⁹ Cass. Soc. 20 novembre 1991, n°88-43120, Bull. Civ. V, n°519 ; Cass. Soc. 22 mai 1995, n°93-44078, Bull. Civ. V, n°164 ; Cass. Soc. 4 février 1998, n°95-43421, Bull. Civ. V, n°64 ; Cass. Soc. 14 mars 2000, n°98-42090, Bull. Civ. V, n°101 ; Cass. Soc. 15 mai 2002, n°00-42885 ; Cass. Soc. 23 novembre 2005, n°03-41401, Bull. Civ. V, n°333 ; Cass. Soc. 7 juin 2006, n°04-43866, Bull. Civ. V, n°206.

⁸¹⁰ B. Bossu considère que « il est évidemment légitime pour un employeur de surveiller et de contrôler le travail effectué par le salarié » (B. Bossu, « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », RJS 2001, p. 663). Dans le même sens, A. Barège estime que « titulaire d'un pouvoir de direction et de gestion, l'employeur peut surveiller et évaluer ses salariés », autrement dit que « le contrôle de l'activité des salariés est une manifestation du pouvoir de direction » (JCP S 2010, 1457).

⁸¹¹ L'exigence jurisprudentielle (Cass. Soc. 20 novembre 1991, n°88-43120, préc.) trouve depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1992 un fondement légal (C. trav. art. L 1222-4: « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance »).



d'entreprise⁸¹². Cette exigence d'information préalable « condamne "l'espionnage" des salariés »⁸¹³. Sous cette réserve, la prérogative de surveillance détenue par l'employeur se décline sous diverses modalités : surveillance du salarié par des agents de sécurité⁸¹⁴, vidéosurveillance⁸¹⁵, enregistrement vocal⁸¹⁶, surveillance par un supérieur hiérarchique (même sans information préalable)⁸¹⁷. Tous ces modes de surveillance sont admis par le droit positif. En revanche, la filature d'un salarié par un détective privé a été jugée par nature illicite en tant qu'elle porte nécessairement atteinte à la vie privée de l'intéressé⁸¹⁸, et la géolocalisation du véhicule ne peut avoir pour objet la surveillance du salarié, mais seulement le contrôle de la durée du travail⁸¹⁹.

Par ailleurs, la surveillance du salarié peut prendre la forme de fouilles. Si la fouille de

⁸¹² C. trav. art. L 2323-32 : « Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ».

⁸¹³ J. Duplat, Avis, RJS 2003 p. 104.

⁸¹⁴ Cass. Soc. 8 décembre 1999, n°98-42785 (recevabilité du témoignage des agents de sécurité présents dans l'entreprise) ; Cass. Soc. 15 mai 2001, n°99-42219, Bull. Civ. V, n°167 (irrecevabilité en tant que preuve du rapport d'une société de surveillance à laquelle l'employeur avait fait appel « à l'insu du personnel »).

⁸¹⁵ Cass. Soc. 20 novembre 1991, n°88-43120, préc ; Cass. Soc. 7 juin 2006, préc.

⁸¹⁶ Cass. Soc. 14 mai 2000, n°98-42090, préc. : « La cour d'appel, qui a relevé que les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, a pu décider que les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable »

⁸¹⁷ Cass. Soc. 26 avril 2006, n°04-43582 (« la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite »).

⁸¹⁸ Cass. Soc. 26 novembre 2002, n°00-42401, Bull. Civ. V, n°352, Dr. Ouv. 2003, p. 249, note F. Samarito : il résulte des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L.120-2 [L 1121-1] du Code du travail « qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ».

⁸¹⁹ Cass. Soc. 3 novembre 2011, n°10-18036, JCP S 2011, Act. 446 : « utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ». Cf. également TGI Bordeaux, 1^{ère} Ch. Civ., 18 octobre 2011, RG 10/06131, qui a jugé le système de géolocalisation litigieux licite car poursuivant un but légitime (« optimiser la gestion des interventions »), mais a condamné la société défenderesse à « équiper ses véhicules de service d'un dispositif permettant la désactivation par le salarié lui-même de la fonction de géolocalisation et empêchant toute possibilité de récupération de quelque donnée que ce soit par l'employeur ».



son sac⁸²⁰ ou l'ouverture de ses correspondances (« physiques » ou électroniques) identifiées comme personnelles⁸²¹ ne peuvent être imposées au salarié, en revanche la fouille de son armoire personnelle⁸²² ou de ses fichiers et dossiers informatiques⁸²³ peuvent l'être, à la condition qu'il soit présent ou au moins préalablement informé.

262. La faculté de surveillance que détient l'employeur s'exprime sous diverses formes. Dans quelle mesure sont-elles conformes aux prévisions implicites des parties ?

II. Prévisions des parties : une prérogative patronale de surveillance conçue restrictivement

263. Il peut être admis que, dans son principe, le droit pour l'employeur d'exercer une certaine surveillance n'est pas contraire aux prévisions des parties. Cette faculté est d'ailleurs cohérente avec la reconnaissance de son droit d'évaluer le travail du salarié⁸²⁴ qui suppose une observation du travail, et celle de ses prérogatives disciplinaires⁸²⁵ qui

⁸²⁰ Cass. Soc. 11 février 2009, n°07-42068, Bull. Civ. V, n°40 : « *Attendu cependant que l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles ou collectives des salariés que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'il ne peut ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin* ».

⁸²¹ Cass. Soc. 2 octobre 2001, n°99-42942, Bull. Civ. V, n°291 : « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* » (en revanche, une correspondance non identifiée comme personnelle est présumée professionnelle et peut donc être ouverte librement par l'employeur : Cass. Ch. Mixte, 18 mai 2007, n°05-40803. L'employeur ne peut cependant tirer aucune conséquence du contenu personnel de la correspondance ; cf. également Cass. Soc. 5 juillet 2011, n°10-17284). La règle ne vaut que pour les *correspondances*, non pour les *fichiers et dossiers* informatiques, qui peuvent être ouverts par l'employeur même s'ils sont identifiés comme personnels, dès lors que le salarié est présent ou a été prévenu (infra, note 923).

⁸²² Cass. Soc. 11 décembre 2001, n°99-43030, Bull. Civ. V, n°377 (« l'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévues par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu ») ; Cass. Soc. 15 avril 2008, n°06-45902, Bull. Civ. V, n°85.

⁸²³ Cass. Soc. 17 mai 2005, n°03-40017 ; Cass. Soc. 18 octobre 2006, n°04-48025, Bull. Civ. V, n°308, JCP S 2006, 1946, note J-Y. Frouin

⁸²⁴ Voir supra, n°249.

⁸²⁵ Voir infra, n°282 et s.



impliquent une détection des faits qualifiés de faute disciplinaire.

Mais, compte-tenu du caractère intrusif d'une faculté de surveillance au regard des droits et libertés du salarié, au premier rang desquels son droit au respect de l'intimité de sa vie personnelle, même au temps et au lieu du travail⁸²⁶, les prévisions des parties ne peuvent être interprétées que restrictivement, notamment quant aux modes de surveillances admis. Le consentement du salarié à la concession d'une certaine faculté de surveillance à l'employeur ne vaut pas pour tous les procédés de surveillance que l'employeur peut imaginer mettre en œuvre.

264. Seule la surveillance exercée « physiquement » par l'employeur ou un supérieur hiérarchique du salarié semble être conforme à l'accord des parties, compte-tenu de son inscription dans l'ordre normal de l'organisation d'une structure hiérarchique. Cette surveillance ne saurait toutefois être permanente, sauf à excéder les prévisions légitimes des contractants ; le salarié concède plus un droit de regard qu'un droit d'observation constante. Tout autre procédé de surveillance excède les prévisions des parties.

265. Société de sécurité. La surveillance exercée par une société de sécurité est contestable en ce qu'elle procède d'une externalisation et d'une professionnalisation de la surveillance auxquelles le salarié n'a sans doute pas consenti. La présence d'agents de sécurité peut éventuellement être justifiée par des impératifs de sécurité des personnes ou des biens, mais ne peut être instituée dans le cadre d'une mission de surveillance de l'activité des salariés.

266. Filature et géolocalisation. Dans le même sens, compte tenu du caractère excessivement intrusif de ces modes de surveillance, il est exclu que la volonté du salarié puisse être interprétée dans le sens d'une concession à l'employeur du droit de le surveiller par géolocalisation ou par organisation d'une filature (que celle-ci soit réalisée

⁸²⁶ Sur la notion de vie personnelle, cf. P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 2004, p. 23 ; J.-E. Ray, « Vies professionnelles et vies personnelles », Dr. Soc. 2004, p. 5 ; F. Favennec-Hery, « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », RJS 2001, p. 940 ; J.-Y. Frouin, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP S 2010, 1087 ;



par un détective privé ou par l'employeur lui-même), et c'est très justement que la Cour de cassation a prohibé ces procédés⁸²⁷.

267. Vidéosurveillance. La vidéosurveillance excède manifestement les limites de l'habilitation contractuelle. Comme l'a parfaitement démontré Madame Grevy, un tel procédé est par nature excessivement attentatoire aux droits fondamentaux du salarié⁸²⁸.

Il manifeste d'abord une violation de son droit au respect de l'intimité de sa vie personnelle : le salarié « n'est pas seulement un "être de travail" » ; il « doit pouvoir exiger une certaine opacité de sa personne »⁸²⁹ ; la présence de caméras de surveillance le « menace dans son identité, dans son intimité (...), le met à nu »⁸³⁰. Le « moindre geste, la moindre expression du visage (un soupir, un geste de lassitude, un sourire...) » est soumis au « regard omniprésent de la caméra [qui] supprime tout espace d'intimité »⁸³¹. Le droit de contrôle reconnu à l'employeur par le salarié n'implique pas le droit de le filmer dans ses moindres faits et gestes, comme l'a d'ailleurs affirmé la CNIL⁸³². L'entreprise n'est pas, et n'a pas à devenir, un espace de « télé – réalité ».

Par ailleurs, la vidéosurveillance du salarié emporte une atteinte à sa dignité en raison de la privation de tout espace d'intimité, de la méconnaissance de son droit à l'image et

⁸²⁷ Supra, n°261.

⁸²⁸ M. Grevy, « Vidéosurveillance des salariés dans l'entreprise : une atteinte par nature disproportionnée aux droits de la personne », Dr. Ouv. 2010, p. 81 ; « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », Dr. Soc. 1995, p. 329.

⁸²⁹ M. Grevy, préc.

⁸³⁰ M. Grevy, préc.

⁸³¹ B. Bossu, « Vidéosurveillance et preuve de la faute du salarié, JCP S 2011, 1313.

⁸³² CNIL, délibération n°2009-201, 16 avril 2009, Dr. Ouv. 2010, p. 85 : « *La Commission considère que la mise en œuvre d'un système de vidéosurveillance doit obligatoirement respecter le principe de proportionnalité et être strictement nécessaire à l'objectif poursuivi. Dès lors qu'un dispositif de vidéosurveillance est susceptible de viser des membres du personnel, le nombre, l'emplacement, l'orientation, les périodes de fonctionnement des caméras ou la nature des tâches accomplies par les personnes concernées, sont autant d'éléments à prendre en compte lors de l'installation du système* ». En l'espèce, « *les salariés sont placés sous la surveillance constante de leur employeur. Une telle surveillance des employés apparaît dès lors excessive et le dispositif de vidéosurveillance n'est, dès lors, pas strictement limité à l'objectif de lutte contre le vol et conduit à placer les personnes visées sous une surveillance disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ». Cf. également en ce sens la délibération 2010-112 du 22 avril 2010.



de la défiance⁸³³ de l'employeur qu'elle manifeste à son égard.

Enfin, la liberté d'expression du salarié est également compromise⁸³⁴ par la présence de caméras. Comme le souligne Monsieur le Professeur Bossu, « le salarié, écouté, filmé, peut-il encore discuter librement avec ses collègues ? ». A l'évidence, l'écoute par l'employeur est de nature à restreindre les sujets de conversation entre salariés. Par ricochet, de nombreuses autres libertés fondamentales sont susceptibles d'être restreintes par une telle atteinte à la liberté d'expression. C'est le cas de toutes celles qui supposent pour leur mise en œuvre un minimum de concertation et de coordination entre les salariés : droit de grève, liberté syndicale...

La vidéosurveillance emporte méconnaissances des droits fondamentaux du salarié, ce dont il résulte qu'elle est par nature illicite dans le champ des relations de travail et qu'elle ne peut être rattachée aux prévisions des parties au contrat. L'employeur n'a pas été contractuellement habilité à « vidéo-surveiller » les salariés.

268. Fouilles. Il n'a pas non plus été habilité à procéder à des fouilles du salarié ni de ses affaires personnelles. Le salarié conserve dans l'entreprise un droit au respect de sa vie privée qui implique un droit à la préservation de ses effets personnels du regard de l'employeur. La prérogative de surveillance que l'employeur tire du contrat de travail ne l'autorise pas à empiéter sur ce droit. La règle exclut tout autant les fouilles de sacs, ce que la jurisprudence affirme⁸³⁵, que les fouilles de casiers ou armoires attribués au salarié pour le rangement de ses affaires personnelles, ce qu'en revanche la jurisprudence ne reconnaît pas, admettant au contraire leur ouverture à la simple condition que le salarié soit présent ou au moins ait été averti⁸³⁶. Ce droit d'ouverture est anormal. L'armoire est un espace personnel⁸³⁷ destiné au rangement des affaires du

⁸³³ M. Grevy, préc : la vidéosurveillance est « par nature (...) une technique de défiance ».

⁸³⁴ En ce sens, B. Bossu, « Nouvelles technologies et surveillance du salarié », RJS 2001, p. 663.

⁸³⁵ Voir supra, n°261.

⁸³⁶ Idem.

⁸³⁷ Cf. P. Waquet : « les affaires [que le salarié] range dans son armoire personnelle ou dans le tiroir de son bureau » relèvent « de sa vie personnelle » (P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 2004, p. 23).



salarié ; l'employeur n'a jamais à l'ouvrir. Cette faculté ne lui a pas été concédée par le contrat, et ne trouve pas non plus de fondement légal. Il y a de surcroît une incohérence à distinguer entre le sac du salarié, intouchable, et son armoire de rangement, susceptible de fouilles, alors que par nature les affaires personnelles du salarié passent du sac à l'armoire et de l'armoire au sac (*quid*, par ailleurs, du sac dans l'armoire ?).

§6. Tenue vestimentaire

269. S'agissant des prérogatives de l'employeur à l'égard de la tenue vestimentaire du salarié, le droit positif se veut nuancé (I), mais excède pourtant les termes de l'habilitation contractuelle (II).

I. Droit positif : la reconnaissance d'une prérogative patronale nuancée

270. Pratiques patronales. Les pratiques patronales en termes de prescriptions vestimentaires sont diverses. Des impératifs de sécurité ou d'hygiène peuvent justifier le port d'une tenue de travail ou d'un équipement particulier (casque, chaussures de sécurité, masque...); la directive patronale est alors souvent le simple relais d'une disposition légale ou réglementaire. Indépendamment de tout motif lié à la sécurité ou à l'hygiène, de nombreuses entreprises imposent au salarié le port d'une tenue de travail ou d'un véritable uniforme, dans un but commercial (afin d'assurer l'identification des salariés par les clients) ou promotionnel (tenue publicitaire), parfois sans véritable but identifié⁸³⁸. Enfin, l'emprise de l'employeur sur la tenue vestimentaire se manifeste par des prescriptions particulières quant à la tenue choisie par le salarié sous forme d'interdiction ou au contraire d'obligation du port de certains vêtements personnels.

271. Appréhension par le droit positif. Le législateur n'a pas institué un pouvoir de l'employeur quant à la tenue vestimentaire des salariés, mais l'existence d'un certain pouvoir en la matière est admise implicitement par le Code du travail à travers les

⁸³⁸ Cf par exemple Cass. Soc. 18 février 1998, n°95-43491, Bull. Civ. V, n°90 : employeur imposant aux salariés exerçant leurs fonctions au sein d'un atelier de coupe, le port d'une blouse blanche.



dispositions relatives au temps d'habillage et à ses éventuelles contreparties⁸³⁹. De même, la jurisprudence admet le principe d'une certaine emprise de l'employeur sur la tenue vestimentaire du salarié⁸⁴⁰, qu'elle confronte aux dispositions de l'article L 1121-1 du Code du travail⁸⁴¹ : des directives vestimentaires peuvent être émises par l'employeur à condition qu'elles poursuivent un but légitime et qu'elles soient proportionnées au regard de ce but.

Sous cette réserve, la faculté de l'employeur d'imposer au salarié le port d'une tenue de travail ou d'un uniforme est reconnue⁸⁴², et le refus du salarié est susceptible de constituer un motif de licenciement dès lors que la directive est jugée légitime. Il est même admis que l'employeur puisse imposer au salarié de revêtir la tenue de travail avant même son arrivée sur le lieu de travail, c'est-à-dire de la porter pendant son temps « libre » et son trajet⁸⁴³.

Sous cette même réserve, même en l'absence de tenue de travail ou d'uniforme, l'employeur est autorisé à émettre des prescriptions vestimentaires s'imposant au salarié dans le choix de son habillement. A ainsi été jugée valable, au regard des dispositions de l'article L 1121-1 du Code du travail, l'interdiction du port d'un

⁸³⁹ C. trav. art. L 3121-3. Sur la question du temps d'habillage au regard des prévisions contractuelles en matière de durée du travail, Voir supra, n°127 et s.

⁸⁴⁰ En ce sens, P. Lokiec, « Tenue correcte exigée : des limites à la liberté de se vêtir à sa guise », Dr. Soc. 2004, p. 132 : « la Haute juridiction admet l'existence d'un pouvoir de l'employeur sur la tenue vestimentaire de ses salariés ».

⁸⁴¹ C. trav. art. L 1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

⁸⁴² Cass. Soc. 13 février 2008, n°06-43784 (rejet du pourvoi formé contre l'arrêt d'une Cour d'appel ayant jugé justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché la « contrainte vestimentaire imposée à la salariée », assistante responsable des réservations dans un hôtel, astreinte au port d'un uniforme de travail comportant une jupe considérée trop courte par la salariée, qui sollicitait son allongement ou l'autorisation de porter un pantalon) ; Cass. Soc. 18 février 1998, n°95-43491, préc. (Cassation de l'arrêt d'une Cour d'appel ayant jugé justifié le licenciement motivé par le refus d'une salariée de porter la blouse de travail imposée par l'employeur, sans avoir recherché si cette prescription vestimentaire était légitime au regard des dispositions de l'article L 1121-1 du Code du travail) ; Cass. Soc. 20 juin 2006, n°04-43067 (rejet du pourvoi formé contre l'arrêt ayant dit sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'une salariée, agent de propreté, motivé par son refus de porter la tenue de travail définie par l'employeur).

⁸⁴³ Voir supra, n°130.



bermuda⁸⁴⁴ ou encore d'un survêtement par une salariée secrétaire d'une agence immobilière⁸⁴⁵ compte tenu de ses contacts avec la clientèle. De même, le licenciement d'une salariée persistant à ne porter qu'une veste transparente laissant sa poitrine visible a été jugé justifié, compte tenu du trouble causé dans l'entreprise⁸⁴⁶. En revanche, l'interdiction du port du jean et de baskets, assorti d'une obligation de port de la cravate, pour des salariés ambulanciers, a pu être jugée illégitime⁸⁴⁷, de même que l'interdiction du port d'un pantalon par des caissières⁸⁴⁸. L'employeur impose des contraintes ponctuelles dont la légitimité est appréciée au cas par cas. L'identification exacte de ses prérogatives en matière vestimentaire, telles que conçues par la jurisprudence, est donc incertaine. Celles-ci peuvent cependant être rattachées à un critère commun, tenant à la faculté reconnue à l'employeur « d'exiger une tenue correcte au travail »⁸⁴⁹. C'est l'exigence de « correction » dans la tenue vestimentaire qui justifie l'intervention de l'employeur en la matière.

Ces principes jurisprudentiels doivent être confrontés à la volonté implicite des parties.

II. Prévisions des parties : une prérogative patronale conçue restrictivement

272. Principe d'hostilité à l'ingérence patronale. La liberté « *de se vêtir à sa guise* »,

⁸⁴⁴ Cass. Soc. 28 mai 2003, n°02-40273, JCP G 2005, I, 1169, note J-F. Césaro (référé) ; Cass. Soc. 12 novembre 2008, n°07-42220 (fond).

⁸⁴⁵ Cass. Soc. 6 novembre 2001, n°99-43988, Bull. Civ. V, n°337, RJS 2002, n°8, Liaisons Sociales 20 décembre 2001 n°746.

⁸⁴⁶ Cass. Soc. 22 juillet 1986, Liaisons sociales n° 5844 p. 7.

⁸⁴⁷ Cass. Soc. 19 mai 1998, n°96-41123 ; la contrainte vestimentaire, exprimée dans le règlement intérieur, a été jugée non justifiée par la nature de la tâche à accomplir, et de surcroît plus « exigeante que celles de la convention collective prévoyant pour le personnel ambulancier une tenue soignée et le port obligatoire d'une blouse blanche ».

⁸⁴⁸ CA Paris, 22^e Ch B, 18 janvier 1991, RJS 1991, n°671, cité par A. Boisibault de Bryas, « La tenue vestimentaire du salarié », JCP E 2003, 851.

⁸⁴⁹ Cf. P. Lokiec, « Tenue correcte exigée : des limites à la liberté de se vêtir à sa guise », art. préc, qui rappelle que « le vêtement, dans une société fortement marquée par l'apparence, devient une marque de notre personnalité et occupe une place non négligeable dans notre construction sociale ».



qu'elle soit fondamentale ou pas⁸⁵⁰, relève de la liberté individuelle, et il paraît évident qu'en concluant le contrat de travail, le salarié n'entend pas y renoncer purement et simplement. Les choix vestimentaires relèvent de la personnalité de leur auteur, ou du moins de ce que celui-ci veut bien en montrer⁸⁵¹, qui ne s'efface pas au temps et au lieu du travail où le salarié conserve un espace de vie personnelle. Par ailleurs, l'exercice par l'employeur d'une emprise sur la tenue vestimentaire du salarié ne se rattache que très indirectement à la finalité de son pouvoir d'organisation⁸⁵² de sorte que la concession d'une telle capacité d'emprise n'apparaît pas indispensable. La volonté implicite des parties ne peut donc être interprétée que dans le sens d'un principe d'absence de concession à l'employeur d'une prérogative relative aux choix vestimentaires des salariés.

Le principe fait obstacle à toute prescription vestimentaire ne poursuivant aucun objectif particulier, mais motivée uniquement par des considérations d'ordre esthétique ou tenant à une volonté non justifiée de l'employeur d'harmoniser les tenues des salariés. L'interdiction de porter certains vêtements, ou au contraire l'obligation de se conformer à une certaine ligne vestimentaire, voire de porter une tenue de travail ou un uniforme, sont par principe des directives excédant le champ de l'habilitation contractuelle. Le salarié n'a, a priori, pas concédé à l'employeur le droit d'influer sur sa tenue vestimentaire.

Tout au plus, peut-il être considéré qu'une telle prérogative a pu être attribuée par exception en présence de certaines circonstances justifiant manifestement l'existence d'une contrainte vestimentaire. Mais compte-tenu de la restriction de liberté qui en résulte, les cas d'attribution implicite de cette prérogative ne peuvent être appréciés que restrictivement, au regard de leur caractère indispensable ou non pour l'exécution de la

⁸⁵⁰ Cass. Soc. 28 mai 2003, n°02-40273, JCP G 2005, I, 1169, note J-F. Césaro : « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales ». Monsieur l'avocat général Pierre Lyon-Caen avait, dans son avis, alerté la Cour de cassation sur le « risque d'arbitraire » présenté par une tentative de « hiérarchisation » des droits et libertés (Dr. Ouv. 2003, p. 223). CF. également en ce sens, F. Champeaux, « La liberté de se vêtir à sa guise n'est pas une liberté fondamentale », Sem. Soc. Lamy n° 1126, p. 12.

⁸⁵¹ P. Lokiec, art. préc.

⁸⁵² Sur la finalité de pouvoir concédé à l'employeur, voir supra, n°220 et s.



prestation de travail.

273. Tenue de travail matériellement indispensable à l'exercice des fonctions.

Certaines fonctions ne sont matériellement pas réalisables sans le port d'une tenue particulière de travail (acteurs et comédiens devant revêtir un déguisement adapté à leur rôle, sportif professionnel devant porter le maillot de son équipe...). L'emploi et la tenue étant indissociables, dans ces cas exceptionnels, le consentement à la conclusion du contrat en vue de l'exercice de l'emploi emporte nécessairement consentement à la tenue correspondante.

274. Tenue de travail liée à une exigence de sécurité ou d'hygiène. De même, le port d'une tenue de travail indispensable pour des raisons de sécurité ou d'hygiène peut être considéré comme conforme à la volonté implicite des parties lors de la conclusion du contrat de travail. Le consentement du salarié à la restriction de sa liberté vestimentaire peut être présumé compte-tenu de l'intérêt qu'elle présente pour lui et du nécessaire respect des exigences légales.

275. Tenue de travail liée à l'identification par la clientèle. Un motif tel que la facilitation de l'identification des salariés par les clients (non liée à une exigence de sécurité) ne paraît pas constituer une justification suffisante pour permettre de présumer le consentement du salarié au port d'une tenue de travail choisie par l'employeur⁸⁵³, en raison de la disproportion entre la très lourde restriction à la liberté vestimentaire et le caractère anodin de l'objectif poursuivi. Le salarié est d'ailleurs souvent identifiable du seul fait de son attitude ou de sa présence à son poste de travail, de sorte que l'exigence d'une tenue de travail n'apparaît pas nécessaire. En réalité, derrière le motif apparent peut se dissimuler une stratégie commerciale et de communication (le logo ou les couleurs de l'entreprise apparaissent sur la tenue des salariés comme ils apparaissent sur l'enseigne ou sur les sacs distribués aux clients), ou au contraire une simple fantaisie de l'employeur. La contrainte vestimentaire caractérise

⁸⁵³ Cf. P. Lokiec, art. préc : « S'agissant de l'uniforme, seules des raisons d'hygiène et de sécurité paraissent susceptibles de légitimer son port obligatoire ».



dans ces circonstances une atteinte injustifiée à une liberté individuelle de sorte qu'il est exclu que le salarié ait pu y consentir, ni implicitement, ni expressément⁸⁵⁴. Il faut cependant relever sur ce point un décalage important entre le droit et la pratique. De nombreuses entreprises (grande distribution, chaînes commerciales, restauration...) contraignent leurs salariés au port d'une tenue de travail sans véritable justification et, apparemment, sans qu'un contentieux massif n'en résulte, ce qui semble témoigner de ce que de nombreux salariés renoncent à leur droit de refuser la tenue de travail et se plient à cette manifestation du pouvoir de fait de l'employeur⁸⁵⁵.

276. Tenue de travail temporaire à but promotionnel ou publicitaire. Des justifications purement commerciales sont parfois assumées par les entreprises qui sollicitent des salariés le port de tenues à visée publicitaire ou promotionnelle : salariés arborant des T-shirt annonçant les soldes ou promotions en cours, voire portant de véritables déguisements liés à l'opération imaginée par l'employeur, etc. Ces exigences vestimentaires excèdent manifestement le champ de l'habilitation contractuelle : le salarié n'a pas concédé à l'employeur la faculté de « le déguiser » dans un but commercial. Une telle tenue ne peut, en droit, jamais être imposée par l'employeur.

277. Directives motivées par une exigence de « correction ». La faculté actuellement reconnue par la jurisprudence à l'employeur d'imposer le port d'une « tenue correcte » (et non pas seulement d'une « tenue décente ») au salarié a les apparences de la légitimité, mais ne repose en réalité sur aucune justification admissible et excède les termes de l'habilitation contractuelle.

En premier lieu, l'absence de concession à l'employeur d'une telle faculté tient à la subjectivité flagrante de la notion de « correction » vestimentaire dont chacun retient sa propre appréciation (d'où une distinction impossible entre « incorrection » et « décontraction ») et qui, de surcroît, est évolutive. En imposant des restrictions vestimentaires au nom de la « correction », l'employeur applique sa propre conception

⁸⁵⁴ La clause contraire, produit du pouvoir de fait de l'employeur, est frappée de nullité absolue et est impuissante à caractériser un consentement non vicié du contractant.

⁸⁵⁵ Sur la notion de pouvoir de fait de l'employeur, voir supra, n°3.



de la notion, dont rien ne justifie qu'elle l'emporte sur celle du salarié. Sur le plan de l'habilitation contractuelle, même s'il avait pu être considéré que le salarié avait concédé à l'employeur la faculté *d'exiger* une tenue « correcte », il n'aurait pas pu être admis qu'il lui aurait également confié le soin de *définir* ce qu'est une tenue correcte puisque cette définition est strictement personnelle, de sorte que la prérogative de l'employeur aurait été limitée à l'exigence d'une tenue *considérée par le salarié* comme correcte, autrement dit, n'aurait été qu'une prérogative dépourvue de toute portée pratique.

Il a pu sembler qu'une « objectivation » de l'appréciation était envisageable. L'incorrection serait assimilable à l'anormal, au choquant voire simplement à l'inhabituel, au regard des attentes pouvant être prêtées à l'entreprise, à la collectivité des salariés ou encore aux clients. Comme le souligne Pascal Lokiec, c'est ainsi un véritable « jugement de normalité », un « contrôle des conventions sociales »⁸⁵⁶ qui est attendu de l'employeur sous le contrôle du juge. Mais le propre des conventions sociales est de recueillir une majorité d'adhésions tout en laissant la place à des minorités excentriques, avant-gardistes, marginales ou non-conformistes ; rien ne justifie que l'entreprise, qui s'inscrit dans la société, ne soit pas le reflet de cette diversité sociale. Tout comme la liberté d'expression garantit, selon la Cour européenne des droits de l'homme, « les idées inoffensives » autant que « celles qui heurtent, choquent ou inquiètent », la liberté vestimentaire (qui est un mode d'expression) garantit les tenues banales autant que les tenues plus originales. L'entreprise n'a pas à être un lieu aseptisé, normalisé. Dans les limites définies par la loi, notamment pénale, toute tenue vestimentaire peut y être portée. L'employeur ne peut pas prononcer d'interdictions au nom d'une exigence de correction ; aucune norme, et notamment le contrat de travail, ne lui confie cette prérogative.

278. Dérive vers un contrôle de l'apparence physique. Les prescriptions de l'employeur en matière vestimentaire ont pour caractéristique de parfois dériver vers un contrôle de plus en plus intrusif. Il n'y a qu'un pas entre le contrôle de la tenue au

⁸⁵⁶ P. Lokiec, art. préc.



sens strict et celui des bijoux portés par le salarié⁸⁵⁷, de ses lunettes⁸⁵⁸ ou encore de son maquillage⁸⁵⁹, caractérisant une inspection globale « de l'image » donnée par le salarié, inspection elle-même susceptible de dévier à nouveau, notamment vers un contrôle de la coiffure⁸⁶⁰ ou encore de la barbe. Subrepticement, la contrainte exercée par l'employeur sur la tenue vestimentaire aboutit à un véritable contrôle de l'apparence physique du salarié⁸⁶¹ qui relève pourtant par essence de sa vie personnelle⁸⁶².

Certaines juridictions l'avaient admis expressément. A cet égard, la motivation d'un arrêt de la Cour d'appel de Reims⁸⁶³ est édifiante. Un salarié exerçant des fonctions de chauffeur-routier et amené à entrer en contact avec les clients lors de livraisons, décide de modifier sa coupe de cheveux en se rasant le crâne et en « *laissant pousser une petite queue sur la nuque* ». Ayant refusé de se plier aux injonctions de son employeur lui enjoignant de « *régulariser sa coiffure* » afin de « *lui donner une apparence plus normale* », le salarié est licencié (pour faute lourde). Infirmant le jugement du conseil de prud'hommes, la Cour d'appel de Reims déclare le licenciement justifié par une cause réelle et sérieuse au motif que « *si l'apparence physique d'un salarié ne peut en elle-même*

⁸⁵⁷ Cf. Pour un exemple en matière de boucles d'oreilles et d'un piercing portés par un salarié exerçant des fonctions de serveur : CA Versailles, 17^e Ch, 22 septembre 2006, RG 05/03726 : « *le port de boucles d'oreilles et d'un piercing sur le nez était de nature à choquer la clientèle du restaurant, qui est une clientèle d'affaires et familiale* », de sorte que le licenciement notifié suite au refus du salarié de retirer ses bijoux était justifié selon la Cour. En sens contraire, CA Lyon, 4 juin 2008 : illégitimité de l'ordre émis par l'employeur demandant à un salarié, serveur, de retirer un piercing à l'arcade pour exercer ses fonctions ; la Cour retient notamment que par le passé l'employeur avait admis « *une certaine extravagance de la tenue vestimentaire et de la coiffure de Monsieur X... par le port d'une "crête"* » (moyens de l'arrêt consultables sur Légifrance, sous Cass. Soc. 23 juin 2019, n°08-43866).

⁸⁵⁸ Cf. Sur ce point un arrêt ancien : CA Poitiers, 14 novembre 1973, Dr. Soc. 1974, 78, ayant jugé abusif le licenciement motivé par le port de « *montures de lunettes trop volumineuses* » (accompagné de griefs relatifs à la coiffure, « *trop vaporeuse* », et au maquillage « *trop soutenu* »).

⁸⁵⁹ Cf. CA Poitiers, préc.

⁸⁶⁰ Cf pour un licenciement motivé par la coupe de cheveux du salarié : CA Reims, 6 mars 1996, JCP E 1997, pan 350.

⁸⁶¹ Cf. à cet égard l'initiative prise par la Société Eurodisney d'élaborer un ensemble de prescriptions liées à l'apparence physique, au sein d'une brochure intitulée « Eurodisney Look », contenant les directives de l'entreprise en matière de tenue vestimentaire, de bijoux, de maquillage et de coupe de cheveux, distinctes selon que le salarié occupait un emploi de bureau ou au sein du parc d'attractions ; au moins une salariée avait fait l'objet d'une procédure de licenciement pour avoir porté un « bracelet en tissu » (TGI Créteil, 19 janvier 1995, RPDS 1996, p. 15 ; le litige portait sur la nature d'adjonction au règlement intérieur de cette brochure).

⁸⁶² En ce sens, P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 2004, p. 23 : l'auteur rattache à la vie personnelle « l'aspect physique du salarié (cheveux, barbe), son habillement... ».

⁸⁶³ CA Reims, préc.



conduire à la rupture du contrat de travail sous peine de porter atteinte aux libertés individuelles, il en est autrement lorsque les agissements du salarié qui modifie un élément important de son apparence, tel que la coupe de cheveux, créent pour l'entreprise un risque de perdre une partie de sa clientèle ». Une telle motivation était manifestement erronée. L'employeur ne peut adresser au salarié aucune injonction relative à son apparence physique quand bien même il la jugerait excentrique ou inesthétique, ni tirer aucune conséquence d'un refus du salarié de se conformer aux directives qui auraient néanmoins été émises en la matière. En aucun cas l'employeur n'a été habilité par le contrat à se livrer à une telle ingérence dans la vie personnelle du salarié. La circonstance que l'individu a, sur certaines parties de son corps, comme les cheveux, une certaine emprise, n'a pas pour conséquence d'autoriser l'employeur à le contraindre de faire usage de cette possibilité de modification de l'apparence. De même, le fait que des clients expriment un mécontentement ne peut être un argument recevable ; les clients ne sont pas plus légitimes que l'employeur à exiger une modification de l'apparence physique d'un individu.

C'est donc très heureusement que la loi du 17 novembre 2001 a ajouté l'apparence physique à la liste de l'article L 1132-1 du Code du travail⁸⁶⁴, confirmant l'absence de toute prérogative patronale en la matière et condamnant cette position jurisprudentielle.

§7. Horaires et lieu de travail

279. Droit positif. En l'état du droit positif, l'employeur dispose de la faculté de fixer⁸⁶⁵ et de modifier l'horaire quotidien⁸⁶⁶ ou hebdomadaire⁸⁶⁷ du salarié. Quant au lieu de travail (entendu en tant qu'établissement, non en tant que poste de travail), l'employeur

⁸⁶⁴ C. trav. art. L 1132-1 (ancien L 122-45) : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (...) en raison (...) de son apparence physique* ».

⁸⁶⁵ Voir supra, n°165 et s.

⁸⁶⁶ Voir supra, n°170 et s.

⁸⁶⁷ Voir supra, n°174 et s.



a la faculté de le modifier au sein d'un même « secteur géographique »⁸⁶⁸. La jurisprudence rattache ces prérogatives au pouvoir de l'employeur.

280. Recherche de la volonté implicite des parties : absence de concession d'un pouvoir. En cela, la volonté des parties lors de la conclusion du contrat de travail est méconnue. Tant les horaires que le lieu de travail envisagés lors de la conclusion du contrat sont déterminants du consentement du salarié et sont toujours pris en compte par l'employeur de sorte que la conclusion du contrat emporte nécessairement accord de volontés à leur égard⁸⁶⁹ : ils sont des éléments « contractuels » qui, de surcroît, participent de la détermination de la sphère de subordination. Il est donc exclu que la volonté implicite des parties puisse être interprétée dans le sens d'une concession à l'employeur de prérogatives de modification unilatérale. Les parties n'ont attribué aucun pouvoir à l'employeur sur les horaires ni sur le lieu de travail du salarié et, en l'état actuel, la position de la jurisprudence caractérise une dénaturation du contrat qui doit cesser⁸⁷⁰.

281. Prérogatives de « direction des personnes » : propos conclusifs. L'accord de volontés des parties lors de la conclusion du contrat de travail porte sur l'attribution à l'employeur d'un certain nombre des prérogatives « de direction des personnes » qu'il exerce en pratique, mais également pour chacune d'entre elles, sur diverses règles qui leur sont spécifiquement applicables. Le contrat de travail fonde, mais également encadre, les prérogatives de « direction des personnes » qui découlent du pouvoir, de manière plus stricte qu'à l'égard des prérogatives « de direction technique »⁸⁷¹ qui ne contraignent qu'indirectement le salarié.

Au sein même de la catégorie de « direction des personnes », les réserves et limites avec lesquelles le salarié concède ses prérogatives à l'employeur sont d'une intensité variable dont on peut noter qu'elle correspond au degré de rattachement de chaque prérogative

⁸⁶⁸ Voir supra, n°201.

⁸⁶⁹ Voir supra, n°159 et s. (horaires de travail) et n°195 et s. (lieu de travail).

⁸⁷⁰ Voir supra, n°183 et s. (horaires de travail) et n°201 et s. (lieu de travail).

⁸⁷¹ Sur ces prérogatives, voir supra, n°224 et s.



à la finalité organisationnelle qui est celle du pouvoir de l'employeur⁸⁷². Ainsi, les limites les plus strictes concernent les prérogatives de fixation d'objectifs⁸⁷³ et d'évaluation⁸⁷⁴ qui ne se rattachent qu'indirectement à l'organisation de l'activité et à la mise en œuvre du contrat, ainsi que les prérogatives de surveillance⁸⁷⁵ et de détermination de la tenue vestimentaire⁸⁷⁶ qui ne sont pas nécessaires à l'organisation de l'activité et ne correspondent pas, dans une large mesure, à la volonté implicite des parties. A l'inverse, les prérogatives d'attribution des tâches⁸⁷⁷ et du poste de travail⁸⁷⁸, qui sont directement liées à la finalité organisationnelle du pouvoir de l'employeur, ne sont assorties que de limites spécifiques minimalistes. Ces limites spécifiques aux diverses prérogatives s'ajoutent aux limites générales du pouvoir de l'employeur⁸⁷⁹.

Sous-section 3. Des prérogatives disciplinaires

282. Le pouvoir de l'employeur se manifeste également, en application du contrat, sur le terrain disciplinaire ; les parties concèdent à l'employeur la faculté de sanctionner les manquements du salarié⁸⁸⁰. Dans le cadre de l'usage de cette prérogative répressive, l'employeur procède à diverses opérations dont la conformité aux prévisions contractuelles et aux limites qui en résultent doit être examinée.

283. *Qualification du fait fautif.* En premier lieu, l'employeur exerce un pouvoir de qualification⁸⁸¹ en vertu duquel il définit la faute disciplinaire.

⁸⁷² Sur la finalité du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°220 et s.

⁸⁷³ Voir supra, n°243 et s.

⁸⁷⁴ Voir supra, n°250 et s.

⁸⁷⁵ Voir supra, n°263 et s.

⁸⁷⁶ Voir supra, n°272 et s.

⁸⁷⁷ Voir supra, n°237 et s.

⁸⁷⁸ Voir supra, n°239 et s.

⁸⁷⁹ Sur ces limites générales, voir infra, n°291 et s.

⁸⁸⁰ Sur l'origine contractuelle du pouvoir de l'employeur y compris dans ses manifestations disciplinaires, voir supra, n°41 et s.

⁸⁸¹ Ou « d'incrimination », aux termes duquel « il lui appartient de désigner les comportements fautifs du salarié » : V. Cohen-Donsimoni, Jurisclasseur Travail, Traité, Fasc 18-40.



Cette prérogative est utilisée dans son expression la plus simple lorsque le comportement reproché au salarié peut être considéré comme « objectivement » fautif, c'est-à-dire comme correspondant à un « standard » de faute communément reconnue comme telle (insultes, violences, absences injustifiées, malversations...). L'employeur procède alors à un simple rattachement du comportement du salarié à la qualification fautive correspondante, plus qu'il ne qualifie lui-même le comportement ; il se borne à faire usage d'une qualification préexistante sous le contrôle du juge en cas de désaccord du salarié. En cela, la prérogative exercée est conforme à l'habilitation contractuelle car elle n'est pas sujette à l'arbitraire patronal et manifeste l'exercice le plus prévisible du pouvoir disciplinaire attribué à l'employeur.

La qualification de la faute renvoie à un pouvoir bien plus conséquent lorsqu'est reprochée au salarié la méconnaissance d'une règle spécifique à l'entreprise, car l'employeur dispose alors d'une marge d'appréciation importante. Son pouvoir de qualification le conduit à définir le fait fautif au regard de la conformité des agissements du salarié à ses propres directives (de « direction technique »⁸⁸² et de « direction des personnes »⁸⁸³), autrement dit, à assimiler le fait fautif à une désobéissance ou à « l'insubordination », qui peut être aussi diversement caractérisée que les normes de comportement sont nombreuses. Cette faculté de qualification « subjective »⁸⁸⁴ semble résulter de l'accord de volontés des parties puisqu'elle paraît incarner la raison d'être des prérogatives disciplinaires de l'employeur⁸⁸⁵, qui est de lui donner les moyens d'assurer l'effectivité de son pouvoir contractuel d'organisation⁸⁸⁶ qui, lui-même, s'exprime de diverses manières. Mais cette finalité des prérogatives disciplinaires

⁸⁸² Voir supra, n°224 et s.

⁸⁸³ Voir supra, n°236 et s.

⁸⁸⁴ Car tenant à l'entreprise, compte-tenu de ses normes spécifiques, par opposition aux comportements pouvant être considérés comme « objectivement » fautifs puisque considérés comme fautifs quelle que soit l'entreprise.

⁸⁸⁵ Voir supra, n°41 et s., s'agissant du principe et des raisons d'être d'une concession par les parties à l'employeur d'un pouvoir disciplinaire.

⁸⁸⁶ Monsieur le Professeur Pélissier avait ainsi considéré que la faute disciplinaire était assimilable au comportement du salarié ayant « violé les règles de discipline dans l'entreprise, c'est-à-dire les mesures d'organisation générale de l'entreprise destinées à assurer le bon fonctionnement de l'ensemble et un minimum d'harmonie de vie collective » (« La définition des sanctions disciplinaires », Dr. soc. 1983, p. 458).



permet également de déduire de l'accord de volontés certaines réserves à la faculté de qualification exercée par l'employeur : celle-ci doit d'abord être relativement prévisible, en ce sens que le salarié doit avoir une connaissance claire des directives dont le respect s'impose à lui et dont l'irrespect est susceptible d'être qualifié de faute ; l'employeur ne saurait qualifier de fautif un agissement du salarié qui n'était pas prohibé lors de sa survenance (sorte de principe de « légalité des délits »). Par ailleurs, la faculté de qualification n'a pas été concédée à l'employeur pour lui permettre de qualifier de fautive la transgression d'une règle de comportement abusive (notamment d'une règle à l'édiction de laquelle l'employeur n'a pas été habilité, ou qui empièterait sur les libertés individuelles ou la vie personnelle du salarié : n'y renonçant pas, le salarié n'a pas autorisé l'employeur à qualifier leur usage de faute), ni pour ainsi qualifier la méconnaissance d'une norme patronale procédant d'une simple exécution défectueuse de la prestation de travail (qui ne peut être traitée que sur le terrain de l'insuffisance professionnelle, non sur le terrain disciplinaire).

284. Etablissement de l'échelle des sanctions et choix des sanctions. En deuxième lieu, le droit positif reconnaît à l'employeur la faculté de définir l'échelle des sanctions et de choisir au sein de cette échelle la sanction qu'il juge la plus adaptée au fait fautif qu'il estime devoir sanctionner.

S'agissant de la fixation de l'échelle des sanctions, cette faculté (assez restreinte, compte tenu du peu de sanctions licites imaginables⁸⁸⁷) reconnue à l'employeur se mue en obligation lorsque l'entreprise est dotée d'un règlement intérieur⁸⁸⁸. Dès lors qu'un tel règlement est élaboré, seules les sanctions y figurant pourront être effectivement prononcées⁸⁸⁹. Cet encadrement légal du pouvoir de sanction conforte l'encadrement

⁸⁸⁷ Compte-tenu de l'interdiction des sanctions pécuniaires (C. trav. art. L 1331-2) et de la perte d'intérêt pour l'employeur des sanctions impliquant une modification du contrat de travail (voir infra, n°297).

⁸⁸⁸ C. trav. art. 1321-1, 3° : le règlement fixe « Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ».

⁸⁸⁹ Après avoir jugé le contraire (Cf. sur ce point l'étude de V. Cohen-Donsimoni, préc.), la Cour de cassation s'est récemment ralliée à cette position, en jugeant qu'une mise à pied ne pouvait être notifiée qu'à la condition que le règlement intérieur prévoie le principe et la durée d'une telle sanction ; les dispositions du règlement prévoyant une mise à pied sans en fixer la durée maximale sont illicites de sorte que l'employeur ne peut pas s'en prévaloir pour notifier une telle mesure (Cass. Soc. 26 octobre 2010,



contractuel dans la mesure où cet « équivalent d'un principe de légalité des peines »⁸⁹⁰ rejoint l'exigence de prévisibilité des implications potentielles des prérogatives disciplinaires qui pouvait être déduite de l'habilitation contractuelle.

S'agissant du choix de la sanction au stade de la mise en œuvre des prérogatives disciplinaires, la jurisprudence reconnaît à l'employeur la faculté de décider librement (sous le contrôle du juge) de la sanction infligée. Ce principe de libre sélection de la sanction par l'employeur est peu conforme à la volonté implicite des parties telle qu'elle peut être déduite de l'habilitation contractuelle. Tout comme elle implique l'élaboration d'une liste des sanctions, l'exigence de prévisibilité suppose l'établissement d'une correspondance entre les faits fautifs et les sanctions applicables. A défaut, le salarié est exposé au risque de subir des sanctions qu'il n'avait pas conscience d'encourir en agissant, ce qui non seulement est facteur d'insécurité juridique mais également fait échec à toute fonction préventive de la sanction dont ne subsiste que la fonction répressive. La faculté de choix de la sanction semble n'être concédée à l'employeur que sous condition d'une définition préalable des sanctions maximales applicables aux différentes catégories de faits fautifs, à laquelle s'ajoute, au stade du prononcé de la sanction, une condition de proportionnalité (à la gravité des faits comme aux antécédents disciplinaires du salarié concerné) dans le cadre des maxima définis.

285. Opportunité de l'usage du pouvoir disciplinaire. En troisième lieu, est reconnue à l'employeur une faculté d'appréciation de « l'opportunité des poursuites ». Celle-ci implique d'une part qu'en présence d'un fait qu'il estime fautif, l'employeur n'est pas tenu de prendre des mesures disciplinaires ; sous réserve du respect d'une certaine objectivité (notamment en cas de différence dans le traitement disciplinaire de faits fautifs similaires commis par plusieurs salariés), la faculté dont dispose l'employeur de renoncer à sanctionner le salarié n'est pas contraire aux termes de l'habilitation

n°09-42740, Bull. Civ. V, JCP S 2010, 1509, note F. Bousez ; Dr. Ouv. 2011 p. 153 note S. Mess, et le communiqué de la Cour de cassation, disponible sur : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_no_17964.html

⁸⁹⁰ « L'ordonnancement des relations du travail », A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, D 1998 A-38 Voir également F. Duquesne, « Légalité disciplinaire dans l'entreprise : l'épilogue ? », RJS 2011, p. 90.



contractuelle. D'autre part, la faculté d'appréciation de l'opportunité d'user du pouvoir disciplinaire implique à l'inverse qu'en présence d'un fait fautif, la décision d'en tirer des conséquences disciplinaires ne relève que du seul employeur, sous réserve toutefois que celui-ci ne fasse pas de son pouvoir disciplinaire un usage vexatoire⁸⁹¹ ou dérivant vers un harcèlement disciplinaire.

Sous-section 4. Des prérogatives de direction économique

286. Gestion économique de l'entreprise. Le pouvoir de l'employeur s'exprime enfin sur le terrain économique. L'employeur est responsable de la gestion de l'entreprise. A ce titre, il lui appartient de définir la stratégie économique de l'entreprise, tant « interne » qu'« externe », puis de la mettre en œuvre, dans le but d'assurer non seulement la bonne marche de l'entreprise, mais également sa « compétitivité » dans son secteur d'activité. L'employeur opère les choix économiques et commerciaux, décide des investissements, sélectionne les contractants de l'entreprise, les marchés sur lesquels elle intervient, définit sa politique de communication. Il décide des innovations technologiques, des évolutions dans la politique de l'entreprise et des adaptations de l'activité. Enfin, il apprécie la situation économique de l'entreprise et tire les conséquences de ses constats, notamment en termes de volume des effectifs.

287. Un pouvoir reconnu par le contrat. Avant même la conclusion d'un quelconque contrat de travail, l'employeur détient le droit d'assurer la gestion économique de son entreprise, faculté qui revêt avant tout la nature d'un attribut dérivé de son droit de propriété et de sa liberté d'entreprendre. La gestion économique de l'entreprise en tant que bien est une expression de l'usus et du fructus tirés du droit de propriété. Ce n'est pas le contrat de travail qui originellement fonde le droit de gestion économique de l'entreprise dont dispose l'employeur. Il apparaît que « c'est principalement dans le régime de la personne – employeur (droit des sociétés) et le droit des biens, non dans le droit du travail, que cette prérogative trouve sa source et les conditions de son

⁸⁹¹ La règle se déduit de la limitation du pouvoir de l'employeur par l'exigence de respect de la dignité du salarié : voir infra, n°334 et s.



exercice »⁸⁹².

Pourtant, il serait réducteur de ne reconnaître au contrat de travail aucun effet sur le droit de gestion économique de l'employeur. Au contraire, la conclusion du contrat de travail emporte reconnaissance par le salarié du droit de l'employeur de gérer l'entreprise et de l'opposabilité de ce droit. Dans les rapports individuels des parties au contrat, cette reconnaissance a pour effet d'affirmer l'autorité de l'employeur en confirmant son rôle de « décideur » en matière économique. Elle fait de la gestion économique, non pas seulement un *droit*, même opposable aux tiers⁸⁹³, mais une *prérogative*. En cela, par son effet recognitif du droit préexistant, le contrat de travail *institue* la prérogative de gestion économique de l'entreprise que détient l'employeur. Cette intervention du contrat, sans remettre en cause l'origine extracontractuelle du droit de gestion économique de l'employeur, opère cependant une contractualisation de son existence en tant que prérogative.

288. L'impact du contrat. La contractualisation du pouvoir de gestion économique pose inévitablement la question de sa délimitation par le contrat. En tant que pouvoir contractuel, la gestion économique de l'entreprise possède nécessairement un contenu contractuellement défini. En la matière, il ne saurait être question d'une définition précise des initiatives pouvant être prises par l'employeur, mais il semble qu'à tout le moins, la volonté implicite des parties puisse être analysée comme étant de voir le pouvoir de gestion économique exercé dans ce qu'il est convenu d'appeler « l'intérêt de l'entreprise »⁸⁹⁴. Les prérogatives de gestion économique de l'employeur recouvriraient donc l'ensemble des mesures nécessaires à la bonne gestion de l'entreprise. Le standard de l'intérêt de l'entreprise⁸⁹⁵ tient ainsi lieu de référence rendant le contenu du pouvoir

⁸⁹² A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », D 1998, A-38, p. 363.

⁸⁹³ La question de savoir si le salarié doit être considéré comme un tiers à l'entreprise est cependant débattue. Elle l'a notamment été aux fins de détermination des règles applicables en matière de validité d'une délégation de pouvoir dans les sociétés par actions simplifiées.

⁸⁹⁴ « L'intérêt de l'entreprise » désignant ici la somme des intérêts individuels communs des contractants plutôt qu'un intérêt autonome de l'entreprise en tant qu'entité.

⁸⁹⁵ B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », D. 2004, 1682 ; M-C Escande-Varniol, « La Cour de Cassation et l'intérêt de l'entreprise », RJS 2000 p. 260.



économique de l'employeur déterminable ; ce que les parties reconnaissent comme relevant du pouvoir de l'employeur en matière économique, c'est l'ensemble (très vaste) de ce qui correspond à l'intérêt de l'entreprise.

On voit que la notion « d'intérêt de l'entreprise » ne s'oppose pas à l'analyse contractuelle de la relation de travail. Elle est, au contraire, rattachable à l'accord de volontés des parties. Il en résulte que, au stade de l'exécution du contrat, la méconnaissance de cet intérêt par l'employeur dans l'usage de ses prérogatives économiques peut être analysée comme un manquement contractuel. Le salarié devrait dès lors être reconnu titulaire d'une créance de bonne utilisation par l'employeur du pouvoir de gestion, assorti d'un droit de regard sur les décisions prises et d'un pouvoir d'initiative individuelle en cas d'utilisation défailante, qu'il s'agisse de faire judiciairement annuler un acte néfaste pour la santé économique de l'entreprise ou de sanctionner la carence préjudiciable de l'employeur dans le cadre d'une « sorte d'action oblique »⁸⁹⁶. Le salarié, qui a un intérêt évident à la bonne santé de l'entreprise, serait ainsi en mesure de faire obstacle à une gestion manifestement défailante.

289. Pourtant, le droit positif ne reconnaît au salarié aucune prérogative contractuelle de contrôle de l'usage que fait l'employeur de ses attributions de gestion économique. Le salarié ne dispose d'aucune action judiciaire lui permettant de s'opposer à une décision de gestion économique⁸⁹⁷ au motif qu'elle caractériserait un manquement contractuel de l'employeur au regard des attentes légitimes des parties exprimées par référence à la

⁸⁹⁶ J.-M. Béraud, « Le juge et le pouvoir patronal », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008. L'auteur signale un arrêt du Conseil d'Etat (3 mars 2006, n°287960), approuvant le juge des référés d'avoir, à la demande du comité d'entreprise de l'Imprimerie nationale, suspendu la procédure d'appel d'offres ayant abouti à l'attribution d'un marché de production de passeports électroniques à une entreprise tierce, en méconnaissance du monopole légal de l'Imprimerie nationale en la matière. L'intérêt de l'arrêt réside dans ce que l'Imprimerie, employeur, n'avait pris aucune initiative pour faire respecter son monopole ; cette carence de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de gestion économique a été palliée par l'intervention du comité d'entreprise. Comme le souligne Monsieur le Professeur Béraud, une action du même type est en théorie parfaitement imaginable devant le juge judiciaire (l'auteur prend l'exemple d'un employeur n'invoquant pas une clause d'exclusivité) ; l'auteur s'interroge également sur une action du même type exercée par un ou plusieurs salariés, individuellement : « le juge du travail admettrait-il cette sorte d'action oblique au profit des salariés en les autorisant à se substituer aux dirigeants lorsqu'ils n'exercent pas leurs prérogatives au nom d'une opportunité dont ils ne seraient plus les seuls juges ? ».

⁸⁹⁷ A l'exception de la contestation du licenciement pour motif économique.



notion d'intérêt de l'entreprise.

Une telle faculté reconnue au salarié n'aurait rien d'aberrant et, notamment, impliquerait une intervention du juge qui ne s'apparenterait pas à une immixtion excessive. Si la conception actuelle des pouvoirs du juge en matière de contrôle des décisions de gestion économique de l'employeur, qui se borne à un contrôle de légalité excluant tout contrôle d'opportunité⁸⁹⁸, devrait être dépassée, il n'y aurait pas là de remise en cause fondamentale du pouvoir de l'employeur mais un simple encadrement contribuant à son bon exercice⁸⁹⁹. Une telle logique de prévention des difficultés rejoindrait d'ailleurs celle qui prévaut dans le droit moderne des procédures collectives, tourné depuis 1984 et 2005 vers la prévention des difficultés économiques⁹⁰⁰. Les pouvoirs reconnus au juge social ne seraient pas plus intrusifs que ceux du juge commercial dont l'intervention dans « l'intérêt social » est admise dans certains cas de défaillance des associés ou des dirigeants⁹⁰¹.

290. Identification des prérogatives patronales : propos conclusifs. Le pouvoir de l'employeur issu du contrat de travail recouvre une diversité de prérogatives faisant l'objet de limites contractuelles qui leur sont propres, limites qui présentent une grande

⁸⁹⁸ « L'employeur seul juge du choix économique », Dr. Soc. 2001, p. 126, Conclusions de l'avocat général P. de Caigny, à propos de l'arrêt Ass. Plén. 8 décembre 2000 n°97-44219, Bull. A.P. n°11 (arrêt SAT), par lequel la Cour considère qu'il ne revient pas au juge « *de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles* » de restructurations ; cf. également Cass. Soc. 14 septembre 2010, n°09-66657, JCP S 2010, 1455, note T. Lahalle, énonçant le même principe s'agissant du choix par l'employeur des catégories professionnelles devant faire l'objet de suppression de postes : la Cour d'appel, « *ayant constaté les difficultés économiques de l'entreprise, n'avait pas à contrôler le choix effectué par l'employeur de supprimer une catégorie particulière de postes* ».

⁸⁹⁹ Or, en l'état, « le pouvoir de direction économique reste une prérogative peu encadrée par le droit du travail » (M-C Escande-Varniol, « La Cour de Cassation et l'intérêt de l'entreprise », RJS 2000, p. 260). Si quelques limites au pouvoir de gestion économique existent, elles sont essentiellement à chercher au sein du droit des relations collectives de travail, et plus précisément dans le droit des représentants du personnel d'être informés et consultés sur les décisions intéressant la gestion de l'entreprise (C. trav. art. L 2323-6). Mais le caractère purement consultatif de l'avis émis nuance cette limite. De même, si la procédure d'alerte (C. trav. art. L 2323-78 et s.) permet au comité d'entreprise d'obtenir des explications de l'employeur et éventuellement le rapport d'un expert comptable sur des faits préoccupants pour la situation économique de l'entreprise, elle ne le met pas véritablement en mesure de faire obstacle à une décision de gestion préjudiciable à la santé économique de l'entreprise (notamment en ce que la faculté de saisine du président du tribunal de commerce ne lui est pas directement reconnue).

⁹⁰⁰ Loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; Loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises.

⁹⁰¹ Cf. J.-M. Béraud, préc.



diversité, tant quant à leur nature que s'agissant du degré de contrainte qu'elles représentent pour l'employeur. Outre ces limites spécifiques à chacune des prérogatives de l'employeur, l'habilitation contractuelle définit également des limites générales qui ont vocation à s'appliquer au pouvoir de l'employeur dans toutes ses manifestations.

Section 2. Identification des limites générales d'exercice des prérogatives patronales issues du pouvoir contractuel

291. L'analyse de la volonté implicite des parties fait ressortir trois limites générales du pouvoir de l'employeur issues de l'habilitation contractuelle. En premier lieu, en accordant à l'employeur un pouvoir finalisé⁹⁰², les parties ont nécessairement institué une exigence de respect de cette finalité, cantonnant ainsi le pouvoir à l'exécution du contrat (sous-section 1). En deuxième lieu, le pouvoir d'organisation est concédé à l'employeur sous réserve du strict respect de la personne du salarié (sous-section 2), qui lui-même se décline en plusieurs impératifs. En troisième lieu, l'employeur doit exercer le pouvoir qui lui est confié de bonne foi (sous-section 3).

Sous-section 1. L'exigence de respect de la finalité du pouvoir

292. L'employeur est investi d'un pouvoir finalisé, destiné à mettre en œuvre le contrat de travail. *Mettre en œuvre*, d'une part ; *le contrat de travail*, d'autre part. Il en résulte deux conséquences : d'abord, *mettre en œuvre* le contrat n'est pas le *modifier* (§1) ; l'employeur n'y est pas habilité. Ensuite, le pouvoir ne s'exerce que dans le cadre de l'exécution du *contrat*, c'est-à-dire dans la sphère professionnelle, non dans le cadre de la *vie personnelle* du salarié (§2).

§1. Le respect de l'intégrité du contrat de travail

293. L'employeur n'est pas habilité par le contrat de travail, ni implicitement (I), ni

⁹⁰² Sur la finalité du pouvoir concédé à l'employeur, voir supra, n°220 et s.



expressément (II), à procéder à sa modification unilatérale.

I. Absence d'habilitation contractuelle implicite de l'employeur à une modification unilatérale du contrat

294. Principe de prohibition. Investi du pouvoir de mettre en œuvre le contrat, l'employeur doit procéder à l'organisation de l'activité dans le respect des dispositions contractuelles. L'organisation du travail doit s'adapter aux engagements pris, non l'inverse. Le contrat de travail fait figure de cadre intouchable avec lequel l'employeur doit composer, sauf à recueillir l'accord du salarié dans le cadre de la conclusion d'un avenant. Le respect de l'intégrité du contrat de travail caractérise une limite essentielle du pouvoir de l'employeur⁹⁰³.

Cette limite, qui résulte avant tout de l'habilitation contractuelle à laquelle ont procédé les parties, trouve également un fondement légal⁹⁰⁴ et est désormais confirmée par la jurisprudence⁹⁰⁵ qui, de manière constante, refuse à l'employeur toute possibilité de modification unilatérale du contrat de travail⁹⁰⁶. Cette limite est générale ; elle s'impose

⁹⁰³ Cf en ce sens E. Dockès : « Le contrat s'impose à l'employeur et limite son pouvoir de direction. Entre contrat et pouvoir, les rôles sont ainsi clarifiés. Le contrat fixe un cadre professionnel et géographique à la relation de travail. Ce cadre peut être plus ou moins rigide, mais il est impératif » (E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203 et s.).

⁹⁰⁴ C. civ. art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁹⁰⁵ Cass. Soc. 10 juillet 1996, n°03-41137 et n°93-40966, Bull. Civ. V, n°278 ; Dr. Soc. 1996, p. 976, note H. Blaise ; RJS 1996, n° 900 ; GADT 4^e ed, 2008 ; Cass. Soc. 7 juillet 1998, n°95-45209, Bull. Civ. V, n°362 ; Cass. Soc. 1^{er} février 2000, n°98-40738 ; Cass. Soc. 26 juin 2001, n°99-42489 Bull. Civ. V, n°229 ; Cass. Soc. 16 septembre 2009 n°08-41057 ;

⁹⁰⁶ Sur l'évolution de la jurisprudence, voir notamment : P. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p. 791 ; A. Lyon-Caen, « Actualité de la modification », Dr. Ouv. 1997, p. 87 ; F. Bousez et M. Moreau, « A propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail », JCP E 1997, 705 ; M. Morand, « Propos sur la modification du contrat de travail ou des conditions de travail », JCP E 1997, 643 ; G. Couturier, « Pot pourri autour des modifications du contrat de travail », Dr. Soc. 1998, p. 878 ; J. Pélissier, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 101 s. ; F. Favennec-Héry, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 6/03, p. 459 ; A. Mazeaud, « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », Dr. Soc 2004, p. 77 ; P. Waquet, « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », Dr. Ouv. 2007, p. 175.



à l'employeur dans l'exercice de tous les aspects de son pouvoir⁹⁰⁷.

295. Modification dans le cadre des prérogatives « de direction technique » ou « de direction des personnes ». Dans l'exercice de ses prérogatives « de direction technique » ou « de direction des personnes », l'employeur doit encadrer l'exécution de la prestation de travail du salarié sans porter atteinte aux prévisions contractuelles. Ainsi, il ne peut attribuer des tâches ne correspondant pas à la nature du travail convenue⁹⁰⁸, procéder à une modification de l'organigramme emportant modification du niveau de responsabilités⁹⁰⁹, tirer de ses directives en matière de fixation d'objectifs ou d'évaluation des conséquences en termes de salaire ou de fonctions⁹¹⁰, modifier les horaires⁹¹¹ ou le lieu⁹¹² de travail du salarié.

296. Modification dans le cadre des prérogatives « de direction économique ». De même, le contrat de travail s'impose à l'employeur dans l'exercice de ses prérogatives « de direction économique ». L'invocation d'un motif économique n'autorise pas l'employeur à modifier les engagements contractuels⁹¹³ ; le salarié conserve un droit de refus⁹¹⁴ qui, s'il l'exerce, contraint l'employeur à renoncer à la modification ou à engager une procédure de licenciement s'il estime que le motif économique invoqué caractérise une cause réelle et sérieuse de rupture⁹¹⁵. La mise en œuvre effective d'une procédure de licenciement pour motif économique n'autorise pas plus la modification unilatérale

⁹⁰⁷ Rappr. Cass. Soc. 31 octobre 2000, n°98-44988, Bull. Civ. V, n°354 : « la modification du contrat de travail par l'employeur, **pour quelque cause que ce soit**, nécessite l'accord du salarié ».

⁹⁰⁸ Voir supra, n°91 et s.

⁹⁰⁹ Voir supra, n°233 et s. La jurisprudence retient sur ce point une solution nuancée.

⁹¹⁰ Sur ces prérogatives, voir supra, n°241 et s. (fixation des objectifs) et n°248 et s. (évaluation du travail).

⁹¹¹ Voir supra, n°155 et s. La jurisprudence ne le reconnaît que partiellement et admet certaines modifications unilatérales.

⁹¹² Voir supra, n°191 et s. La jurisprudence ne le reconnaît que partiellement et admet certaines modifications unilatérales.

⁹¹³ Cf. en ce sens A. Mazeaud : « Toute modification suppose l'accord des parties (...). Rien ne peut résister à cette règle de base. Les difficultés économiques (...) ne sont pas pertinentes pour s'y opposer, car peu importent les raisons, légitimes au demeurant, qui peuvent inspirer cette modification » (A. Mazeaud, « Contractuel, mais disciplinaire », Dr. Soc. 2003, p. 164).

⁹¹⁴ C. trav. art. L 1222-6.

⁹¹⁵ C. trav. art. L 1233-3.



du contrat, notamment dans le cadre de recherches de reclassement⁹¹⁶.

297. Modification dans le cadre des prérogatives disciplinaires. Enfin, l'intangibilité des dispositions contractuelles s'impose aux manifestations disciplinaires du pouvoir de l'employeur. Le pouvoir disciplinaire, démembré du pouvoir global de l'employeur, est concédé dans le cadre de l'habilitation contractuelle⁹¹⁷ et a pour finalité d'assurer l'effectivité de l'organisation du travail définie par l'employeur dans le but de permettre la bonne exécution du contrat⁹¹⁸. L'invocation de prérogatives disciplinaires ne peut donc jamais être un motif de modification unilatérale du contrat ; tel n'est pas leur rôle. Elles n'ont pas été confiées à l'employeur à cette fin. En prétendant modifier le contrat de travail, même à titre de sanction disciplinaire, l'employeur excède les termes de l'habilitation contractuelle. A titre de sanction comme de mesure d'organisation, une modification du contrat ne peut jamais être imposée par l'employeur ; il n'y a pas été habilité.

La reconnaissance de ce principe par la jurisprudence, sous forme d'un droit de refus des sanctions emportant modification du contrat de travail par le salarié⁹¹⁹, a cependant largement divisé la doctrine. Si certains auteurs ont approuvé la solution⁹²⁰, d'autres⁹²¹

⁹¹⁶ Ce qui implique qu'un refus de reclassement ne peut caractériser une faute, comme l'a souligné la Cour de cassation (Cass. Soc. 29 janvier 2003, n°00-46322, Bull. Civ. V, n°28 ; RJS 2003, n°436).

⁹¹⁷ Sur l'origine contractuelle du pouvoir de l'employeur y compris dans ses manifestations disciplinaires, voir supra, n°41 et s.

⁹¹⁸ Sur la finalité du pouvoir disciplinaire concédé à l'employeur, voir supra, n°43.

⁹¹⁹ Cass. Soc. 16 juin 1998, n°95-45033 (« *Hôtel Le Berry* »), RJS 1998, n°858 ; JCP G 1998, II, 10161, note D. Corrignan-Carsin ; GADT 4^e ed, 2008 : « *Attendu qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée* ». Le principe a été réaffirmé (Cass. Soc. 27 mars 2007, n°06-42113, JCP E 2007, 1807, note D. Jacotot ; Cass. Soc. 11 février 2009, n°06-45897, JCP S 2009, 1153, note L. Dauxerre).

⁹²⁰ Monsieur le Professeur Mazeaud considère ainsi que « Rien ne peut s'opposer à cette règle de base (...). Peu importent les raisons, légitimes au demeurant, qui peuvent inspirer cette modification. C'est pourquoi le pouvoir disciplinaire se heurte à ce bastion intouchable qu'est le contrat ; il doit ployer au même titre que le pouvoir de direction » (A. Mazeaud, « Contractuel, mais disciplinaire », Dr. Soc. 2003, p. 164). Madame Amauger-Lattes écrivait également, avant même l'arrêt *Le Berry* : « on voit mal pourquoi la loi contractuelle devrait céder face au seul pouvoir disciplinaire et au nom de quel principe l'employeur serait habilité, dans l'exercice de sa fonction disciplinaire, à passer outre cette loi ». Cf. également le rapport de Monsieur le Doyen Waquet (Dr. Soc. 1998, p. 803 : « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail ») ; Cf. encore E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », études offertes à J. Péliissier, Dalloz 2004 p. 203 et s.



l'ont vivement critiquée. Pour ces derniers auteurs, l'employeur devrait être admis à modifier unilatéralement le contrat lorsqu'il agit à titre disciplinaire. Ils justifient leur position par référence à une habilitation légale de l'employeur qui résulterait des termes de l'article L 1331-1 du Code du travail⁹²² : « *Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ». Ce texte autoriserait, selon eux, les modifications unilatérales du contrat de travail à titre disciplinaire.

Tel n'est pas le cas. Ce texte n'autorise nullement l'employeur à modifier le contrat de travail à titre de sanction. Il ne l'investit d'aucun pouvoir en ce sens. Il se borne à *définir* la notion de sanction disciplinaire ; cette définition est large car elle emporte avec elle définition du champ d'application des garanties de fond et de procédure définies par la loi, qui ont été voulues d'application générale. En entendant la notion de sanction de manière extensive, le législateur s'est assuré que toute sanction, même (et surtout) illicite, puisse être contestée devant le juge prud'homal. Mais en aucun cas, il n'a entendu autoriser l'employeur à infliger toutes les sanctions envisagées ; c'est d'ailleurs ce que confirme l'article L 1331-2 du Code du travail⁹²³ qui prohibe les sanctions pécuniaires que l'article L 1331-1 envisage. Au contraire, de manière très pragmatique, le législateur a visé toutes les sanctions dont on sait *qu'en pratique* les employeurs les prononcent ; il les appréhende sans les autoriser, pour mieux les combattre. Loin d'accorder à l'employeur le pouvoir de modifier le contrat de travail à titre disciplinaire, l'article L 1331-1 du Code du travail *constate* cette pratique pour la faire cesser⁹²⁴.

⁹²¹ Cf. C. Radé, « à propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », Dr. Soc. 1999, p. 3 ; J. Mouly, « Les modifications disciplinaires du contrat de travail, chronique d'humeur à propos d'un revirement », D. 1999 p. 359.

⁹²² C. trav. anc. art. L 122-40.

⁹²³ C. trav. art. L 1331-2 : « Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites ».

⁹²⁴ Cf. En ce sens S. Frossard : « L'article L 122-40 [recod. L 1331-1] du Code du travail reconnaît que les sanctions peuvent affecter divers éléments de la relation de travail (présence du salarié, carrière, fonction), mais cela n'autorise pas pour autant l'employeur à agir unilatéralement pour changer en cours d'exécution du contrat ce que les parties ont décidé ensemble » (S. Frossard, « La réaction de l'employeur à la faute du salarié », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », études offertes à J. Péliissier, Dalloz, 2004, p. 231 et s.



II. Absence d'habilitation contractuelle expresse de l'employeur à une modification unilatérale du contrat

298. *Imprévisibilité des obligations.* Les clauses dites « de variabilité » ou « de variation »⁹²⁵, également désignées sous le terme de clauses « de flexibilité », « de révision »⁹²⁶ ou encore « de mobilité »⁹²⁷, ont pour objet de prévoir, dès la conclusion du contrat, la faculté pour l'employeur de modifier à l'avenir le contenu du contrat de travail. Le salarié ayant consenti à l'octroi de cette faculté à l'employeur, il ne pourrait ensuite s'opposer à la modification décidée par lui, en exécution de la clause de variation. Inutile lorsqu'elle porte sur un élément non contractuel (objectifs, tâches à accomplir...), déjà susceptible de modification unilatérale par l'employeur⁹²⁸ dans le cadre de son pouvoir d'organisation tiré du contrat de travail, en revanche, lorsqu'elle concerne un élément du contrat, notamment un aspect de la sphère de subordination, cette clause habiliterait l'employeur à procéder à des modifications unilatérales en cours d'exécution du contrat. Mais une telle clause est nulle, d'une part en ce qu'elle affecte la détermination de l'objet de l'obligation du salarié (A), d'autre part en ce qu'elle est une clause abusive (B), produit du pouvoir de fait⁹²⁹ de l'employeur.

A. Nullité des clauses de variation sur le fondement de l'exigence de détermination de l'objet de l'obligation du salarié

299. Les clauses de variation de la sphère de subordination font obstacle à la détermination de l'objet des obligations du salarié. La clause de variation implique que la sphère de subordination que le salarié consent à créer et intégrer⁹³⁰, donc, l'étendue

⁹²⁵ P. Waquet, « les clauses de variabilité », *Liais. Soc. Mag.* 12/2000 p. 65 ; P-H. Antonmattéi, « Retour sur les clauses de variabilité », *JSL* 30 Août 2001 n°85 ; A. Jeammaud, « Le contrat de travail une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier*, Dalloz 2004, p. 306 et s. ; A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Thèse, Paris X, 2006.

⁹²⁶ F. Vélot, « Clauses de révisions », *Sem. Soc. Lamy* 4 septembre 2000, n°993.

⁹²⁷ I. Daugareilh, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », *Dr. Soc.* 1996, p. 128.

⁹²⁸ Voir supra, n°241 et s. (objectifs) et 237 et s. (tâches).

⁹²⁹ Sur la notion de pouvoir de fait, voir supra, n°3.

⁹³⁰ Supra, n°61.



de son obligation de subordination, est susceptible de modification unilatérale en cours d'exécution du contrat de travail. Or, l'exigence de détermination de l'objet des obligations s'oppose à ce que, sitôt cet objet identifié, sa pérennité soit écartée. Si l'objet de l'obligation d'une partie est indéterminé lorsqu'il n'est pas défini, identifié, il l'est également lorsque son identification ne vaut qu'à titre temporaire, le contractant pouvant à l'avenir être lié par une autre obligation qu'il ne peut identifier lors de la conclusion du contrat⁹³¹.

La clause de variation de la sphère de subordination rend incertaine l'obligation du salarié. Alors que celui-ci contracte en considération de l'étendue de la sphère de subordination, la clause de variation l'expose au risque d'une modification des paramètres de cette sphère, le rendant débiteur d'une obligation de subordination remodelée qui n'était pas déterminable lors de la conclusion du contrat. Ce remodelage de la sphère de subordination est de nature à vicier son consentement donné sur la base d'une appréciation personnelle du caractère acceptable de l'étendue de la sphère de subordination résultant de la combinaison de ses différents paramètres, au regard d'une rémunération censée en être la juste contrepartie.

300. Variation discrétionnaire ou non limitée. La nullité de la clause tirée du vice d'indétermination est évidente lorsque « l'activation » de la clause est laissée à l'entière discrétion de l'employeur, sans devoir répondre à un quelconque critère, ou répondant à un critère dépourvu d'objectivité (on songe à des critères tels que « les besoins du service », « l'intérêt de l'entreprise »). La modification potentielle est ici dépourvue de toute prévisibilité : rien ne permet au salarié de déterminer la probabilité ni le moment de la variation de l'étendue de son obligation de subordination.

⁹³¹ Monsieur le Professeur Pélissier note en ce sens que « le contrat suppose un engagement de chacune des parties contractantes et cet engagement doit être précis, ferme et définitif. Si l'une des parties pouvait unilatéralement modifier en cours de contrat ses propres obligations ou les obligations de son cocontractant, il n'y aurait pas véritablement d'engagement contractuel réciproque ». L'auteur ajoute qu'« il n'est pas concevable qu'une des parties obtienne, au moment de la conclusion du contrat, un blanc-seing de l'autre partie l'autorisant à modifier unilatéralement tel élément du contrat » (J. Pélissier, « Pour un droit des clauses du contrat de travail », RJS 2005, p. 499).



Il en est de même lorsque, assortie d'un critère d'utilisation ou non, la clause ne fixe pas de limites à la possibilité de variation qu'elle prévoit. A l'extrême, la clause peut se contenter d'investir l'employeur d'une prérogative générale de révision du contrat, sans même définir quels éléments sont visés. La clause de variation peut aussi ne porter que sur un seul élément du contrat, mais sans prévoir le champ de la variation possible⁹³². Le salarié, dans ces hypothèses, ne peut déterminer dans quelle mesure ses obligations sont susceptibles d'évoluer.

De telles clauses sont nulles, la conséquence pratique étant que le salarié est en droit de refuser la modification de la sphère de subordination que l'employeur prétend lui imposer et de poursuivre l'exécution du contrat de travail aux conditions antérieures.

301. Variation objective et limitée. Le cas de clauses de variation de la sphère de subordination qui prévoiraient un motif objectif de recours ainsi que des limites strictes à la possibilité de variation peut sembler plus incertain. On peut imaginer une clause aux termes de laquelle, en cas d'absence d'un autre salarié de l'entreprise, le salarié devrait le remplacer dans ses fonctions, même relevant d'une autre qualification (l'informaticien devant remplacer le secrétaire, le caissier devant remplacer le livreur, etc), ou devrait le remplacer dans ses horaires de travail, même relevant d'une autre structure d'horaires (travail de nuit en lieu et place d'un travail de jour) et ce, dans l'attente d'un remplacement et dans la limite d'une durée maximale fixée par la clause, laquelle pourrait également fixer un nombre maximum de recours à la variation par période donnée. Dans de telles hypothèses, les motifs et les limites de la variation sont connus⁹³³.

Le sort de ces clauses au regard de l'article 1129 du Code civil est incertain. Au soutien

⁹³² Deux exemples tirés de deux contrats de travail en vigueur au sein de deux enseignes différentes de grande distribution, s'agissant d'une variation des limites matérielles de la sphère de subordination. Premier contrat : « Madame X est confirmée dans ses fonctions de coordinatrice animations, selon détail en annexe. Il pourra lui être demandé dans l'intérêt de la bonne marche de l'entreprise d'accomplir accessoirement des tâches ne se rattachant pas directement à sa fonction » ; deuxième contrat : « vous pourrez être amenée à effectuer des tâches correspondant à des fonctions de niveaux inférieurs ou exceptionnellement à réaliser des travaux relevant d'une autre fonction. De plus, vous vous engagez à effectuer les remplacements nécessités par les besoins du service ».

⁹³³ Monsieur le Doyen Waquet parle de « coefficient de flexibilité » (P. Waquet, « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », Dr. Ouv. 2007, p.175).



de leur validité, il peut être avancé que la définition précise des cas et des limites de recours rend l'objet de l'obligation du salarié déterminable et simplement conditionnelle. En sens contraire, il peut être soutenu que lors de la conclusion du contrat de travail, les obligations du salarié sont entourées d'un flou certain. Le salarié sait que ses obligations peuvent évoluer et dans quels types de cas, mais ne sait pas pour autant à quoi il s'engage puisque la modification n'est qu'éventuelle et dépend des aléas de l'activité entrepreneuriale qu'il ne maîtrise pas et qu'il ne peut pas cerner lors de la conclusion du contrat : l'indétermination n'est pas totale mais la détermination n'est pas suffisante. La Cour de cassation n'a pas pris position dans ce débat. Même s'il irrigue son raisonnement, elle ne retient pas l'article 1129 du Code civil comme fondement de la nullité des clauses de variation, qui est à chercher au sein de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil⁹³⁴.

B. Nullité des clauses de variation en tant que produits du pouvoir de fait de l'employeur

302. Prérogative contractuelle de l'employeur directement issue du pouvoir de fait.

La faculté de modifier unilatéralement le contrat est un pouvoir considérable, celui de s'affranchir des termes du contrat en le réécrivant, autrement dit celui de ne plus être véritablement lié par le contrat. Or, en insérant une clause de variation dans le contrat de travail, l'employeur prétend tirer ce pouvoir du contrat. C'est une prérogative juridique, *contractuelle*, de modification du contrat qu'il prétend exercer, de sorte que le contrat devient l'instrument de son propre contournement. Comme le note très justement Madame Bousez, « paradoxalement, la force obligatoire du contrat conduirait au renforcement des pouvoirs de l'employeur »⁹³⁵ et à l'instabilité contractuelle. L'employeur serait ainsi titulaire d'un droit de créance de variation⁹³⁶, le salarié

⁹³⁴ Voir infra, n°304.

⁹³⁵ F. Bousez, « Les pouvoirs de l'employeur à l'épreuve du contrat de travail », Thèse, Paris II, 2001, p. 10. Dans le même sens, I. Daugareilh relève que lorsque la « mobilité (...) est explicitement intégrée au contrat par des clauses, la force obligatoire du contrat joue alors en faveur de l'employeur », art. préc. p. 129.

⁹³⁶ Voir en ce sens, A. Jeammaud, « Le contrat de travail une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier*, Dalloz 2004, p. 306 et s. D'autres auteurs considèrent que la clause opère « décontractualisation » de l'élément sujet à variation. La Cour de Cassation semble



débiteur d'une obligation de variation à laquelle il devrait se conformer en *exécution* du contrat. La clause de variation ne générerait donc d'obligations qu'à la seule charge du salarié et de pouvoir -un pouvoir substantiel- qu'au seul bénéfice de l'employeur. Elle n'aurait d'intérêt que pour l'employeur mais serait exclusivement « subie » par le salarié qui lui n'en tirerait aucun avantage.

Comment une telle clause ne servant les intérêts que de l'une des parties peut-elle figurer dans un contrat exigeant le consentement des deux parties ? On peut, dans une vision optimiste, envisager que les négociations précontractuelles ont permis de définir une contrepartie à la clause de variation, notamment dans la fixation de la rémunération, de sorte que la clause de variation aurait été librement consentie par le salarié. On peut plutôt considérer que la clause de variation figure dans le contrat, sans contrepartie, parce que le contractant à qui elle profite est *en mesure* de l'imposer. Le pouvoir de fait dont il dispose permet à l'employeur de rédiger le contrat de travail de manière à « maximiser » son pouvoir juridique. Le pouvoir de fait exerce une incidence directe sur le contenu du contrat de travail lequel tient lieu de « gage d'honorabilité » au pouvoir de l'employeur. Par l'intermédiaire du contrat, instrumentalisé et dénaturé, le pouvoir de fait se mue en pouvoir juridique. On en revient à « l'auto-légitimation du pouvoir »⁹³⁷ que le contrat doit exclure⁹³⁸.

On ne peut pas raisonnablement douter du rôle du pouvoir de fait de l'employeur dans la stipulation des clauses de variation. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler une évidence : la clause de variation au profit du salarié n'existe pas. Pourtant, une telle clause lui serait indéniablement *utile* pour obtenir, sans refus possible de son co-contractant, sa mutation, sa promotion ou encore une augmentation de sa rémunération. Si de telles clauses sont inimaginables, c'est évidemment parce que le salarié *ne peut pas*

suivre leur analyse au sujet de la clause de mobilité géographique, dont elle considère que la mise en œuvre n'affecte que les « conditions de travail » (voir notamment Cass. Soc. 30 septembre 1997, n°95-43187, Bull. Civ. V, n°289 ; Dr. Soc. 1997, p. 1094, obs. J-E. Ray ; Dr. Ouv. 1998, p. 162, obs. P. Moussy ; D 1999, somm. p. 33, obs. M-C. Escande-Varniol ; Cass. Soc. 14 juin 2000, n°98-42118).

⁹³⁷ Voir supra, n°50.

⁹³⁸ Comme le relèvent les Professeurs Gaudu et Vatinet, « c'est le droit commun des contrats lui-même qui limite la liberté des parties, en leur interdisant de porter atteinte à l'essence du contrat et de laisser planer un doute sur son contenu ou sa sanction » (Traité des contrats, LGDJ, 2001, p. 278).



les obtenir. Il ne dispose pas, en fait, du pouvoir nécessaire.

303. *Clauses abusives.* Imposée par l'employeur dans un contrat qui a tous les traits d'un contrat d'adhésion⁹³⁹, la clause de variation lui ménage un pouvoir « exorbitant et anormal »⁹⁴⁰, celui de s'affranchir des termes du contrat, ce qui a directement pour effet, sinon pour objet, de créer un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » au sens de l'article L 132-1 du code de la consommation⁹⁴¹. En ce sens, Monsieur le Professeur Loiseau plaide pour une extension au droit du travail du champ d'application de la réglementation des clauses abusives, réglementation qui, selon lui, inspire directement les décisions de la Cour de cassation⁹⁴². Il en résulterait un nouveau fondement permettant d'asseoir la nullité des clauses de variation⁹⁴³.

304. *Position de la Cour de cassation.* La Cour de cassation annule les clauses de variation portant sur les éléments qu'elle considère comme contractuels, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 2. Ce fondement résulte d'un arrêt célèbre du 27 février 2001⁹⁴⁴ par lequel, rejetant le pourvoi de l'employeur tendant à faire juger qu'était valide la clause autorisant la modification unilatérale du taux et des modalités du commissionnement du salarié, elle a énoncé que « *la clause, par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou en partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* ». Il résulte de cet arrêt que les

⁹³⁹ Voir supra, n°5.

⁹⁴⁰ P. Waquet, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », Dr. Soc. 2000, p. 1051. L'auteur a également parlé s'agissant des clauses de variation unilatérale, de « privilège conféré à l'employeur » (« les clauses de variabilité », Liais. Soc. Mag. 12/2000, p.64).

⁹⁴¹ L'annexe de ce texte qualifie expressément de clause abusive la clause autorisant la modification unilatérale du contrat par le professionnel.

⁹⁴² G. Loiseau, « Des clauses abusives dans le contrat de travail », in chronique Droit des Obligations, JCP G 2001, I, 330 p. 1215 ; « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », JCP S 2009, 1013.

⁹⁴³ Dans le même sens, voir également I. Daugareilh, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », Dr. Soc. 1996, p. 128, qui envisage de fonder la nullité des clauses de variation tant sur la notion de déséquilibre significatif, et sur la notion de bonne foi ».

⁹⁴⁴ Cass. Soc. 27 février 2001, n°99-40219, Bull. Civ. V, n°60 ; Dr. Soc. 2001, p. 514, obs. C. Radé ; D 2001, Somm. p. 2166, obs. S. Frossard ; RJS 2001, n°562 ; JCP G 2001, I, 330, note G. Loiseau ; JCP E 2001, 1391 note C. Puigelier.



dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, aux termes duquel la révocation du contrat, à laquelle est assimilée sa modification, suppose le consentement des deux contractants, ne peuvent être contournées par une clause du contrat de travail qui devrait s'imposer sur le fondement de l'alinéa 1 de ce même texte, fondant la force obligatoire du contrat. Certains se sont indignés de l'atteinte ainsi portée à la force obligatoire des conventions ; mais la décision de la Cour de cassation se borne à rappeler que « le contrat ne peut pas prévoir le contraire de la loi »⁹⁴⁵.

Sur ce fondement, ont ainsi été annulées ou jugées inopérantes des clauses autorisant la variation de la qualification⁹⁴⁶, de la durée du travail⁹⁴⁷, de la structure des horaires de travail⁹⁴⁸ ou encore du salaire⁹⁴⁹. Par exception, le droit positif admet la validité de certaines clauses de variation. Tel est le cas des clauses instituant une variation objective du salaire, considérées comme socialement acceptables⁹⁵⁰. Tel est également le cas de la variation des horaires de travail dans le contrat de travail à temps partiel,

⁹⁴⁵ P. Waquet, « les objectifs », Dr. Soc. 2001, p. 122.

⁹⁴⁶ Cf. Cass. Soc. 13 juillet 2004, n°02-42372, s'agissant d'une clause qui autorisait l'employeur à substituer aux fonctions du salarié de rédacteur en chef d'une radio, celles de grand reporter.

⁹⁴⁷ Cass. Soc. 29 juin 1999, n°97-42248, Bull. Civ. V, n°306 ; RJS 1999, n°1025, s'agissant d'une clause permettant à l'employeur de transformer le contrat à durée déterminée à temps plein en contrat à durée indéterminée à temps partiel ; Cass. Soc. 29 novembre 2011, n°10-14198, s'agissant d'une clause prévoyant la faculté de l'employeur de réduire la durée du travail hebdomadaire de 38 à 35 heures.

⁹⁴⁸ Cf. s'agissant de clauses permettant à l'employeur d'imposer un horaire de jour en lieu et place d'un horaire de nuit : Cass. Soc. 5 juin 2001, n°98-44782, Bull. Civ. V, n°206 ; RJS 2001, n°992 ; Cass. Soc. 13 juillet 2005, n°03-44866 (la clause stipulait que "le directeur peut procéder à toute nouvelle affectation (jour ou nuit) nécessitée par les besoins du service"). Cf. s'agissant de clauses permettant à l'inverse de remplacer un horaire de jour par un horaire de nuit : Cass. Soc. 5 juin 2001, n° 98-44781, Bull. Civ. V, n° 206 ; RJS 2001, n°992 ; Cass. Soc. 18 décembre 2001, n°98-46160, Bull. Civ. V, n°388 ; RJS 2002, n°145 ; Cass. Soc. 30 avril 2003, n°01-40929 ; Cass. Soc. 22 septembre 2009, n°08-43034.

⁹⁴⁹ Cf. notamment Cass. Soc. 30 mai 2000, n°97-45068 et 98-44016, Bull. Civ. V, n°206 (nullité d'une clause prévoyant que les « commissions sur ventes et primes d'objectifs » seraient « calculées selon un plan de rémunération susceptible d'être adapté en fonction de l'évolution du marché et des produits de la marque ». Pour la Cour de cassation, « une clause du contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle d'un salarié ») ; Cass. Soc. 3 juillet 2001, n°99-42761, Bull. Civ. V, n°242, RJS 2001, n°1112 (nullité d'une clause habilitant l'employeur à fixer un « coefficient individuel » influant sur le salaire) ; Cass. Soc. 11 décembre 2002, n°00-46649 (s'agissant d'une prime dont le contrat de travail précisait qu'elle était « révisable et que son principe et son montant devaient être redéfinis annuellement "en fonction des résultats obtenus" », ce dont l'employeur déduisait qu'il était autorisé « à modifier ou à supprimer unilatéralement la prime litigieuse ») ; Cass. Soc. 5 juin 2008, n°07-41186 (la clause instituant une « partie variable calculée conformément au plan de rémunération arrêté pour chaque exercice par la direction commerciale » institue une variation « dépendant de la seule volonté de l'employeur » et est donc nulle) ; Cass. Soc. 3 juin 2009, n°07-43778.

⁹⁵⁰ Voir infra, n°362.



organisée par la loi⁹⁵¹. Tel est enfin le cas, de manière beaucoup plus étonnante et anormale, de la clause de mobilité géographique⁹⁵².

305. *L'absence d'opportunité de l'admission des clauses de variation.* Certains auteurs déplorent l'hostilité de la jurisprudence à l'égard des clauses de variation qui devraient être admises au regard de leur *utilité*. Il est ainsi soutenu qu'il devrait être tenu compte du fait que l'insertion de la clause de variation par l'employeur n'a rien d'abusif car elle va dans le sens de « l'intérêt de l'entreprise ».

Mais, sauf à défendre une conception dépassée et illusoire de l'entreprise en tant qu'« institution » ou communauté d'intérêt, en oubliant que « l'entreprise est une addition d'intérêts par nature contradictoire »⁹⁵³, on ne peut occulter le fait que « l'entreprise », c'est l'employeur autrement dénommé, et que « l'intérêt de l'entreprise », c'est la plupart du temps le seul « intérêt de l'employeur »⁹⁵⁴. Justifier une clause abusive par « l'intérêt de l'entreprise » est donc un non – argument : c'est se borner à justifier une clause abusive par l'intérêt qu'elle présente pour le contractant en faveur de qui elle joue. Et c'est oublier que le salarié est également un contractant qui, lui aussi, a des intérêts⁹⁵⁵.

Certes, il ne peut être nié que l'entreprise est sujette au changement et que son adaptation aux mutations de l'économie et de la société est une donnée essentielle de sa pérennité. Dans cette perspective, la modification des contrats de travail est « un

⁹⁵¹ C. trav. art L 3123-14 s.

⁹⁵² Voir supra, n°213 et s.

⁹⁵³ B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », D. 2004, 1682. L'auteur ajoute que « la volonté des détenteurs du capital d'obtenir le maximum de profit et de préserver (les deux étant souvent liés) le maximum de souplesse dans l'organisation de l'entreprise ne rejoint que fort modérément les préoccupations des salariés ».

⁹⁵⁴ Il se peut que les intérêts du salarié *rejoignent* ceux de l'employeur. Ainsi la bonne santé financière de la société intéresse l'employeur qui en tire des bénéfices, mais également le salarié en termes de pérennité d'emploi et éventuellement en termes financiers (participation, intéressement). Pour autant, une telle *conjonction* d'intérêts ne permet pas de conclure à l'existence d'un intérêt autonome de l'entreprise en tant qu'entité.

⁹⁵⁵ Comme le relève Monsieur le Professeur Pélissier, « il n'est pas évident qu'il faille sacrifier la sécurité juridique à ce que certains appellent les impératifs de gestion » (J. Pélissier, « Clauses informatives et causes contractuelles du contrat de travail », RJS 2004, p. 3) .



instrument de gestion de l'entreprise »⁹⁵⁶, un « outil de gestion individuelle et collective des ressources humaines »⁹⁵⁷. Néanmoins, aussi indispensable que soit l'adaptation des contrats de travail aux évolutions de l'entreprise, elle ne peut passer par l'insertion dans ces contrats de clauses de variation unilatérale, porteuses de trop nombreux dangers en termes d'accroissement de la sujétion des salariés⁹⁵⁸. D'une manière générale, il est suspect de se réserver la possibilité d'*imposer* ce qui pourrait également être *négocié*, spécialement en matière contractuelle.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que, si la modification du contrat de travail est réellement indispensable, l'employeur dispose, avec la procédure de modification pour motif économique⁹⁵⁹, d'un outil répondant aux « intérêts de l'entreprise » et lui permettant de faire face à un large éventail de situations : difficultés économiques, lesquelles peuvent également justifier le recours au chômage partiel⁹⁶⁰, mutations technologiques, réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité permettant d'agir à titre préventif. Aussi, si un motif économique rend impérative la modification des contrats de travail, autrement dit si « l'intérêt de l'entreprise » est réellement en jeu, l'employeur ne sera-t-il jamais dans une impasse dont seule une clause de variation pourrait le sortir. Il pourra modifier ou rompre les contrats, dans des conditions un peu moins préjudiciables pour le salarié que le licenciement pour faute grave qui attend le récalcitrant à l'application d'une clause de variation.

De même, les absences peuvent être palliées par le recours au contrat à durée déterminée⁹⁶¹, au travail temporaire⁹⁶² ou aux heures supplémentaires⁹⁶³. En résumé, le

⁹⁵⁶ B. Teyssié, « La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise », Dr. Soc. 1986, p. 852.

⁹⁵⁷ I. Daugareilh, art. préc.

⁹⁵⁸ Citons ici l'exemple de France Telecom : en août 2009, l'entreprise développe, à la demande des organisations syndicales, et à la suite de plusieurs suicides de salariés dans l'entreprise, une politique de prévention du stress. Les syndicats pointent comme étant une cause du stress, la politique interne dénommée « It's time to move », qui promeut la règle d'un « changement de métier ou de lieu géographique tous les trois ans », selon un syndicaliste CFE-CGC, dont les propos sont rapportés par C. Maussion dans l'édition du 27 août 2009 de *Libération*.

⁹⁵⁹ C. trav. art. L 1222-6.

⁹⁶⁰ C. trav. art. L 5122-1.

⁹⁶¹ C. trav. art. L 1242-2.



Code du travail regorge d'outils permettant à l'employeur d'adapter son entreprise aux difficultés rencontrées. Les clauses de variation, clairement illicites, ne sont donc pas justifiées par un quelconque argument d'opportunité.

306. Le cas des clauses de variation utilisées à titre disciplinaire. Conséquence directe de leur nullité, les clauses de variation ne peuvent être utilisées par l'employeur afin d'imposer au salarié une modification du contrat à titre de sanction disciplinaire, pas plus qu'elles ne peuvent l'être à un autre titre. En outre, même en l'état actuel de la jurisprudence qui admet certaines clauses de variation, telle la clause de mobilité géographique⁹⁶⁴, il devrait être reconnu que leur usage à titre disciplinaire caractérise une extension illégitime de la prérogative que l'employeur est censé en tirer. Même si l'on avait pu admettre que la clause de mobilité géographique était valable comme librement consentie et que le salarié avait effectivement concédé à l'employeur le pouvoir de modifier le contrat, le salarié resterait créancier d'une obligation de l'employeur d'utilisation de ce pouvoir conforme aux prévisions contractuelles. Or, les clauses de mobilité géographique stipulées dans les contrats ne précisent jamais qu'elles ont vocation à être utilisées à titre disciplinaire. Les invoquer pour imposer une modification – sanction du contrat caractérise une dénaturation, un « détournement »⁹⁶⁵ de la clause, utilisée dans une hypothèse qu'elle ne prévoyait pas et pour laquelle elle n'habilitait pas l'employeur à l'exercice d'une prérogative de modification. Il est regrettable que la Cour de cassation, tout en persistant à admettre la validité des clauses de mobilité géographique, tolère de surcroît leur usage à titre disciplinaire⁹⁶⁶.

⁹⁶² C. trav. art. L 1251-6.

⁹⁶³ C. trav. art. L 3121-11 et s.

⁹⁶⁴ Voir supra, n°213 et s.

⁹⁶⁵ J. Mouly, « Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire », Dr. Soc. 2002, p. 955 ; dans le même sens, S. Frossard parle de « détournement de pouvoir » (S. Frossard, « La réaction de l'employeur à la faute du salarié », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », études offertes à J. Pélissier, Dalloz 2004, p. 231 et s).

⁹⁶⁶ Cass. Soc. 11 juillet 2001 n°99-41574, Bull. Civ. V, n°265 ; JCP E 2002, p. 372, note G. Lachaise : « La mise en oeuvre d'une clause de mobilité n'entraîne pas de modification du contrat de travail ; même si le déplacement du salarié a le caractère d'une mesure disciplinaire, il ne constitue pas un abus, dès lors que l'employeur peut invoquer une faute du salarié ». La solution a fait l'objet d'une vive controverse doctrinale entre les Professeurs Mazeaud (« Contractuel mais disciplinaire », Dr. Soc 2003, p. 164 ; l'auteur, favorable au principe d'interdiction de la modification à titre disciplinaire, issu de l'arrêt *Hôtel Le Berry*, juge en revanche parfaitement justifié qu'il soit fait exception à ce principe en présence d'une clause de variation)



307. Finalisé, le pouvoir de l'employeur ne peut être détourné de telle sorte que le contrat de travail serait modifié. De même, il ne peut être utilisé pour empiéter sur la vie personnelle du salarié.

§2. Le respect de la vie personnelle du salarié

308. Il est désormais connu que l'employeur n'exerce ses prérogatives que dans le cadre de l'exécution de la prestation de travail. A l'inverse, aucun pouvoir ne lui est reconnu envers le salarié dans sa vie personnelle⁹⁶⁷, qu'elle soit privée ou publique, considérée au temps et au lieu du travail ou en dehors⁹⁶⁸ ; elle n'entre pas dans le champ de la

et Mouly (« Disciplinaire, donc non contractuel », Dr. Soc 2003 p. 395 ; hostile au principe d'interdiction de la modification à titre disciplinaire, l'auteur considère que le principe de l'arrêt Franfinance aboutit à un résultat positif en ce qu'il permet aux employeurs de contourner cette interdiction, mais considère que ce résultat est atteint au prix d'une double erreur de la Cour de cassation. Cf. également du même auteur : « Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire », préc. ; « Les suites de la jurisprudence Hôtel Le Berry, à propos d'un dixième anniversaire », Dr. Soc. 2008, p. 537). Le principe a été implicitement réaffirmé : Cf. Cass. Soc. 30 juin 2004, n°02-44145, jugeant que les faits fautifs reprochés n'étaient pas établis mais ne condamnant pas dans son principe l'usage disciplinaire de la clause de mobilité ; Cass. Soc. 11 juillet 2006, n°04-47560 (idem) ; Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-40345 (idem) ; cf. dans le même sens Cass. Soc. 16 septembre 2009, n°07-45725, reprochant à l'employeur le non-respect de la procédure disciplinaire. En sens contraire, un arrêt de la Cour de cassation (Cass. Soc. 10 décembre 2008, n°07-43283), non publié et resté isolé, a condamné dans son principe même l'usage disciplinaire d'une clause de mobilité géographique, jugé « **abusif** » : a été approuvé l'arrêt d'une Cour d'appel ayant jugé qu'était sans cause réelle et sérieuse le licenciement motivé par le refus du salarié de la mutation géographique décidée par son employeur, dans la mesure où la clause de mobilité avait été invoquée par l'employeur à titre de sanction disciplinaire, de sorte que son usage était abusif (« *après avoir relevé que la mutation du salarié avait été décidée par l'employeur pour mauvaise gestion par le salarié du personnel, faisant suite à des accusations de harcèlement moral envers ses employés et de discrimination raciale à l'égard de la clientèle, faisant ainsi ressortir un comportement du salarié relevant d'une sanction disciplinaire, la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur avait fait un usage abusif de la clause de mobilité et que le refus du salarié de sa mutation qui n'était pas fautif rendait son licenciement dénué de cause réelle et sérieuse* »).

⁹⁶⁷ Cf. J. Savatier, « La protection de la vie privée des salariés », Dr. Soc. 1992, p. 329 ; P. Bouaziz, « Vie privée et cause réelle et sérieuse de licenciement », Dr. Ouv. 1991, p. 201 ; J-Y. Frouin, « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », CSBP n°99, p. 123 ; F. Favennec-Hery, « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », RJS 2001, p. 940 ; J-E. Ray, « Vies professionnelles et vies personnelles », Dr. Soc. 2004, p. 5 ; « Temps professionnels et temps personnels », Dr. Soc. 2004, p. 58 ; P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 2004, p. 23, A. Lepage, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », Dr. Soc. 2006, p. 364 ; J. Mouly, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », Dr. Soc. 2006, p. 839 ; C. Mathieu-Geniaut, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », Dr. Soc. 2006, p. 848.

⁹⁶⁸ Cf. P. Waquet : « La notion de vie personnelle est plus large ; elle inclut l'ensemble du comportement du salarié, qu'il relève de l'intimité de la vie privée ou du comportement public, qui échappe à l'autorité de l'employeur, pendant ou en dehors de la durée du travail » (« En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 1998, p. 963).



sphère de subordination.

Cette soustraction de la vie personnelle à toute emprise patronale se déduit des termes mêmes de l'habilitation contractuelle, par une analyse a contrario de la volonté des parties quant au champ d'application du pouvoir⁹⁶⁹. Le pouvoir exercé par l'employeur ayant pour finalité l'organisation du travail en vue de l'exécution du contrat, la vie personnelle du salarié, étrangère au contrat, est de fait soustraite à son emprise. Comme le souligne Monsieur le Conseiller Frouin, les principes garantissant l'autonomie du salarié dans sa vie personnelle « ne sont inscrits nulle part, mais ils n'ont pas à l'être car ils se déduisent d'une pure logique de raisonnement : le salarié qui n'est pas au travail cesse d'être un salarié pour devenir un homme ordinaire, avec tous les attributs d'un homme ordinaire »⁹⁷⁰. En d'autres termes, il suffit comme le suggère Monsieur le Professeur Savatier, « d'analyser les limites de la subordination »⁹⁷¹ pour conclure à l'absence de pouvoir de l'employeur sur la vie personnelle du salarié⁹⁷².

Le principe d'absence de pouvoir de l'employeur sur la vie personnelle du salarié emporte deux implications distinctes. L'employeur ne peut tirer aucune conséquence de faits relevant de la vie personnelle du salarié (I) ; il ne peut émettre aucune directive qui aurait pour objet ou pour effet d'empiéter sur la vie personnelle du salarié (II).

⁹⁶⁹ En ce sens, C. Mathieu-Geniaut (« L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. Soc.* 2006 p. 848) propose une « définition résiduelle de la vie personnelle (...), axée autour du contrat de travail. L'étude de son contenu obligationnel doit permettre de dessiner l'étendue des sujétions professionnelles. Dès lors que les actes du salarié sont sans rapport avec l'exécution du contrat, ils doivent être ignorés de l'employeur ».

⁹⁷⁰ « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », J.-Y. Frouin, *JCP S* 2010, 1087.

⁹⁷¹ J. Savatier, « La protection de la vie privée des salariés », préc.

⁹⁷² Dans le même sens, Monsieur le Professeur J. Mouly écrit qu'un fait tiré de la vie personnelle « se situe normalement "hors du champ contractuel" défini par les parties et ne peut, en conséquence, entrer dans la sphère des pouvoirs dont l'employeur dispose » (J. Mouly, « Fait de la vie personnelle : pas de licenciement disciplinaire », *JCP S* 2011, 1230).



I. Absence d'habilitation de l'employeur à une prise en compte de faits tirés de la vie personnelle du salarié

309. Principe d'immunité disciplinaire des faits tirés de la vie personnelle.

L'autonomie du salarié dans le cadre de sa vie personnelle exclut que ses actes puissent entraîner des conséquences dans la sphère professionnelle, notamment sur le terrain disciplinaire. Le pouvoir de sanction de l'employeur ne peut pas s'exercer en réaction à un fait tiré de la vie personnelle du salarié ou à l'occasion d'un tel fait. Il a ainsi été jugé que l'employeur ne peut pas sanctionner ou licencier le salarié dont l'orientation⁹⁷³ ou les pratiques sexuelles⁹⁷⁴, les relations personnelles entretenues avec un ou une collègue⁹⁷⁵, les achats⁹⁷⁶, les investissements⁹⁷⁷, les occupations -même fantaisistes-⁹⁷⁸ ou encore l'état d'insolvabilité⁹⁷⁹ lui déplairaient. De même, dès lors qu'ils sont sans lien avec le travail, le fait que les agissements du salarié caractérisent un manquement à ses obligations envers la sécurité sociale⁹⁸⁰, qu'ils soient susceptibles de donner lieu à des poursuites pénales⁹⁸¹, qu'ils donnent effectivement lieu à de telles poursuites,

⁹⁷³ Cass. Soc. 17 avril 1991, n°90-42636, Bull. Civ. V, n°201, Dr. Ouv. 1991, p. 201, note P. Bouaziz (s'agissant d'un sacristain licenciée en raison de son homosexualité).

⁹⁷⁴ Cass. Ch. Mixte, 18 mai 2007, n°05-40803, JCP S 2007, 1538, note A. Barège et B. Bossu ; Sem. Soc. Lamy 4 juin 2007, p. 5, note P. Waquet (s'agissant d'une mise à pied disciplinaire motivée par la réception par le salarié d'une revue échangiste sur son lieu de travail).

⁹⁷⁵ Cass. Soc. 5 juillet 2011, n°10-17284, JCP S 2011, 1501, note B. Bossu (licenciement d'un salarié entretenant une relation « d'ordre privé » avec une collègue et échangeant avec celle-ci des e-mails accompagnés de « photos érotiques », conservés dans la messagerie électronique mais non diffusés dans l'entreprise).

⁹⁷⁶ Cass. Soc. 22 janvier 1992, n°90-42517, Dr. Soc. 1992 p. 268, note J. Savatier (salariée employée en qualité de secrétaire par un concessionnaire Renault, licenciée pour avoir acheté un véhicule Peugeot).

⁹⁷⁷ Cass. Soc. 4 avril 2006 n°04-43454 (licenciement motivé par une prise de participation du salarié dans une société cliente de l'employeur).

⁹⁷⁸ Cass. Soc. 21 octobre 2003 n°01-44761, Bull. Civ. V, n°259 ; RJS 2004 n°16 (salariée licenciée pour avoir poursuivi une activité de « voyante tarologue » jugée par son employeur incompatible avec ses fonctions de secrétaire médicale).

⁹⁷⁹ Cass. Soc. 16 décembre 1998 n°96-43540, Bull. Civ. V, n°559 (salarié employé par une banque à qui l'employeur avait fait souscrire l'engagement de ne plus contracter d'emprunts sans son accord, ayant néanmoins souscrit neuf emprunts le rendant insolvable).

⁹⁸⁰ Cass. Soc. 16 juin 1998, n°96-41558 ; Cass. Soc. 27 juin 2000 n°98-40952, Bull. Civ. V, n°249.

⁹⁸¹ Cass. Soc. 23 juin 2009, n°07-45256, Bull. Civ. V, n°160 ; JCP S 2009 n°1476, note B. Bossu (détournement de fonds au préjudice d'une association liée à l'employeur mais distincte) ; Cass. Soc. 19 septembre 2007, n°05-45294 (vol au préjudice d'un collègue de travail, hors de l'entreprise et du temps de travail).



notamment avec mise en examen et placement en détention provisoire⁹⁸², ou encore qu'ils entraînent le prononcé d'une condamnation pénale⁹⁸³, n'autorise pas l'employeur à en tirer une quelconque conséquence. Même moralement ou pénalement répréhensibles (et même réprimés), les agissements du salarié dans sa vie personnelle ne peuvent être sanctionnés par l'employeur qui n'est investi d'aucun pouvoir pour ce faire. L'employeur ne peut invoquer son pouvoir contractuel pour tirer des conséquences disciplinaires d'actes relevant de la vie personnelle du salarié.

L'employeur ne pourrait pas plus tirer de tels actes des conséquences dans le cadre des autres manifestations de son pouvoir, notamment « de direction des personnes » ou « de direction technique ». Il est ainsi exclu qu'en raison d'un agissement du salarié relevant de sa vie personnelle, l'employeur procède à une évaluation défavorable de son travail, modifie ses objectifs, son poste de travail ou ses tâches, que le changement soit assimilable à une sanction ou non. La sphère personnelle du salarié est soustraite au pouvoir de l'employeur quelles qu'en soient les manifestations.

310. Nuance au principe d'immunité : cas de rupture du contrat de travail. S'il ne peut user de son pouvoir contractuel en réaction à un fait tiré de la vie personnelle du salarié, l'employeur peut en revanche procéder à son licenciement si ses agissements créent un « trouble objectif » au sein de l'entreprise⁹⁸⁴. Les répercussions des actes du

⁹⁸² Cass. Soc. 21 novembre 2000, n°98-41788, Bull. Civ. V, n°383 ; Cass. Soc. 26 février 2003, n°01-40255, Dr. Soc. 2003, p. 625 obs J. Savatier (faits d'extorsion de fonds sous la menace d'une arme) ; Cass. Soc. 5 mars 2008, n°06-42387 (salarié mis en examen et placé en détention provisoire pour sa participation à une association de malfaiteurs et pour détention d'armes de première et quatrième catégories) ; Cass. Soc. 26 janvier 2010, n°08-41052 (licenciement motivé par le placement en détention provisoire lui-même).

⁹⁸³ Cass. Soc. 16 décembre 1997, n°95-41326 Bull. Civ. V, n°441 ; GADT 4^e ed, 2008 ; JCP G 1998, II, 10101, p. 1119, note M-C. Escande - Varniol (s'agissant d'un salarié licencié motif pris de sa condamnation pénale pour aide au séjour irrégulier d'un étranger) ; Cass. Soc. 13 septembre 2006, n°05-42909 (salarié condamné pour viol) ; Cass. Soc. 27 janvier 2010, n°08-45566 (salarié licencié en raison de sa condamnation pénale pour des faits de détention illégale d'armes) ; En sens contraire cependant cf. Cass. Soc. 25 janvier 2006, n°04-44918, JCP S 2006, 1261, note J-Y. Frouin ; JCP G 2006, II, 14049, note B. Bossu ; JCP E 2006, 1507, note C. Puigelier ; Dr. Soc. 2006, p. 856 et l'étude de J. Mouly, p. 839.

⁹⁸⁴ La notion a été évoquée sans être appliquée à l'occasion de l'arrêt relatif au « sacristain homosexuel » (Cass. Soc. 17 avril 1991, n°90-42636, Bull. Civ. V, n°201 ; Dr. Ouv. 1991, p. 201, note P. Bouaziz), puis appliquée ou discutée à de nombreuses reprises : Cf. Cass. Soc. 1^{er} avril 1992, n° 89-43391 (acte de violence ayant « provoqué de nombreux commentaires et a donné lieu à des réactions du personnel »), Cass. Soc. 19 novembre 1992, n°91-45579 (absence de preuve que les comportements violents « aient eu un retentissement sur le travail ni sur la marche de l'entreprise »), Cass. Soc. 28 juin 1995, n°93-46424



salarié dans l'entreprise, si répercussions il y a, et non les actes considérés en eux-mêmes, justifient la mesure de licenciement, nécessairement non disciplinaire puisque reposant sur une cause objective⁹⁸⁵.

311. Entorses au principe d'immunité : le rattachement d'actes privés aux fonctions.

Par ailleurs, il a pu être relevé une tendance de la Cour de cassation à rattacher plus ou moins artificiellement à la sphère professionnelle des faits relevant de la vie personnelle du salarié⁹⁸⁶. Ces rattachements sont parfois opérés par le biais d'une conception large de l'obligation de loyauté du salarié persistant hors du temps et du lieu de travail, à laquelle a pu être intégrée une « obligation de probité » associée à certaines fonctions, qui serait méconnue par certains agissements relevant de la vie personnelle pourtant

(Joueur de football professionnel ayant été vu par des supporters le soir dans des bars et boîtes de nuit, dont le comportement « avait eu, en raison de son caractère public, un impact sur l'image du club en suscitant le mécontentement de supporters, qui l'ont manifesté par écrit auprès de son président, et fait ressortir que ce comportement avait entraîné, pour le club, un trouble objectif caractérisé »), Cass. Soc. 21 mai 2002, n°00-41128 (cassation de l'arrêt d'une Cour d'appel n'ayant pas recherché si « les faits d'attentat à la pudeur sur mineure à l'origine d'une mise en examen du salarié » n'avaient pas « jeté le discrédit sur l'établissement que le salarié dirigeait et sur l'association qui l'employait », caractérisant ainsi un trouble objectif) Cass. Soc. 9 juillet 2002, n°00-45068 (salarié ayant eu à l'égard de sa concubine, également salariée de l'entreprise, un comportement violent hors de l'entreprise ayant « entraîné son arrestation sur le lieu du travail », de sorte que « l'employeur pouvait craindre la survenance de nouveaux incidents », ce dont il résultait pour l'entreprise « un trouble objectif caractérisé »).

⁹⁸⁵ La jurisprudence s'écarte cependant parfois de ce principe en qualifiant de *faute grave* le trouble objectif (Cf. Cass. Soc. 20 novembre 1991, n°89-44605, Dr. Soc. 1992, p. 79 ; Cass. Soc. 3 décembre 2002, n°00-44321, JCP E 2003, 1076, note C. Puigelier ; Cass. Soc. 16 mars 2004, n°01-45062, JCP E 2004, p. 1499, note J. Colonna ; Cass. Soc. 25 janvier 2006, n°04-44918, JCP S 2006, 1261, note J-Y. Frouin ; JCP G 2006, II, 14049, note B. Bossu ; JCP E 2006, 1507, note C. Puigelier ; Dr. Soc. 2006, p. 856). Sur la critique de cette dérive, cf. J. Mouly (« Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », Dr. Soc. 2006, p. 839) qui évoque une « confusion entre la faute disciplinaire et le trouble caractérisé ». Cf. également C. Mathieu-Geniaut (« L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », Dr. Soc. 2006, p. 848), qui souligne que, ce faisant, « la Cour ne prend pas en considération le trouble, mais saisit directement l'attitude du salarié », et « risque alors de réintégrer toute la vie personnelle dans le champ du pouvoir sans s'expliquer sur les raisons qui autorisent l'employeur à porter un jugement de valeur sur les choix de vie du salarié ». Un arrêt de la chambre mixte du 18 mai 2007 (préc) semble cependant avoir mis fin à la dérive constatée, la Cour de cassation confirmant « qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu ». Ce retour à la rigueur juridique est confirmé par un arrêt du 8 mars 2011 dans lequel la Cour rappelle que « un fait tiré de la vie personnelle occasionnant un trouble dans l'entreprise ne peut justifier un licenciement disciplinaire » (Cass. Soc. 9 mars 2011, n°09-42150, JCP S 2011, Act. 128).

⁹⁸⁶ Cf. J. Mouly, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance » art. préc ; J-Y. Frouin, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP S 2010, 1087 ; C. Vigneau, « Le rattachement de faits de la vie personnelle à la vie professionnelle : la Cour de cassation persiste et signe », Dr. Soc. 2008, p. 818 ; M. Caron, « Propos injurieux se rattachant à la vie de l'entreprise », JCP S 2009, 1083.



totallement indépendants des fonctions⁹⁸⁷. Ces rattachements sont également parfois opérés sans véritable justification ; en témoigne le cas du licenciement du salarié itinérant motivé par la perte, dans le cadre de sa vie personnelle, de son permis de conduire⁹⁸⁸.

II. Absence d'habilitation de l'employeur à l'émission de directives influant sur la vie personnelle du salarié

312. L'absence d'habilitation contractuelle de l'employeur à l'exercice d'un pouvoir sur la vie personnelle du salarié exclut également les empiètements « actifs » dont il pourrait être l'auteur, non plus seulement en prétendant tirer des conséquences d'un fait relevant de la vie personnelle⁹⁸⁹, mais en prétendant influencer sur les actes du salarié dans le cadre de sa vie personnelle, autrement dit en émettant à l'égard du salarié des directives heurtant sa vie personnelle.

313. Directives patronales ne résultant d'aucune prérogative concédée. A ce titre, sont exclues les initiatives de l'employeur ne se rattachant à aucune de ses prérogatives mais caractérisant ouvertement un empiètement sur la vie personnelle : clauses de célibat, directives tendant à orienter les choix syndicaux, politiques, religieux, restrictions de la liberté d'expression, directive tendant à contraindre le choix de son

⁹⁸⁷ Cass. Soc 25 janvier 2006 n°04-44918, préc. En l'espèce, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel de renvoi (résistant à un précédent arrêt de cassation) ayant considéré que la salariée, en étant condamnée pour des faits de vol et trafic de véhicule, avait manqué à son « obligation particulière de probité » associée à ses fonctions de cadre commerciale dans une banque, de sorte que son licenciement pour faute grave était justifié. Les faits ont pourtant été commis au préjudice de tiers sans lien avec l'employeur, hors du temps et du lieu de travail, sans utilisation des outils professionnels, de sorte que le lien avec le contrat de travail semble inexistant.

⁹⁸⁸ Cass. Soc. 2 décembre 2003, n°01-43227, Bull. Civ. V, n°307 ; JCP G 2004 II, 10025, note D Corrignan-Carsin ; JCP E 2004, 1146, note J-F. Césaró ; Dr. Soc. 2004, p. 550, obs. J. Savatier ; Cass. Soc. 19 mars 2008, n°06-45212 ; Un arrêt antérieur (Cass. Soc. 26 septembre 2001, n°99-43636, RJS 2001 n°1413, CSBP 2001 n°135 A. 39 obs. C. Charbonneau) avait pourtant très justement considéré que « *le fait imputé au salarié qui s'était déroulé en dehors du temps de travail relevait de sa vie personnelle et ne pouvait constituer une faute* ». Si l'existence d'une cause objective de licenciement, compte-tenu de l'impossibilité d'exercer les fonctions, peut éventuellement être discutée (mais la possibilité de suspendre le contrat de travail semble l'exclure), en toute hypothèse un licenciement disciplinaire est exclu (comme l'a finalement confirmé la Cour de cassation : Cass. Soc. 3 mai 2011, n°09-67464).

⁹⁸⁹ Voir supra, n°309 et s.



domicile par le salarié⁹⁹⁰, ou encore, bien que telle ne soit pas la position actuelle de la jurisprudence, obligation de port d'une tenue de travail⁹⁹¹.

314. Directives patronales caractérisant un usage excessif d'une prérogative concédée. Mais le nécessaire respect de la vie personnelle du salarié fait également obstacle aux prérogatives effectivement détenues par l'employeur dès lors que l'usage qui en est fait est excessif. Ainsi, si l'employeur détient une prérogative de surveillance de l'activité des salariés, celle-ci ne lui permet pas d'ouvrir leurs correspondances personnelles⁹⁹² ni d'examiner leurs affaires personnelles qui sont soustraites à son emprise⁹⁹³. De même, la faculté dont dispose l'employeur d'évaluer le travail du salarié ne saurait l'autoriser à procéder à une évaluation sur la base de critères comportementaux, qui relèvent de la personnalité du salarié, non de la sphère professionnelle⁹⁹⁴. De même encore, dans l'exercice de ses prérogatives relatives à la détermination du poste de travail du salarié, l'employeur ne peut le contraindre à travailler à domicile ; cette « *occupation du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci* »⁹⁹⁵. Dans le même sens, si l'employeur détermine les outils de travail et le matériel nécessaires à l'exercice des fonctions, il ne peut imposer au salarié de fournir et d'utiliser ses instruments de travail personnels, pas plus qu'il ne peut l'obliger à conserver les instruments de travail fournis par l'entreprise à son domicile⁹⁹⁶.

⁹⁹⁰ Cass. Soc. 12 janvier 1999, n°96-40755, Bull. Civ. V, n°7 ; RJS 1999, n° 151 ; Dr. Soc. 1999, p. 287, obs. J.-E. Ray ; D. 1999, 645, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; Dr. Ouv. 1999, p. 254, note P. Moussy ; Cass. Soc. 12 mai 2007, n°06-41277, Bull. Civ. V, n°74 ; Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°08-40434, JCP S 2009, n°494 ;

⁹⁹¹ Voir supra, n°270 et s.

⁹⁹² Cass. Soc. 2 octobre 2001, n°99-42942, Bull. Civ. V, n°291 : « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* ».

⁹⁹³ Sur ce point, et sur la distinction jurisprudentielle critiquable entre fouille d'un sac et fouille d'une armoire, Voir supra, n°261 et s.

⁹⁹⁴ Voir supra, n°248 et s.

⁹⁹⁵ Cass. Soc. 7 avril 2010, n°08-44865, Bull. Civ. V, n°86.

⁹⁹⁶ Cass. Soc. 2 octobre 2001, n°99-42727, D 2002, 768, obs. M. Mercat-Bruns ; JCP 2002, II, 10035, note D. Corrigan - Carsin ; RJS 2001, n°1399 : « *Le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* ».



Outre ces directives ayant *pour objet* de diriger ou d'influencer un aspect de la vie personnelle du salarié, sont également prohibées par l'impératif de respect de la vie personnelle, les directives ayant *pour effet* d'en diriger ou d'en influencer un aspect. Le fait que l'impact d'une directive patronale sur la vie personnelle du salarié ne soit qu'indirect ne la rend pas moins illicite au regard des limites de l'habilitation contractuelle en vertu de laquelle l'employeur exerce son pouvoir. C'est ainsi que les prérogatives que la jurisprudence reconnaît en l'état à l'employeur en matière de modification des horaires et du lieu de travail, outre qu'elles portent atteinte aux prévisions contractuelles⁹⁹⁷, sont en toute hypothèse susceptibles d'être mises en échec compte-tenu de leur répercussion sur la vie personnelle, sociale et familiale du salarié. Dans le même sens, si l'employeur est habilité à déterminer la charge de travail du salarié ainsi qu'à lui assigner des objectifs professionnels, pour autant la détermination d'une charge de travail ou d'objectifs excessifs est de nature à empiéter sur la vie personnelle du salarié qui peut être conduit à allonger sa durée de travail pour faire face à la situation de surcharge de travail dans laquelle il se trouve ou pour tenter d'atteindre ses objectifs. Le salarié peut alors s'opposer à la directive patronale.

315. Caractère transversal de la limite. Au-delà de ces quelques exemples, toute prérogative de l'employeur est soumise au respect de la vie personnelle du salarié. Aucune prérogative de l'employeur, quelle qu'elle soit, ne peut être exercée dans des conditions telles qu'elle empiète sur la vie personnelle, directement ou indirectement. En cela, le respect de la vie personnelle du salarié est une limite transversale : elle concerne, non certaines prérogatives patronales à l'exclusion d'autres (ce qui serait le propre d'une limite spécifique), mais le pouvoir de l'employeur dans toutes ses manifestations pour en empêcher les dérives. Toute directive émise par l'employeur peut faire l'objet d'un jugement de validité au regard de son impact sur la vie personnelle du salarié.

⁹⁹⁷ Sur le caractère nécessairement contractuel des horaires et du lieu de travail, et sur la position jurisprudentielle contraire voir supra, n°155 et s. (horaires), et 191 et s. (lieu).



Sous-section 2. L'exigence de respect de la personne du salarié

316. Les risques du travail. Le travail, spécialement le travail subordonné, est inévitablement générateur de risques⁹⁹⁸ pour ces deux droits fondamentaux que sont la santé et la dignité⁹⁹⁹. S'agissant de la santé¹⁰⁰⁰, aux risques d'atteinte physique identifiés de longue date¹⁰⁰¹ s'ajoutent les risques de pathologies mentales¹⁰⁰², ainsi que le réalisent le législateur¹⁰⁰³ et les « partenaires sociaux »¹⁰⁰⁴. Quant à la dignité, le travail subordonné est susceptible de la méconnaître de diverses manières : harcèlement, discrimination, atteinte aux libertés fondamentales, réduction du salarié à l'état « d'être de travail »¹⁰⁰⁵ (c'est-à-dire négation du salarié en tant qu'individu¹⁰⁰⁶)...

317. Mais le salarié n'entend pas renoncer, parce qu'il s'engage dans une relation de

⁹⁹⁸ Voir notamment l'étude de Monsieur le Docteur Sandret (« Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail », Dr. Ouv. 2011, p. 12).

⁹⁹⁹ Le droit à la santé est garanti notamment par le préambule de la constitution de 1946 (alinéa 11 : « [La Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé ») et la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (article 31 : « Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité »). Le droit au respect de la dignité est garanti notamment par la charte sociale européenne (Art I. 26 : « Tous les travailleurs ont droit à la dignité dans le travail »), la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (art. préc. et également art. 1 : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée »), et la déclaration universelle des droits de l'Homme (« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits »).

¹⁰⁰⁰ La « bonne santé » s'entendant, comme le souligne Monsieur le Docteur Sandret (N. Sandret, « Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail », Dr. Ouv. 2001, p. 11), non pas seulement de l'absence de pathologie, mais de la détention « des moyens d'un cheminement personnel et original vers un état de bien-être physique, mental et social » (définition de Monsieur C. Dejours).

¹⁰⁰¹ Et pris en compte par le droit positif notamment avec la loi de 1898 relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles.

¹⁰⁰² Voir notamment l'étude de P. Adam, « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », Dr. Ouv. 2008, p. 313.

¹⁰⁰³ La loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de « modernisation sociale » a modifié le texte de l'article L 4121-1 du Code du travail en y insérant une référence à la « santé mentale ».

¹⁰⁰⁴ L'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 sur le stress au travail s'est efforcé d'améliorer la détection et le traitement des situations de travail pathogènes.

¹⁰⁰⁵ L'expression est de M. Grevy, « Vidéosurveillance des salariés dans l'entreprise : une atteinte par nature disproportionnée aux droits de la personne », Dr. Ouv. 2010, p. 81.

¹⁰⁰⁶ D'une manière générale, comme le résume Monsieur le Professeur Verkindt, « la notion de dignité renvoie à l'idée que quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est humain » (P-Y. Verkindt, « Un nouveau droit des conditions de travail », Dr. Soc. 2008, p. 634). Elle fait figure de « minimum incompressible » (J. Rivero, colloque de l'AFDT « L'entreprise et les libertés publiques », novembre 1981, cité par O. Tissot, « Pour une analyse juridique du concept de "dignité" du salarié », Dr. Soc. 1995, p. 972)



travail, à ses droits à la sécurité et à la dignité. Au contraire, leur respect est contractualisé et tient lieu de limite au pouvoir de l'employeur (§1), laquelle est d'application générale (§2).

§1. Droit contractuel du salarié au respect de sa santé et de sa dignité

318. Accord de volontés. Le salarié, lorsqu'il contracte, ne renonce pas à ses droits à la santé et à la dignité qu'il détient en tant qu'être humain. Leur nature de droits fondamentaux, comme les multiples textes légaux qui les rappellent¹⁰⁰⁷, rendraient d'ailleurs une telle renonciation impossible puisque contraire à l'ordre public, de sorte qu'il peut être irréfragablement présumé que la volonté implicite du salarié est de les préserver au cours de la relation de travail¹⁰⁰⁸, ce qui, au demeurant, n'a rien d'une analyse fictive de sa volonté tant ces droits sont essentiels.

On peut imaginer que cette volonté du salarié de préserver sa santé et sa dignité ne se retrouve pas systématiquement chez l'employeur ; sa volonté implicite sur ce point ne peut pas être interprétée avec certitude ; il se peut que l'employeur soit indifférent à la question de la santé et de la dignité de son cocontractant. L'obligation de les préserver n'en est pas moins nécessairement contractualisée dans le cadre de l'opération d'habilitation¹⁰⁰⁹ : si le salarié a accepté, en contractant, de concéder un pouvoir à l'employeur, ce n'est que sous réserve du respect de ses droits en matière de santé et de dignité puisqu'il n'y renonce pas ; en aucun cas, il ne consent à un pouvoir affranchi de

¹⁰⁰⁷ Notamment C. trav. art. L 4121-1 (« L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ») et suivants ; L 1152-1 (« Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral, qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ») et suivants ; L 1153-1 (« Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits ») et suivants.

¹⁰⁰⁸ En ce sens, M. Bonnechère note que « le travailleur n'aliène pas dans le contrat de travail certaines prérogatives fondamentales de sa personne. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de l'analyse des rapports de travail en termes contractuels : censé se placer volontairement sous la subordination de l'employeur, le salarié n'accepte cette entrave à sa liberté humaine que dans le domaine de son activité professionnelle » (M. Bonnechère, « Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », Dr. Ouv. 1994, p. 173).

¹⁰⁰⁹ Sur la notion d'habilitation contractuelle à l'exercice d'un pouvoir, voir supra, n°33 et s.



ces exigences. Elles tiennent lieu de corollaire de son consentement à la conclusion du contrat emportant attribution du pouvoir. Or, l'employeur ne peut pas recevoir plus que le salarié n'a entendu lui confier. S'il obtient le consentement du salarié à la concession d'un pouvoir contractuel, c'est que lui-même s'est engagé à respecter sa santé et sa dignité. Aussi, quelque conception qu'ait pu avoir l'employeur de l'étendue de son pouvoir futur, seul un pouvoir borné et influencé par les exigences de respect de la personne du salarié lui est attribué par le contrat.

C'est donc avant tout au sein du contrat de travail que se trouvent garanties les exigences de sécurité et de dignité. Le salarié est créancier, l'employeur débiteur, d'une obligation de sécurité et de respect de la dignité (qui impose tant des actions, notamment de prévention, que des abstentions), ce que confirme la jurisprudence en reconnaissant l'obligation de sécurité de résultat née du contrat de travail¹⁰¹⁰. Droits fondamentaux, santé et dignité sont également des droits contractuels¹⁰¹¹ dont le respect est exigible entre les parties. Le salarié tire du contrat un droit opposable à ce que le travail ne compromette pas sa santé ni sa dignité¹⁰¹². Il a droit à un environnement sain de travail¹⁰¹³, le droit de ne pas subir des conditions de travail pathogènes, le droit au respect de sa personne, celui de bénéficier d'une certaine prise en compte de son état de santé et de ses spécificités¹⁰¹⁴. En lui-même, le principe d'une protection de la personne du salarié, bien que par certains aspects « révolutionnaire »¹⁰¹⁵, est largement admis ; son effectivité doit désormais être

¹⁰¹⁰ Cass. Soc. 28 février 2002, n°99-17201, Bull. Civ. V, n°74

¹⁰¹¹ Cf en ce sens M. Bonnechère : « la logique des droits fondamentaux et la logique contractuelle [se rencontrent] » (M. Bonnechère : « Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », Dr. Ouv. 2003, p. 453). Cf également A. Jeammaud : « l'obligation contractuelle de sécurité s'ajoute à celle que l'article L 230-2 [L4121-1] impose » (« Le contrat de travail une puissance moyenne », in Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier, Dalloz 2004, p. 306 et s.).

¹⁰¹² Cf. s'agissant de la dignité, F. Héas qui estime que « une des finalités du droit du travail est la protection de la personne du salarié et donc de sa dignité », mais s'interroge sur l'existence « d'une prérogative individuelle dont pourrait se prévaloir l'individu », autrement dit sur la question de savoir si « la dignité peut faire l'objet en elle-même d'une créance que le travailleur pourrait activer à l'encontre d'un débiteur » (F. Héas, « Observations sur le concept de dignité appliqué aux relations de travail », Dr. Ouv. 2010, p. 461).

¹⁰¹³ Travail et droit à un environnement sain, C. Vial, Dr. Ouv. 2011, p. 28.

¹⁰¹⁴ Par exemple dans le cadre d'une inaptitude partielle.

¹⁰¹⁵ Il doit être gardé à l'esprit, comme le souligne Madame le Professeur Bonnechère, que « l'idée même d'un droit des travailleurs à la santé [on peut ajouter : et à la dignité] est révolutionnaire, car c'est la



pleinement assurée.

319. Limitation effective du pouvoir. En effet, les droits du salarié à la sécurité et à la dignité ne sont pas de simples objectifs non contraignants ; ils doivent être effectifs¹⁰¹⁶. Dans le cadre de la relation de travail qui est une relation de pouvoir¹⁰¹⁷, l'effectivité d'un droit du salarié suppose avant tout son opposabilité au pouvoir, mode d'action privilégié de l'employeur, autrement dit, implique que ce droit soit en mesure de contraindre ou de faire obstacle au pouvoir de l'employeur qui le méconnaîtrait. Un droit du salarié serait purement théorique s'il devait céder devant le pouvoir de l'employeur au seul motif que le pouvoir est premier.

C'est pourquoi sécurité et dignité du salarié s'imposent en toute hypothèse au pouvoir de l'employeur. Elles en sont des limites impératives, les principes cardinaux qui régissent son exercice. Elles conditionnent toujours l'usage des prérogatives patronales. L'exigence de sécurité et de dignité du salarié prime les choix organisationnels de l'employeur. Elle lui interdit les initiatives qui lui seraient contraires ; elle lui impose celles qui lui sont indispensables. En ce sens, Monsieur le Professeur Verkindt écrit que « l'impératif de santé domine le pouvoir de direction (...) et les décisions qui le manifestent peuvent être suspendues »¹⁰¹⁸ et que « rien, ni le travail, ni la subordination, ni les conditions dans lesquelles ce travail s'effectue, ne peut justifier la moindre atteinte à la dignité »¹⁰¹⁹. De même, Monsieur le Conseiller Bailly expose que « l'obligation de sécurité (...) vient limiter le pouvoir de direction dont dispose l'employeur dans l'organisation de l'entreprise et du travail »¹⁰²⁰. Dans le même sens, Madame Leborgne – Ingelaere indique que « le pouvoir de gestion connaît des limites tenant au nécessaire

primauté de l'humain sur le "business" » (M. Bonnechère, « L'affirmation et l'invocation des droits fondamentaux individuels et collectifs de travail », Dr. Ouv. 2011, p. 2).

¹⁰¹⁶ Cf. en ce sens S. Bourgeot et M. Blatman, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », Dr. Soc. 2006, p. 653 : « La santé des salariés constitue une valeur primordiale qu'il importe de défendre efficacement ».

¹⁰¹⁷ Sur la notion de rapport de pouvoir dans la relation de travail, voir supra, n°34.

¹⁰¹⁸ P-Y Verkindt, « Santé au travail vs pouvoir de direction : un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise ? », Dr. Soc. 2008, p. 520.

¹⁰¹⁹ P-Y. Verkindt, « Un nouveau droit des conditions de travail », Dr. Soc. 2008, p. 634.

¹⁰²⁰ P. Bailly, « L'organisation du travail ne doit pas nuire à la santé des salariés », Sem. Soc. Lamy 25 mars 2008, n°1346.



respect de la dignité et de la santé des salariés »¹⁰²¹. Madame Asquinazi-Bailleux considère qu'il « peut sembler évident que la liberté de l'employeur d'organiser son entreprise trouve des limites lorsque la sécurité des travailleurs est susceptible d'être compromise »¹⁰²². Monsieur le Professeur Lyon-Caen constate l'existence d'un « mouvement profond de soumission progressive de la gestion des organisations et des personnes à des canons destinés à assurer la protection de la santé mentale »¹⁰²³.

Si le pouvoir de l'employeur est exercé dans des conditions telles qu'il méconnaît ou menace la santé ou la dignité du salarié, il est mis en échec. La détention et l'usage du pouvoir d'organisation n'est jamais une excuse permettant de justifier une atteinte à la personne du salarié. A cet égard, l'onde de choc générée par l'arrêt « Snecma » du 5 mars 2008¹⁰²⁴ peut sembler exagérée. Avoir rappelé que « *l'employeur est tenu à l'égard de son personnel d'une obligation de sécurité de résultat* » et, qu'en conséquence, « *il lui est interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés* » est un mérite indéniable ; on ne le dira certainement jamais assez¹⁰²⁵. En avoir déduit que le juge du fond pouvait valablement ordonner la suspension d'une organisation du travail présentant un danger pour la sécurité des salariés est la conséquence logique de ces principes ; santé et sécurité sont des limites effectives au pouvoir de direction susceptibles de lui faire obstacle. Comme le souligne Rachel Saada, l'employeur « est tenu d'organiser le travail sans nuire à la santé des salariés »¹⁰²⁶. L'affirmation de

¹⁰²¹ C. Leborgne – Ingelaere, « Entre intention de nuire et obligation de sécurité de résultat de l'employeur : le harcèlement moral en question », JCP S 2010, 1125.

¹⁰²² D. Asquinazy-Bailleux, « Risques psychosociaux et méthodes de gestion de l'entreprise », JCP S 2010, n°1393.

¹⁰²³ A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », D 2009, p. 1124.

¹⁰²⁴ Cass. Soc. 5 mars 2008, n° 06-45888, Bull. Civ. V, n°46 ; Dr. Ouv. 2008, p. 424, obs. F. Héas.

¹⁰²⁵ Ce d'autant que des prises de position rétrogrades fleurissent encore en doctrine. Un commentateur s'est ainsi récemment offusqué, à propos d'un arrêt relatif à une modification des cadences de travail, de ce que « la redécouverte, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, de l'existence d'une obligation de sécurité de résultat et l'affirmation sans cesse renouvelée d'un droit de la santé au travail pourraient inciter le salarié à soutenir que la modification de la cadence de travail, par nature unilatérale, nécessite son accord en cas de répercussions sur la santé. Cependant, l'admission d'un tel mouvement apparaîtrait excessive... » (G. Dedessus-Leloustier, JCP S 2011, 1003). Le propos de cet auteur est clair : même en présence, non pas d'un simple risque, mais d'une dégradation **effective** de la santé (« en cas de répercussions... »), le pouvoir de l'employeur devrait primer. Ce discours est heureusement très isolé.

¹⁰²⁶ « Santé au travail : vaincre l'isolement », R. Saada, Dr. Ouv. 2009, p. 200.



principe de la Cour de cassation n'est donc pas particulièrement surprenante ni innovante. Il est admis depuis longtemps que l'obligation de sécurité permet d'imposer à l'employeur diverses *actions* : actions de prévention, information du CHSCT¹⁰²⁷, reclassement du salarié inapte sur un poste compatible avec les préconisations du médecin du travail, respect de diverses normes d'aménagement des équipements et des locaux... Il n'est pas si étonnant qu'elle lui impose également des *abstentions* dans le cadre de l'organisation du travail. Tant la carence que l'initiative fautives de l'employeur peuvent être sanctionnées.

Peut-être l'écho donné à l'arrêt « Snecma » peut-il s'expliquer par le phénomène encore répandu de sacralisation du pouvoir de direction qui conduit à s'émouvoir de toute restriction qui lui est apporté. Il est temps de remettre le pouvoir patronal à sa place, celle d'une simple faculté contractuelle d'organisation du travail soumise au respect de considérations supérieures¹⁰²⁸. Comme le souligne Paul Bouaziz, « le lien de subordination n'est plus ce qu'il était, il a perdu son caractère sacro-saint des origines du patronat de droit divin. Il s'estompe au profit du principe du pouvoir d'organisation de l'employeur, pouvoir assorti d'obligations à l'égard des salariés, qui en sont la contrepartie »¹⁰²⁹.

320. Indifférence de l'absence de volonté ou de conscience de nuire – prise en compte objective de l'organisation du travail. Il faut souligner qu'il importe peu, pour faire obstacle à une décision de l'employeur qui présenterait un risque pour la sécurité ou la dignité du salarié, que cette mise en danger soit consciente ou non. Même dépourvue de toute volonté de nuire et même de toute conscience du danger, la décision patronale peut être mise en échec. C'est le sens des propos de Monsieur le Professeur Verkindt qui explique que le pouvoir de direction peut être neutralisé « s'il est utilisé pour

¹⁰²⁷ Sur le rôle du CHSCT, voir la thèse de Madame E. Million-Rousseau, « La représentation élue du personnel en matière de santé et de sécurité », Paris II, 2011.

¹⁰²⁸ Cf en ce sens N. Sandret (art. préc) : « Le pouvoir de direction doit s'incliner face à des principes supérieurs : la santé et la sécurité ».

¹⁰²⁹ Dans le même sens, Monsieur le Professeur Suptot a pu considérer que « le pouvoir patronal de droit divin, omniscient et omnipotent, fait place à un pouvoir fonctionnel, mettant en œuvre des normes de gestion fondées sur l'autorité des experts » (A. Suptot, « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. Soc. 2000, p. 132).



compromettre volontairement la santé du salarié *ou s'il est employé de telle sorte que cette santé soit compromise* »¹⁰³⁰.

Il faut comprendre et reconnaître que les *conditions de travail en elles-mêmes* sont susceptibles d'être pathogènes et que, dans ce cas, les exigences de sécurité et de dignité imposent de les modifier. Sur ce point, Monsieur le Professeur Dejours rappelle, dans un article au titre évocateur¹⁰³¹, « qu'a été établie (...) l'existence de relations spécifiques entre les effets nocifs des conditions de travail (conditions physiques, chimiques et biologiques) et les maladies du corps, [et] entre les effets délétères de l'organisation du travail (division technique du travail et système de contrôle, de surveillance, de direction, de hiérarchie...) et les maladies mentales ». Le caractère objectivement pathogène de l'organisation du travail justifie à lui seul la suspension des décisions patronales, indépendamment de toute intention de nuire de l'employeur. Comme le souligne Madame Asquinazi-Bailleux, « il s'agit de sanctionner *des organisations du travail pathogènes*, qui dégradent les conditions matérielles, humaines et relationnelles de travail »¹⁰³². Autrement dit, l'employeur « de bonne foi » ou simplement négligent peut voir ses décisions suspendues ou annulées si elles nuisent objectivement à la santé ou à la dignité du salarié. Le seul constat d'une menace objective justifie la paralysie de l'initiative patronale.

C'est pourquoi le recours à la notion de harcèlement moral est superflu. Bien qu'il soit désormais confirmé que le harcèlement moral peut être constitué sans intention de nuire de son auteur¹⁰³³, ses conditions strictes, tenant notamment à l'exigence de

¹⁰³⁰ P-Y. Verkindt, « Santé au travail vs pouvoir de direction : un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise ? », Dr. Soc. 2008, p. 520. L'auteur a ensuite ajouté que « progressivement s'est imposé l'idée que *les conditions de travail* étaient de nature à occasionner une véritable souffrance au travail, *parfois mais parfois seulement rattachable à des pratiques de harcèlement* » (« Santé au travail : l'ère de la maturité », Jurisp. Soc. Lamy 2008, n°239, p. 3).

¹⁰³¹ C. Dejours, « L'évolution de la souffrance est à rechercher dans l'évolution de l'organisation du travail », in « La souffrance au travail a-t-elle changé de nature ? », Controverse, dir. C. Wolmark, RDT 2010, p. 9.

¹⁰³² D. Asquinazy-Bailleux, « Risques psychosociaux et méthodes de gestion de l'entreprise », JCP S 2010, 1393.

¹⁰³³ Cass. Soc. 10 novembre 2009, n°08-41497, Bull. Civ. V, n°248 : « le harcèlement moral est constitué, indépendamment de l'intention de son auteur, dès lors que sont caractérisés des agissements répétés



répétition des manquements, rendent inutile le recours à cette notion pour faire obstacle au pouvoir de l'employeur. Le droit (contractuel) à la sécurité et au respect de la dignité est un fondement suffisant pour mettre en échec les manifestations pathogènes du pouvoir patronal dès leur constat et sans exigence de répétition. Ce fondement est autonome ; peu importe que, par ailleurs, les conditions de reconnaissance du harcèlement moral soient ou ne soient pas réunies.

§2. Une limite transversale : opposabilité à toutes les prérogatives de l'employeur

321. Transversalité. Le droit à la sécurité et à la dignité est opposable à l'employeur quelle que soit la prérogative qu'il met en œuvre. Il s'agit d'une limite applicable au pouvoir considéré dans sa globalité, non d'une limite spécifique à une ou plusieurs prérogatives particulières. Son champ d'application est personnel (lié au salarié en tant qu'individu), et non matériel (lié à une ou plusieurs faculté(s) particulière(s) de l'employeur). Toute prérogative de l'employeur, tout aspect de son pouvoir de direction, s'incline devant les exigences de sécurité et de dignité¹⁰³⁴. En ce sens, les signataires de l'ANI du 2 juillet 2008 sur le « stress au travail » ont identifié parmi les « facteurs » de stress, différentes situations professionnelles liées à diverses prérogatives de l'employeur. Sont ainsi visés « l'organisation et les processus de travail, l'aménagement du temps de travail, les dépassements excessifs et systématiques d'horaires, le degré d'autonomie, la charge de travail réelle manifestement excessive, les objectifs disproportionnés ou mal définis, la mise sous pression systématique qui ne doit pas constituer un mode de management, les conditions et l'environnement de travail (environnement agressif, bruit, promiscuité, chaleur, substances dangereuses) ». Cette liste n'est pas exhaustive et il y a lieu de s'interroger sur chacune des prérogatives patronales, qu'il s'agisse des prérogatives de direction « technique » (I), de direction

ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel ».

¹⁰³⁴ En d'autres termes « l'employeur est responsable de la sécurité et de la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail » (M. Bonnechère, « L'affirmation et l'invocation des droits fondamentaux individuels et collectifs au travail », Dr. Ouv. 2011, p. 2).



« des personnes » (II), disciplinaires (III) ou économiques (IV).

I. Opposabilité du droit à la sécurité et à la dignité aux prérogatives de direction « technique »

322. Organisation des locaux et de l'environnement de travail. Dans le cadre de sa prérogative d'organisation des locaux de travail¹⁰³⁵, l'employeur est tenu d'assurer la sécurité et le respect de la dignité du salarié. L'employeur exerce la prérogative d'organisation des lieux de travail sous la double réserve de ne pas contraindre le salarié à exercer ses fonctions dans des locaux dangereux¹⁰³⁶ ou indignes. Son droit à la sécurité permet au salarié de s'opposer à l'exercice de ses fonctions dans des locaux manifestement insalubres ou ne respectant pas les normes légales et réglementaires en matière notamment d'aération¹⁰³⁷, de sécurité incendie¹⁰³⁸, d'installations électriques¹⁰³⁹... Son droit à la dignité conjugué à son droit à la sécurité permet au salarié de refuser de travailler dans des locaux sales¹⁰⁴⁰, mal éclairés¹⁰⁴¹, mal ou trop chauffés¹⁰⁴² ou dépourvus des équipements sanitaires élémentaires¹⁰⁴³.

Les exigences de sécurité et de dignité permettent au salarié, à titre individuel¹⁰⁴⁴ ou collectif, de faire obstacle à toute décision patronale d'aménagement des locaux qui irait à leur encontre (par exemple : suppression des équipements sanitaires, révision des installations électriques non conformes aux normes légales...), comme de contraindre

¹⁰³⁵ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative d'organisation des locaux, voir supra, n°225 et s.

¹⁰³⁶ L'article L 4221-1 du Code du travail rappelle de manière générale que « *Les établissements et locaux de travail sont aménagés de manière à ce que leur utilisation garantisse la sécurité des travailleurs* ».

¹⁰³⁷ C. trav. art. R 4222-1 et s.

¹⁰³⁸ C. trav. art. R 4227-1 et s.

¹⁰³⁹ C. trav. art. R 4215-1 et s.

¹⁰⁴⁰ L'article L 4221-1, al. 2 du Code du travail rappelle que les locaux « *sont tenus dans un état constant de propreté et présentent les conditions d'hygiène et de salubrité propres à assurer la santé des intéressés* ».

¹⁰⁴¹ Sur les normes réglementaires en matière d'éclairage des lieux de travail, cf. C. trav. art. R 4223-1 et s.

¹⁰⁴² Sur les normes réglementaires en matière de chauffage des lieux de travail, cf. C. trav. art. R 4223-13 et s.

¹⁰⁴³ Sur les normes réglementaires en matière d'équipements sanitaires obligatoires, cf. C. trav. art. R 4228-1 et s.

¹⁰⁴⁴ Sur les pouvoirs d'initiative du salarié, voir infra, n°402 et s.



l'employeur à prendre les initiatives nécessaires en cas de carence (par exemple : abstention de l'employeur de procéder au chauffage des locaux, à leur nettoyage...).

323. Choix des outils de travail. La sélection des instruments de travail par l'employeur¹⁰⁴⁵ peut être mise en échec aussi bien sur le fondement du droit à la sécurité que sur celui du droit à la dignité du salarié. Tel est le cas si les outils ou machines que le salarié est amené à manipuler sont défectueux ou mal entretenus, mais également en cas d'inadaptation des équipements au travail requis¹⁰⁴⁶. Le salarié doit disposer des instruments nécessaires à l'exécution du travail, sans avoir à compenser un manque d'équipement par un effort anormal. La règle vaut tout autant pour les outils de travail (au sens large : tout objet utilisé pour l'exécution des fonctions) que pour le mobilier de travail, dont l'ergonomie doit être étudiée. La fourniture d'outils de travail défectueux, dangereux ou inadaptés peut justifier le refus du salarié d'exécuter sa prestation de travail jusqu'à leur remplacement.

324. Définition des procédés de fabrication. Les méthodes de travail, les procédures à suivre, qu'il revient à l'employeur de définir¹⁰⁴⁷, sont susceptibles de menacer la santé ou la dignité du salarié qui peut alors y faire obstacle.

S'agissant de l'exigence de sécurité, l'employeur doit définir des modalités d'exécution du travail qui n'impliquent pas un risque anormal pour le salarié. Celui-ci peut s'opposer à une procédure présentant un danger pour son intégrité physique ou psychologique, soit par une initiative individuelle, notamment par l'usage de son droit de retrait¹⁰⁴⁸, soit par la saisine du juge des référés. C'est la situation qui a donné lieu à l'arrêt « Snecma » : l'employeur entendait faire exécuter le travail dans le cadre d'une nouvelle organisation

¹⁰⁴⁵ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative de choix des outils de travail, voir supra, n°227 et s.

¹⁰⁴⁶ L'article R 4321-1 du Code du travail dispose à cet égard que « *L'employeur met à la disposition des travailleurs les équipements de travail nécessaires, appropriés au travail à réaliser ou convenablement adaptés à cet effet, en vue de préserver leur santé et leur sécurité* ».

¹⁰⁴⁷ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative de définition des procédés de fabrication, voir supra, n°229 et s.

¹⁰⁴⁸ Sur le droit de retrait du salarié, voir infra, n°415 et s.



impliquant une réduction du nombre de salariés assurant la surveillance et la maintenance, ce qui relevait de son pouvoir ; mais cette réorganisation « *était de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs* »¹⁰⁴⁹, ce qui justifiait sa suspension. Dans le même sens, le tribunal de grande instance de Paris a annulé une réorganisation décidée par la société Areva, consistant en l'externalisation d'un secteur d'activité et en une mise à disposition des salariés affectés à cette activité au GIE créé pour la poursuivre, après avoir relevé que cette décision générait « *des risques psychosociaux* » ainsi que des « *risques au plan industriel et technique compte-tenu d'une fragilisation de la maîtrise* »¹⁰⁵⁰.

S'agissant de l'exigence de respect de la dignité, il revient à l'employeur, d'une manière générale, de s'abstenir de toute mise en œuvre de procédés ou de méthodes de travail qui la méconnaîtraient. Plus spécifiquement, cette exigence impose d'admettre une certaine adaptation par le salarié des prescriptions techniques de l'employeur, autrement dit, d'accepter l'écart inévitable entre « travail prescrit » et « travail réel »¹⁰⁵¹. Comme le souligne Monsieur le Docteur Sandret, « entre le travail prescrit et le travail réel, il y a un espace irréductible. Cela veut dire qu'il y a toujours un apport de l'homme dans le travail pour que celui-ci se fasse. Le travailleur apporte toujours plus que ce qu'on lui demande de faire (...). On peut se demander pourquoi les hommes mettent plus que ce qui leur est demandé, alors qu'ils sont dans un rapport de subordination et que cela ne leur rapporte pas forcément quelque chose en termes de salaire et de promotion. C'est là que se pose la question de la reconnaissance et la participation du travail dans la construction de l'identité psychique »¹⁰⁵². Réprimer toute adaptation du travail tel que prescrit par l'employeur irait à l'encontre de la dignité du salarié, en ce que celui-ci serait privé de toute capacité d'initiative, d'adaptation et d'innovation, de tout espace d'autonomie, en ce qu'il en résulterait donc une « déshumanisation » du travail¹⁰⁵³ pour

¹⁰⁴⁹ Cass. Soc. 5 mars 2008, n°06-45888, préc.

¹⁰⁵⁰ TGI Paris, 1^{ère} Ch. Civ. 5 juillet 2011, n°11/05780, Sem. Soc. Lamy n°1500, p. 15.

¹⁰⁵¹ Sur les notions de travail prescrit et de travail réel, et sur le caractère systématique de l'écart entre ces deux notions, voir supra, n°230.

¹⁰⁵² « Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail », N. Sandret, Dr. Ouv. 2001, p. 11.

¹⁰⁵³ Monsieur le Professeur Verkindt rappelle que si « tout travail implique une infraction par rapport à la prescription », c'est en raison du « facteur humain » (P-Y. Verkindt, « L'évaluation du salarié sous le regard



le rendre purement mécanique et, plus largement, en ce qu'il serait fait obstacle à « la construction de l'identité psychique » de l'individu par le travail évoquée par Monsieur Sandret. Le salarié tire de son droit à la dignité la faculté de parfois s'écarter, dans la réalisation de sa prestation de travail, des prescriptions techniques de l'employeur, sans que ce comportement puisse justifier une sanction ou une quelconque conséquence négative pour lui.

325. Détermination du rythme de travail. La détermination du rythme de travail, sous forme de cadence précisément définie ou sous forme d'attribution d'une charge de travail à réaliser (dans un certain délai ou sans délai précisément défini), est une prérogative de l'employeur¹⁰⁵⁴ très sensible du point de vue de la sécurité et de la dignité du salarié¹⁰⁵⁵.

La fixation d'un rythme de travail excessif est porteuse de lourds dangers pour l'intégrité du salarié, tant physique que psychique. S'agissant de l'intégrité physique, la cadence exagérée ou la surcharge de travail sont sources de risques de pathologies liées à un effort physique excessif ; elles sont par ailleurs génératrices d'une fatigue qui elle-même accroît les risques d'accidents. S'agissant de l'intégrité psychique, les dangers liés à une situation de surcharge de travail sont tout aussi lourds : épuisement, stress, dépression, pouvant conduire jusqu'au suicide. Plusieurs tribunaux des affaires de sécurité sociale ont reconnu comme accident du travail le suicide de salariés lié à la surcharge de travail qu'ils subissaient. Ainsi, le tribunal des affaires de sécurité sociale de Versailles, dans un jugement du 9 mars 2010, a reconnu comme accident du travail le suicide d'un salarié de la société Renault dont il était établi qu'il avait dû faire face à un « *surcroît de travail devenu trop lourd à supporter physiquement et [qui] a généré un stress destabilisant* ». Les juges du fond avaient relevé qu'« *une grande partie du temps*

du juge », art. préc.). Dans le même sens, Monsieur le Docteur Sandret écrit que « l'écart entre le travail prescrit et le réel du travail rend au travail humain ce que le taylorisme et le fordisme avaient essayé d'évacuer » (« Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances », N. Sandret, in « A quoi sert l'évaluation des salariés ? », controverse, dir. A. Jeammaud, RDT 2008, p. 49).

¹⁰⁵⁴ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative de détermination du rythme de travail, voir supra, n°231 et s.

¹⁰⁵⁵ Cf en ce sens M-A. Moreau, « Temps de travail et charge de travail », Dr. Soc. 2000, p. 263.



[du salarié] était consacré au travail », dans la mesure où « le temps de travail n'était pas respecté » et « ses horaires n'étaient pas contrôlés » puisque « seule comptait la réalisation de l'objectif assigné ». Pour le tribunal, la faute de l'employeur réside dans le fait d'avoir « confié un objectif à atteindre sans s'interroger sur la capacité psychique et physique de son salarié à supporter cette charge accrue de travail »¹⁰⁵⁶. Dans le même sens, le tribunal des affaires de sécurité sociale de Nanterre, dans un jugement du 17 décembre 2009, a reconnu la faute inexcusable de Renault à l'origine du suicide d'un autre salarié imputé à l'augmentation de la charge de travail liée à une « forte exigence de rentabilité » et à « la nécessité d'être performant », imposée par l'entreprise sous forme « d'objectifs prioritairement quantitatifs impliquant une forte adhésion des salariés » et ayant conduit le salarié victime à « travailler régulièrement à son domicile pour faire face à sa charge de travail (...) également la nuit »¹⁰⁵⁷. De même, le tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil, le 24 juin 2010, a dit imputable à la faute inexcusable de l'employeur l'infarctus subi par un salarié et pris en charge par la sécurité sociale en tant qu'accident du travail, après avoir constaté que le salarié, journaliste, « était en surcharge de travail [et] effectuait beaucoup plus de feuillets qu'il n'aurait dû en faire »¹⁰⁵⁸. Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'approuver une Cour d'appel d'avoir condamné un employeur à réparer le préjudice causé à une salariée qui avait notamment subi « un congé pour maladie imputable à une surcharge de travail »¹⁰⁵⁹.

L'obligation de sécurité dont il est débiteur impose à l'employeur de définir un rythme de travail raisonnable. Cette obligation ne peut pas être contournée par la pratique consistant à ne définir aucune cadence et à n'attribuer au salarié qu'une charge globale de travail, car celle-ci, expressément assortie de délais ou non, imprime nécessairement un rythme à l'exécution du travail¹⁰⁶⁰. L'employeur a l'obligation, dans l'exercice de son

¹⁰⁵⁶ TASS de Versailles, 9 mars 2010, n°07-01555.

¹⁰⁵⁷ TASS de Nanterre, 17 décembre 2009, n°08-01023N ; le jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 19 mai 2011, n°10-00954, JCP S 2011, 1289, note D. Asquinazi-Bailleux).

¹⁰⁵⁸ TASS de Créteil, 24 juin 2010, n°10-00131/CR ; la décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 30 juin 2011, n°10/05831).

¹⁰⁵⁹ Cass. Soc. 19 mars 1998, n° 96-40079, Bull. Civ. V, n°159.

¹⁰⁶⁰ Voir supra, n°231. Même non assortie de délai, la charge de travail exprime une exigence de productivité, de « résultats » qui se répercute sur le rythme de travail du salarié.



pouvoir d'organisation et de gestion de l'entreprise, de définir une charge de travail mesurée et cohérente au regard de la durée du travail.

Le droit à la santé est un fondement pertinent pour s'opposer à une décision patronale dangereuse en matière de fixation des cadences ou d'attribution d'une charge de travail excessive. Le salarié peut s'opposer à de telles décisions : confronté à une cadence exagérée, il peut, selon les cas, refuser de travailler ou de le faire à ce rythme. Face à une charge excessive de travail, il peut n'accomplir que partiellement le travail sans en subir de conséquences négatives, et peut s'abstenir de chercher par lui-même les moyens de faire face à la surcharge, notamment en n'empiétant pas sur sa vie personnelle par des dépassements d'horaires. Sur ce dernier point, le fait que le salarié prenne l'initiative de dépasser ses horaires de travail n'atténue pas la faute de l'employeur, qui est constituée du seul fait de l'existence de la situation de surcharge. L'organisation du travail est défailante dès lors que la charge de travail est trop importante au regard de la durée du travail ou exprime des exigences de productivité excessives, conduisant le salarié à chercher par lui-même une solution. C'est ce qu'a considéré le tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil¹⁰⁶¹ en rappelant que « *la surcharge de travail est un élément objectif* », de sorte qu'il est indifférent que le salarié ait « *accepté cette surcharge* » et ne se soit « *jamais plaint* », quelles que soient les raisons de son silence, étant entendu que le salarié peut avoir le sentiment que « *ses possibilités de contestations [sont] limitées* »¹⁰⁶².

Outre ses conséquences sur la santé, un rythme de travail excessif est également susceptible de caractériser une atteinte à la dignité du salarié en ce qu'elle l'astreint à une sujétion qu'il n'a pas à subir, en ce qu'elle le réduit à l'état d'« être de travail »¹⁰⁶³ déshumanisé, totalement absorbé par ses fonctions. C'est ce qu'a jugé la Chambre criminelle de la Cour de cassation en approuvant une Cour d'appel d'avoir reconnu un employeur coupable du délit de « *soumission de personnes vulnérables à des conditions de*

¹⁰⁶¹ Jugement précité du 24 juin 2010.

¹⁰⁶² La Cour d'appel de Paris (arrêt préc) a également confirmé ce point en rappelant que le salarié « est tributaire de son emploi » et que « son silence ne vaut pas approbation ».

¹⁰⁶³ M. Grevy, préc.



travail indignes » après avoir notamment relevé que « *les cadences et les conditions matérielles de travail [que l'employeur] imposait [aux salariés], faisant d'eux "le prolongement d'une machine-outil", étaient incompatibles avec la dignité humaine* »¹⁰⁶⁴. Sur ce fondement également, il peut être fait obstacle au pouvoir de l'employeur.

326. *Elaboration de l'organigramme.* Dans l'exercice de ses prérogatives en matière d'élaboration de l'organigramme de l'entreprise, tenant à son organisation en services et à la structuration d'une hiérarchie¹⁰⁶⁵, l'employeur doit veiller à ce que ses décisions ne méconnaissent pas son obligation de sécurité et de respect de la dignité du salarié. Le risque principal est celui d'une structure hiérarchique défailante, au sein de laquelle des salariés investis d'une autorité hiérarchique la détourneraient dans le cadre de pratiques de « harcèlement » ou de pratiques managériales abusives ou anormales. En amont, il revient à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour prévenir ce type de comportement, notamment par la formation des « managers », et d'exclure toute forme de « management agressif ». A posteriori, il lui revient de les faire cesser et de soustraire le salarié victime à l'autorité du supérieur hiérarchique auteur des comportements fautifs.

II. Opposabilité du droit à la sécurité et à la dignité aux prérogatives de direction « des personnes »

327. *Attribution des tâches.* Dans le respect de la nature du travail convenue¹⁰⁶⁶, l'employeur attribue au salarié des tâches à effectuer¹⁰⁶⁷. Le droit à la sécurité autorise le salarié à refuser l'exécution de toute tâche présentant un danger anormal (excédant les risques inhérents aux fonctions, identifiés notamment dans le document unique d'évaluation des risques et contre lesquels toutes les mesures de prévention ont été

¹⁰⁶⁴ Cass. Crim. 4 mars 2003, n°02-82194, Bull. Civ. V, n°58 ; RJS 2003, n°702, signalé par M. Bonnechère (« Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », Dr. Ouv. 2003, p. 453).

¹⁰⁶⁵ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative d'élaboration de l'organigramme de l'entreprise, voir supra, n°233 et s.

¹⁰⁶⁶ Sur la définition contractuelle de la nature du travail, voir supra, n°65 et s.

¹⁰⁶⁷ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative d'attribution des tâches, voir supra, n°237 et s.



prises), de toute tâche présentant un danger pour lequel il n'a pas reçu la formation ou l'équipement adéquat, ou encore de toute tâche contrevenant à un avis d'inaptitude émis par le médecin du travail. Le droit au respect de sa dignité permet au salarié de refuser l'exécution de toute tâche dégradante ou vexatoire. Son refus ne peut juridiquement justifier aucune sanction ou mesure défavorable.

328. Affectation à un poste de travail. L'affectation du salarié à un poste de travail¹⁰⁶⁸ est également une prérogative susceptible de heurter les impératifs de sécurité et de dignité. Le travail au sein d'un « open space », entre autres, peut être mal supporté par le salarié : absence d'intimité, sentiment de surveillance permanente, bruit environnant... Le potentiel pathogène de « l'open space » est connu¹⁰⁶⁹ ; il implique, sinon la condamnation générale de la pratique, au moins que le salarié qui le demande en soit extrait et affecté à un poste compatible avec la préservation de sa santé.

Par ailleurs, il arrive que la décision d'affectation du salarié soit utilisée par l'employeur à des fins détournées, notamment dans un but vexatoire ou de « harcèlement » (isolement dans un bureau éloigné¹⁰⁷⁰...), ce qui est naturellement illicite compte-tenu des répercussions de telles pratiques sur la santé et la dignité du salarié.

329. Fixation des objectifs. L'obligation de sécurité à laquelle est soumis l'employeur présente, en termes de fixation des objectifs¹⁰⁷¹, une double implication. D'une part, les objectifs ne doivent pas être excessifs afin de ne pas placer le salarié en situation de surcharge de travail ; l'exagération des objectifs en lien avec de fortes exigences de productivité est souvent mise en avant par les juridictions retenant une faute de

¹⁰⁶⁸ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative d'affectation du salarié à un poste de travail, voir supra, n°239 et s.

¹⁰⁶⁹ Cf. En ce sens D. Asquinazi-Bailleurx, « Risques psychosociaux et méthodes de gestion de l'entreprise, JCP S 2010, 1393. Cf. également l'ouvrage au titre éloquent « l'open space m'a tuer », de A. Desisnards et T. Zuber, Hachette.

¹⁰⁷⁰ Cf. Pour une illustration : Cass. Soc. 10 novembre 2009, n°07-42849, Bull. Civ. V, n° 246 (la salariée « avait été installée avec une collègue dans un bureau aux dimensions restreintes, [et] était laissée pour compte »).

¹⁰⁷¹ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative de fixation des objectifs, voir supra, n°241 et s.



l'employeur à l'origine d'une dégradation de l'état de santé du salarié¹⁰⁷². D'autre part, les objectifs doivent être clairement définis ; le salarié dont les objectifs sont mal identifiés est livré à lui-même et à une incertitude anormale quant à ses missions. Il est exposé ou peut se sentir exposé au risque de subir les conséquences d'un écart entre le travail réalisé et les attentes (mal exprimées) de l'employeur. Il revient à celui-ci d'éliminer cette source de stress en définissant clairement des objectifs compréhensibles et raisonnables.

330. *Evaluation.* La faculté de l'employeur d'évaluer le travail du salarié¹⁰⁷³ est sous plusieurs aspects en conflit avec les obligations de sécurité et de dignité.

Il résulte de l'obligation de sécurité que, bien qu'« évaluer » implique aussi de « dévaluer »¹⁰⁷⁴, les critiques qui sont exprimées au cours de l'entretien d'évaluation doivent se garder d'être excessives ou trop acerbes, et se doivent d'être objectives et justifiées¹⁰⁷⁵. Dans un autre registre, l'évaluation ne doit pas être l'occasion de mettre le salarié « sous pression » par la formalisation d'exigences de productivité ou de résultats trop ambitieuses. Les risques de telles pratiques sur la santé du salarié, qui ne sont plus à démontrer¹⁰⁷⁶, les interdisent. Par ailleurs, l'évaluation, même individuelle, doit préserver la cohérence de la communauté de travail. Monsieur le Professeur Dejourné souligne à cet égard les risques de « l'évaluation individualisée » [qui] aurait pu être une saine émulation entre les collaborateurs, mais [qui] s'est de facto transformée en une concurrence entre salariés (...) et a détruit les relations de loyauté et de confiance entre

¹⁰⁷² Sur la question de la surcharge de travail et l'analyse jurisprudentielle, voir supra, n°325.

¹⁰⁷³ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative d'évaluation, voir supra, n°248 et s.

¹⁰⁷⁴ A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », D 2009, p. 1124.

¹⁰⁷⁵ Comme le souligne Monsieur le Docteur Sandret, l'entretien d'évaluation se transforme parfois « en procès à charge, sans possibilité de se défendre, sans écoute sur les arguments de l'évalué : seulement une remise en cause totale et souvent violente de son savoir-faire, associée à une remise en cause de son savoir-être. Celui qui se vivait comme porteur de valeurs au sein de l'entreprise est réduit à rien : ses années d'expérience, d'investissement et de partage sont rayées en quelques mots, dont la violence échappe sans doute à celui qui les profère. Cette description peut paraître forcée. Malheureusement, elle est souvent celle que nous entendons ». (Sandret, « Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances », in « A quoi sert l'évaluation des salariés ? », controverse, dir. A. Jeammaud, RDT 2008 p. 49).

¹⁰⁷⁶ N. Sandret, préc.



les salariés » faute de « tenir compte des conditions du travail collectif »¹⁰⁷⁷.

Le droit à la dignité justifie l'interdiction de certaines méthodes d'évaluation. En premier lieu, il s'oppose aux modes farfelus tels que la voyance ou l'astrologie dont l'absurdité rend l'utilisation non seulement risible mais également dégradante¹⁰⁷⁸. En second lieu, il s'oppose aux méthodes d'évaluation privant le salarié de la possibilité de contrôler l'information qu'il délivre à son employeur : graphologie, tests de personnalité et, plus généralement, tout test relevant d'une science médicale¹⁰⁷⁹ que l'employeur n'est de surcroît pas légitime à utiliser. En troisième lieu, le droit à la dignité permet au salarié de refuser les modes d'évaluation par lesquels l'employeur se décharge de son pouvoir d'évaluer ; le salarié n'a pas à subir le jugement de ses collègues de travail (évaluation à « 360 » ou à « 180 degrés »), ni à exprimer son propre jugement (auto-évaluation, l'appel à l'auto-critique présentant une perversité certaine). En quatrième lieu, le respect de la dignité interdit de procéder à l'évaluation d'un salarié expérimenté et ayant une certaine ancienneté dans l'entreprise sur la base de tests professionnels réservés aux nouveaux embauchés¹⁰⁸⁰. Enfin, en cinquième lieu, le droit à la dignité pourrait être invoqué pour s'opposer à ce que le processus d'évaluation débouche sur la formalisation d'une notation, compte tenu du caractère infantilisant d'un tel procédé¹⁰⁸¹.

Par ailleurs, l'obligation de respect de la dignité du salarié qui pèse sur l'employeur lui impose de s'abstenir de toute évaluation sur la base de critères dits « comportementaux », prétendant influencer sur la personnalité du salarié. L'immixtion dans l'intimité de la vie privée, l'intrusion dans la personnalité du salarié que caractérise une telle évaluation¹⁰⁸² est incompatible avec le respect de sa dignité, à double titre. D'une part, l'évaluation d'un trait de personnalité est une remise en cause du salarié en tant qu'individu, un jugement porté sur sa personne qu'il n'a pas à subir, compte-tenu du

¹⁰⁷⁷ C. Dejours, « Pourquoi le travail fait-il souffrir ? », Les cahiers Lamy du CE n° 88, décembre 2009, p. 11.

¹⁰⁷⁸ Cf. En ce sens P. Waquet, « L'évaluation des salariés » Sem. Soc. Lamy 2003, n°1126, p. 7.

¹⁰⁷⁹ Cf. P. Waquet, préc.

¹⁰⁸⁰ En ce sens, A. Chiriez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. Ouv. 2003, p. 309.

¹⁰⁸¹ Cf. sur ce point A. Chiriez, préc.

¹⁰⁸² Sur l'atteinte à la vie privée qui résulte de l'évaluation de critères « comportementaux », voir supra, n°253 et s.



caractère humiliant et injurieux qu'une telle évaluation négative peut revêtir : en évaluant le « courage » et la « décontraction » d'un salarié, les sociétés Airbus¹⁰⁸³ et GEMS¹⁰⁸⁴ ne perçoivent-elles donc pas l'injure faite au salarié qualifié de « lâche » et « guindé » ? D'autre part, l'atteinte à la dignité résulte de ce que l'évaluation prétend influencer, alors même que la personnalité, les traits de caractère ne sont en aucun cas « programmables » ; la fixation de critères comportementaux réifie l'individu, elle nie son autonomie. Le salarié n'a pas à subir les caprices d'un employeur qui désirerait façonner ses traits de caractère dans un sens conforme à sa représentation (subjective) de la personnalité idéale. Un tel « formatage » est exclu parce qu'il va à l'encontre de la préservation de l'intégrité de la personnalité du salarié. Ainsi est-il exclu que puisse être évaluée la « décontraction » du salarié dont le caractère réservé, voire inhibé, ne concerne que lui ; l'employeur n'est pas autorisé à tenter de rendre le salarié enjoué et extraverti. Son pouvoir ne va pas jusque là.

331. Surveillance. Si l'employeur est autorisé à exercer une certaine surveillance à l'égard des salariés¹⁰⁸⁵, celle-ci ne doit pas être excessive sous peine de méconnaître leur dignité. L'excès peut d'abord résulter du caractère permanent de la surveillance : une telle surveillance est doublement condamnable, d'une part en ce qu'elle réduit le salarié à l'état « d'être de travail »¹⁰⁸⁶ en le privant de tout espace d'intimité¹⁰⁸⁷, d'autre part en ce qu'elle caractérise une méfiance exagérée de l'employeur. L'excès peut également résulter de ce que la directive dont le respect est contrôlé est en elle-même attentatoire à la dignité du salarié (par exemple, interdiction de toute conversation entre salariés¹⁰⁸⁸) ; la surveillance perd alors, par ricochet, toute légitimité. Dans de telles

¹⁰⁸³ CA Toulouse, 4^e chambre section 1, 21 septembre 2011, n°11/00604.

¹⁰⁸⁴ TGI Versailles, 28 octobre 2010 (RG n°10/00270). Voir également les commentaires de David Métin et Anne Le Quinquis, avocats des parties (Sem. Soc. Lamy n°1471, 13 décembre 2010, p. 6).

¹⁰⁸⁵ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative de surveillance, voir supra, n°260 et s.

¹⁰⁸⁶ M. Grevy, « Vidéosurveillance des salariés dans l'entreprise : une atteinte par nature disproportionnée aux droits de la personne », Dr. Ouv. 2010, p. 81 ; « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », Dr. Soc. 1995, p. 329 ; Dans le même sens, O. Tissot (« Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », Dr. Soc. 1995, p. 972) se réfère à « 1984 » de Georges Orwell dans lequel « la réduction de l'individu à un être totalement aliéné était symbolisé par la surveillance vidéo permanente ».

¹⁰⁸⁷ Voir supra, n°267, les conséquences qui en résultent, notamment à l'égard de la vidéosurveillance.

¹⁰⁸⁸ Cass. Crim. 4 mars 2003, n°02-82194, Bull. Civ. V, n°58 ; RJS 2003 n°702, signalé par M. Bonnechère



circonstances, la surveillance exercée par l'employeur est illicite car contraire à la dignité du salarié qui peut la faire cesser¹⁰⁸⁹.

332. Tenue de travail. Les prérogatives de l'employeur en matière de choix de la tenue de travail¹⁰⁹⁰ doivent s'exercer dans le respect de la personne du salarié. S'agissant de la santé, la règle implique essentiellement que soient remis au salarié les tenues et équipements adéquats au regard de ses fonctions et des risques encourus. S'agissant de la dignité, la règle implique la prohibition des tenues promotionnelles ou publicitaires (vêtement annonçant les opérations en cours) et, plus largement, tout déguisement ou accoutrement ridicule ; le salarié ne doit pas être réduit à l'état de support vivant du « marketing » de l'entreprise. Il peut refuser le port de telles tenues sans que ce refus puisse justifier une sanction ou une quelconque conséquence négative¹⁰⁹¹.

333. Horaires et lieu de travail. S'il avait été investi d'un pouvoir de fixation et de modification unilatérale des horaires¹⁰⁹² et du lieu¹⁰⁹³ de travail, l'employeur n'aurait pu en faire qu'un usage conforme au respect de la personne du salarié. Il aurait dû garder à l'esprit qu'un lieu de travail fixé à une distance excessive du domicile, tout comme des horaires organisés sur une amplitude trop importante, même dans le respect des dispositions légales, sont générateurs, d'une part, de fatigue qui, elle-même, accroît les risques pour la santé, d'autre part d'une atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié qui, outre qu'elle est en elle-même condamnable, présente un risque pour sa santé lié à la remise en cause de son équilibre personnel.

(« Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », Dr. Ouv. 2003, p. 453). Le délit de « *soumission de personnes vulnérables à des conditions de travail indignes* » est caractérisé notamment par « *les interdictions de lever la tête, de parler et même de sourire (...) interdictions dont l'application stricte était assurée par une surveillance et un contrôle constants et rigoureux, [allant] bien au-delà de la nécessité d'obtenir une productivité suffisante et un travail de qualité et du simple contrôle de ceux-ci* ».

¹⁰⁸⁹ Notamment par le recours à l'un de ses pouvoirs d'initiative : infra, n°402 et s.

¹⁰⁹⁰ Sur la détention par l'employeur de cette prérogative de choix de la tenue de travail, voir supra, n°269 et s.

¹⁰⁹¹ La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de prendre position sur ce point.

¹⁰⁹² Sur le caractère nécessairement contractuel des horaires de travail, voir supra, n°156 et s.

¹⁰⁹³ Sur le caractère nécessairement contractuel du lieu de travail, voir supra, n°192 et s.



III. Opposabilité du droit à la sécurité et à la dignité aux prérogatives disciplinaires

334. Les impératifs de respect de la santé et de la dignité s'imposent à l'employeur dans l'exercice des prérogatives disciplinaires qui sont les siennes¹⁰⁹⁴, à tous les stades de leur mise en œuvre.

335. *Qualification du fait fautif.* Au stade de la qualification du fait fautif, l'un des principaux risques est celui tenant au manque de clarté des directives, privant le salarié de la possibilité d'avoir une conscience claire des obligations et des interdictions pesant sur lui, le contraignant à n'agir que dans l'incertitude permanente de la conformité de ses actes aux attentes de l'employeur, donc à évoluer dans l'ignorance constante du risque disciplinaire pesant sur lui, avec toutes les conséquences prévisibles d'une telle situation en termes de stress. Par ailleurs, présentent également des risques pour la santé les pratiques de qualifications abusives de faits en réalité non fautifs ou de faits relevant d'un manque de qualité du travail (relevant donc de la compétence, non du champ disciplinaire). Enfin le droit à la dignité peut être utilement invoqué en cas de qualification disciplinaire d'un fait procédant en réalité de l'exercice d'une liberté individuelle que l'employeur n'est pas habilité à contraindre ni à réprimer.

336. *Etablissement de l'échelle des sanctions et choix des sanctions.* Dans l'établissement de l'échelle des sanctions puis dans leur notification, l'employeur doit s'abstenir du recours à toute sanction dégradante ou dangereuse. Dans le choix de la sanction infligée, il doit respecter une certaine proportionnalité entre le fait considéré comme fautif et la sanction.

337. *Opportunité de l'usage du pouvoir disciplinaire.* Enfin, au stade de la mise en œuvre de la procédure disciplinaire, l'employeur doit s'abstenir de toutes sanctions abusives, ou trop fréquentes, caractérisant un comportement relevant du « harcèlement

¹⁰⁹⁴ Sur la détention par l'employeur de prérogatives disciplinaires, voir supra, n°282 et s.



disciplinaire », contraire à la finalité du pouvoir et au respect de la personne du salarié. Par ailleurs, l'impératif de respect de la dignité du salarié interdit à l'employeur de donner à la sanction infligée une publicité injustifiée¹⁰⁹⁵, dans l'entreprise ou hors de celle-ci.

IV. Opposabilité du droit à la sécurité et à la dignité aux prérogatives de direction économique

338. Droit à l'information. Si l'employeur dispose d'une latitude importante dans l'exercice de la « direction économique » de l'entreprise¹⁰⁹⁶, les impératifs de sécurité et de dignité du salarié impliquent à tout le moins la reconnaissance et le respect de son droit à l'information sur la gestion et la situation de l'entreprise. Une certaine transparence s'impose dans la mesure où le maintien du salarié dans l'ignorance de la situation économique de l'entreprise est susceptible de porter atteinte tant à sa santé, l'incertitude étant source de stress, qu'à sa dignité, en raison de la négation de son statut d'acteur de la vie de l'entreprise et du mépris qu'expriment sa mise à l'écart et l'idée qu'il « n'a pas besoin de savoir ».

339. Droit de contrôle. Par ailleurs, le droit à la santé et à la dignité pourrait être invoqué en vue de la reconnaissance d'un véritable droit du salarié au contrôle de la gestion économique effectuée par l'employeur. Le salarié est incontestablement intéressé à la bonne santé de l'entreprise puisque la pérennité de son emploi en dépend ; il devrait être reconnu titulaire d'une créance de bonne utilisation de son pouvoir de gestion par l'employeur et devrait disposer des moyens d'intervenir en cas de défaillance de celui-ci. Ce droit de contrôle et d'intervention, qui résulte de l'habilitation contractuelle¹⁰⁹⁷, trouve un fondement supplémentaire dans les droits du salarié à la

¹⁰⁹⁵ Cf. En se cens Cass. Soc. 25 février 2003, n°00-42031, Bull. Civ. V, n°66, Dr. Soc. 2003, p. 625, note J. Savatier, rappelant que « le fait de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommé désigné constitue une atteinte à la dignité de celui-ci de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi ».

¹⁰⁹⁶ Sur la détention par l'employeur de prérogatives de « direction économique », voir supra, n°286 et s.

¹⁰⁹⁷ Voir supra, n°288-289.



santé et à la dignité puisqu'il aurait pour objet d'éviter les licenciements pour motif économique, destructeurs pour la santé, et aurait pour effet d'impliquer le salarié plutôt que de le cantonner dans un rôle de spectateur impuissant des difficultés de l'entreprise, état peu compatible avec le respect dû à sa dignité.

340. *Propos conclusifs.* Limites générales du pouvoir, les exigences de santé et de dignité garantissent les droits du salarié dans tous les aspects de la relation de travail. L'exigence de bonne foi joue un rôle identique.

Sous-section 3. L'exigence de bonne foi dans l'exercice du pouvoir

341. *Notion de bonne foi.* Comme tout contrat de droit privé¹⁰⁹⁸, le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi par les parties¹⁰⁹⁹. Concept entouré d'un certain flou, donc doté d'une grande souplesse, la bonne foi permet de faire obstacle à des agissements très divers des contractants, même ne contrevenant pas à une disposition contractuelle expresse, mais caractérisant un usage déloyal¹¹⁰⁰ d'une prérogative contractuelle ou, plus généralement, une méconnaissance de l'esprit du contrat. Elle rend le « droit moins rigide, plus flexible, moins désincarné, plus humain »¹¹⁰¹. La bonne foi permet de garantir un minimum de « correction » entre les contractants et surtout, de pondérer le déséquilibre qui existe entre les parties¹¹⁰² à certains contrats, notamment au contrat de travail¹¹⁰³, pour éviter que « la sphère contractuelle ne soit une autre jungle où jouerait

¹⁰⁹⁸ C. civ. art 1134 alinéa 3 : « les conventions (...) doivent être exécutées de bonne foi ».

¹⁰⁹⁹ C. trav. art L 1222-1 : « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ».

¹¹⁰⁰ Bien que « bonne foi » et « loyauté » puissent être distinguées (Cf. W. Roumier, « Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ? », TPS février 2003 p.4), les deux notions sont ici employées comme synonymes.

¹¹⁰¹ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », Le solidarisme contractuel, Economica 2004, p. 59.

¹¹⁰² Monsieur le Professeur D. Mazeaud écrit en ce sens que « l'inégalité et la dépendance qui président parfois à la conception du contrat sont corrigées et compensées par cet impératif moral qui contribue à restaurer une certaine justice contractuelle » (D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999 dir. C. Jamin).

¹¹⁰³ Mais pas uniquement : les contrats relevant du droit de la consommation, tout comme certains contrats commerciaux selon la situation des parties, sont conclus et exécutés en situation de déséquilibre.



la loi du plus fort juridiquement »¹¹⁰⁴.

342. Implications de la bonne foi à l'égard de l'employeur. Appliquée à la relation de travail, la bonne foi « sert à tempérer les conséquences de l'infériorité dans laquelle le contrat de travail place le salarié à l'égard de l'employeur »¹¹⁰⁵ et tient lieu de « norme d'évaluation du comportement de l'employeur »¹¹⁰⁶. Elle encadre le pouvoir de l'employeur dans toutes ses manifestations et se décline à travers diverses obligations.

La bonne foi implique d'abord l'adoption, par l'employeur, d'un comportement cohérent. Il doit, dans l'usage de son pouvoir contractuel, faire preuve d'une certaine constance¹¹⁰⁷. La multiplication de directives contradictoires sans motif légitime, ou de directives excessivement variables, l'assignation au salarié de tâches impossibles à réaliser, etc., manifestent une atteinte à ce principe de cohérence, caractérisant une faute de l'employeur et lui interdisant de sanctionner la non-exécution de ses ordres. De même, la bonne foi impose le respect des engagements pris. Les engagements consignés dans le contrat écrit ou verbal de travail, par exemple, un engagement de l'employeur de ne pas imposer de mutation géographique au salarié¹¹⁰⁸, sont naturellement exécutoires. Plus généralement, toutes les promesses qu'a pu formuler l'employeur, notamment de promotion, d'augmentation, de maintien à l'identique ou au contraire de modification de certains aspects des conditions de travail, doivent être tenues, sauf à manquer à la bonne foi contractuelle.

Le respect par l'employeur de l'obligation de bonne foi suppose également l'exercice effectif de son pouvoir. La règle implique d'abord que l'employeur fournisse du travail

¹¹⁰⁴ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Précis Domat, 12^e édition, 2010.

¹¹⁰⁵ C. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. Soc.* 2004, p. 706.

¹¹⁰⁶ A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Thèse Paris X, 2006, p. 345 et s.

¹¹⁰⁷ Rappr. D. Mazeaud (« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *prec.*) : la bonne foi « implique que chaque partenaire fasse preuve d'une certaine constance dans son comportement, notamment lorsque son attitude a fait naître une confiance légitime dans l'esprit de son interlocuteur ».

¹¹⁰⁸ Cass. Soc. 13 octobre 1993, n°89-44739, D 1994, somm., p. 308.



au salarié, ainsi que le rappelle régulièrement la jurisprudence récente¹¹⁰⁹ ; même accompagné d'un maintien du salaire¹¹¹⁰, même pendant le déroulement d'une procédure de licenciement¹¹¹¹, le défaut de fourniture de travail au salarié caractérise une faute de l'employeur. La règle suppose ensuite que l'employeur organise effectivement le travail, en donnant au salarié les moyens d'exercer ses fonctions : mise à disposition et entretien des locaux, du matériel nécessaire, etc. La bonne foi suppose que le contrat soit pleinement exécuté.

La bonne foi fait ensuite obstacle au détournement de pouvoir, lequel est notamment caractérisé lorsque les prérogatives de l'employeur sont mises en œuvre dans le but d'aboutir à la rupture du contrat de travail. Toute décision de l'employeur dans le cadre de son pouvoir d'organisation, licite en elle-même¹¹¹², devient illicite car caractérisant la mauvaise foi si son objectif véritable est la rupture du contrat et non sa mise en œuvre¹¹¹³. Ainsi, toute modification des « conditions de travail », destinée (par exemple par son caractère précipité) à pousser le salarié à renoncer à son emploi ou à sanctionner d'un licenciement son refus, caractérise une atteinte à la bonne foi. De telles manœuvres peuvent être dissimulées derrière des directives très diverses : retrait de moyens, exigences accrues en matière de méthodes de travail, attribution de tâches sous-qualifiées, cantonnement dans un poste de travail isolé, objectifs démesurés, surcharge de travail, surveillance excessive, brusque modification du lieu ou des horaires de travail, sanctions injustifiées ou menaces de sanctions¹¹¹⁴...

¹¹⁰⁹ Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°07-44203 ; Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-43984 ; Cass. Soc. 30 juin 2009, n°08-42751 (« Attendu cependant que l'employeur a l'obligation de fournir le travail convenu ») ; Cass. Soc. 10 novembre 2009, n°08-42769 ; Cass. Soc. 17 février 2010, n°08-45298, Bull. Civ. V, n°41, JCP S 2010, 1147, note P. Morvan (« Attendu que le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié ») ; Cf. également Cass. Soc. 3 novembre 2010, n°09-65254, Bull. Civ. V, n°252, JCP S 2011, 1006, note J-Y. Frouin.

¹¹¹⁰ Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-43984, préc.

¹¹¹¹ Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°07-44203, préc.

¹¹¹² Sur les différentes prérogatives d'organisation de l'employeur, voir supra, n°223 et s.

¹¹¹³ En ce sens, C. Vigneau : « L'employeur doit s'abstenir de tout comportement rendant impossible au salarié l'accomplissement de sa prestation de travail. L'acte déloyal peut résulter de toute action ou abstention destinée à provoquer une faute du salarié, à le destabiliser dans l'exécution de sa prestation de travail » (C. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. Soc. 2004, p. 706).

¹¹¹⁴ Cf. pour un exemple (menaces de licenciement pour faute grave) : Cass. Soc. 28 mars 2007, n°05-45131.



Enfin, la bonne foi impose à l'employeur une certaine prise en compte des intérêts du salarié¹¹¹⁵. En ce sens, elle justifie d'abord ses obligations de formation, d'adaptation et de reclassement ; l'employeur doit faire un usage de son pouvoir tel qu'il met tout en œuvre pour permettre la poursuite du contrat de travail. La bonne foi met à sa charge une obligation d'action dans l'intérêt du salarié auquel doit être assurée la pérennité de son emploi. Outre cette implication principale, l'obligation de prendre en compte l'intérêt de son co-contractant justifie des obligations et interdictions ponctuelles très diverses à l'égard de l'employeur. Par exemple, bien que la question du trajet du salarié entre son domicile et son lieu de travail¹¹¹⁶ ne concerne a priori pas l'employeur, celui-ci ne peut totalement l'ignorer. L'impératif de bonne foi fait obstacle aux décisions compromettant la possibilité pour le salarié d'effectuer ce trajet. Ont ainsi été jugées contraires à l'obligation de bonne foi la suppression d'un moyen de transport mis à la disposition du salarié depuis son embauche, le plaçant dans l'impossibilité de travailler¹¹¹⁷, la mutation géographique imposée au salarié malgré le mauvais état de son véhicule¹¹¹⁸ ou malgré une absence de véhicule personnel, alors que les nouveaux horaires de travail rendaient impossible l'utilisation des transports en commun¹¹¹⁹. Dans un autre registre, la bonne foi s'oppose à ce que l'employeur émette des directives conduisant le salarié à adopter un comportement illicite ou susceptible d'engager sa responsabilité personnelle¹¹²⁰. Par ailleurs, la bonne foi fait obstacle à ce qu'un changement de lieu de travail soit imposé au salarié malgré une situation familiale

¹¹¹⁵ Cf. B. Bossu, JCP S 2006, 1727 : la bonne foi implique « le respect par chaque partie de l'intérêt légitime de son cocontractant ».

¹¹¹⁶ Sur ce temps « hybride », voir supra, n°123-124.

¹¹¹⁷ Cass. Soc. 10 mai 2006 n°05-42210, Bull. Civ. V, n°169 ; JCP S 2006, 1727, note B. Bossu ; Dr. Soc. 2006, p. 804 (l'employeur avait mis fin à la pratique consistant à venir « chercher la salariée à son domicile avec la navette de l'entreprise depuis plus de dix ans », compte-tenu des « horaires exceptionnels de travail » et de l'absence de transport en commun). Dans le même sens : Cass. Soc. 17 mars 2010, n°08-44125 : suite au transfert d'une salariée, le nouvel employeur qui ne perpétue pas la pratique qui était celle de l'ancien employeur, de raccompagner la salariée chez elle le soir, compte-tenu de l'absence d'autre moyen de transport, commet un manquement à son obligation de bonne foi, s'il est constaté par la Cour d'appel que cette décision a mis la salariée dans l'impossibilité de travailler.

¹¹¹⁸ Cass. Soc. 2 juillet 2003, n°01-42046 : « l'employeur, qui connaissait les difficultés matérielles du salarié et l'avait auparavant employé dans des lieux peu éloignés de son domicile, l'avait affecté sur un site distant de plus de 150 km, sans rechercher s'il existait d'autres possibilités d'emploi, en dépit des observations de l'intéressé qui avait signalé le mauvais état de son véhicule ».

¹¹¹⁹ Cass. Soc. 10 janvier 2001, n°98-46226 : « l'employeur, à défaut de lui assurer des moyens de se rendre sur son lieu de travail, avait abusé du droit qu'il tient de l'exercice de son pouvoir de direction ».

¹¹²⁰ Cass. Soc. 15 octobre 1997, n°95-43719.



incompatible¹¹²¹, ou avec une précipitation excessive, sans respect d'un délai de prévenance¹¹²².

343. *Propos conclusifs.* Source de la subordination, le contrat en est également la norme d'encadrement. L'habilitation contractuelle opère attribution d'un pouvoir doublement encadré, de manière générale par des limites transversales, mais également de manière spécifique par diverses règles d'utilisation des différentes prérogatives résultant du pouvoir d'organisation. L'étude de ces limites démontre que c'est plus d'un pouvoir d'organisation, « objectif », que d'un pouvoir « de direction », que l'employeur est titulaire.

¹¹²¹ Cass. Soc. 18 mai 1999, n°96-44315, Bull. Civ. V, n°219 ; D 2000, somm., 84, obs. M-C Escande-Varniol ; D 2001, somm. 2797, obs. B. Bossu ; JCP E 2000, 40, note C. Puigelier ; RTD civ. 2000, 326, note C. Puigelier ; Dr. Soc. 1999, p. 734, obs. B. Gauriau : « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, avait fait un usage abusif de la clause de mobilité en imposant au salarié qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés » ; L'obligation de prendre en considération l'atteinte portée à la vie personnelle et familiale du salarié dans le cadre du changement de lieu de travail est désormais fondée sur l'obligation de respect des droits fondamentaux, et non sur l'obligation de bonne foi (Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-40523, Bull. Civ. V, n°192 ; Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°06-45562, Bull. Civ. V, n°4, JCP S 2009, n°1162, note B. Bossu).

¹¹²² Cass. Soc. 28 novembre 2001, n°99-45985, RJS 2002, n°147 : l'employeur « avait pris sa décision de manière brutale en rejetant tous les arguments de la salariée et en invoquant seulement son pouvoir discrétionnaire » ; Cass. Soc. 3 novembre 2004, n°02-45749 ; Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-43071.



Titre 3. La contrepartie de la subordination

344. C'est en contrepartie d'un salaire que le salarié accepte de souscrire une obligation de subordination. Condition d'existence et élément caractéristique du contrat de travail, déterminant du consentement des parties, le salaire est un élément par essence contractuel (Chapitre 1). Mais cette réalité simple est perturbée par l'enchevêtrement et l'autonomie proclamée des sources du droit du travail et de leurs régimes respectifs (Chapitre 2).



Chapitre 1. Le salaire, un élément nécessairement contractuel

345. La nature contractuelle du salaire (section 1) implique que son régime se caractérise essentiellement par des exigences de détermination et d'intangibilité (section 2).

Section 1. Caractérisation de la nature contractuelle du salaire

346. Si le salaire doit être considéré comme un « élément contractuel », c'est parce qu'il fait nécessairement l'objet d'un accord de volontés entre les parties, qu'il s'agisse de son existence (Sous-section 1), de son montant (Sous-section 2) ou de sa structure (Sous-section 3).

Sous – section 1. Un accord de volontés sur l'existence du salaire

347. Le salaire, condition d'existence du contrat de travail. Le salaire est l'un des éléments objectivement constitutifs du contrat de travail, une condition de sa formation¹¹²³. Il n'est pas de contrat de travail sans salaire¹¹²⁴ : à défaut de celui-ci, la qualification de contrat de travail est exclue¹¹²⁵. Les deux notions sont indissociables¹¹²⁶.

¹¹²³ En ce sens, le salaire « est un élément nécessaire du contrat de travail » (P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383 ; G. Couturier, « La rémunération élément du contrat de travail », Dr. Soc. 1998, p. 523 ; A. Martinon, « Le salaire », in « Les notions fondamentales du droit du travail », dir. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2009).

¹¹²⁴ Voir notamment Cass. Soc. 19 octobre 1995, n°92-43978).

¹¹²⁵ Seule la qualification de bénévolat pourra être retenue (notamment Cass. Soc. 26 octobre 1999, n°97-41169, Bull. Civ. V, n°406), à moins que l'analyse de la situation de fait conduise à la qualification de contrat de travail et au versement de rappels de salaire.



Le contrat de travail est nécessairement un contrat conclu à titre onéreux¹¹²⁷. En d'autres termes, « le salaire est un élément déterminant de la qualification juridique de ce contrat spécial qu'est le contrat de travail »¹¹²⁸. Il en résulte que, dès lors que les parties à un contrat l'ont qualifié de contrat de travail, elles ont nécessairement convenu de l'existence d'un salaire¹¹²⁹ ; un accord de volontés portant sur le principe d'un salaire a forcément eu lieu, le consentement à la conclusion du contrat emportant obligatoirement consentement à l'institution de ses éléments constitutifs. En ce sens, le salaire est « contractuel » car indissociable de l'accord de volontés individuelles.

348. Statut du salaire dans l'expression de consentement des parties. S'agissant du salarié, le principe du salaire, son existence même, est décisive de sa volonté de contracter. Le salaire est la cause des obligations de prestation et de subordination qu'il a souscrites¹¹³⁰, la nécessaire contrepartie du pouvoir concédé à l'employeur, mais il est également la cause de son engagement même, c'est à dire la cause du contrat puisque salaire et contrat de travail sont indissociables. Il fait figure de motif déterminant de la conclusion du contrat de travail.

Quant à l'employeur, le principe même d'une rémunération n'est pas la cause de son engagement contractuel, mais plutôt sa condition. Il n'en reste pas moins qu'en concluant un contrat de travail, l'employeur accepte nécessairement de payer un salaire puisque ce dernier en est une condition d'existence. L'employeur consent au paiement

¹¹²⁶ Comme le note Monsieur le Professeur G. Lyon-Caen, « il n'y a pas de salaire hors du contrat de travail et tout contrat de travail implique un salaire, les deux termes étant étroitement corrélatifs » (G. Lyon Caen, *Les salaires*, in, *Traité de Droit du travail*, dir. G-H. Camerlynck, Dalloz, 1967). Dans le même sens, A. Brun et H. Galland relèvent que le salaire est « un élément essentiel sans lequel on ne saurait retenir l'existence d'un contrat de travail » (*Droit du travail*, tome 1, Sirey, 2^e ed. 1978, p. 301).

¹¹²⁷ Pour M-C. Escande-Varniol (Rep. Trav. Dalloz) « il ne fait plus de doute aujourd'hui que le contrat de travail appartient à la catégorie des contrats conclus à titre onéreux ». Cf aussi P-H. Antonmattei qui relève que « il n'y a pas de contrat de travail à titre gratuit » (P-H. Antonmattei, « Les éléments du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1999 p. 330).

¹¹²⁸ M-C. Esande-Varniol, préc.

¹¹²⁹ Cf. pour une illustration, Cass. Soc. 16 septembre 2009, n°08-41191, Bull. Civ. V, n°187 ; JCP S 2010, 1186, note R. Vatinet, qui rappelle que « le versement d'un salaire constitue la contrepartie nécessaire de la relation de travail », de sorte que « le versement d'u salaire ne peut être aléatoire ».

¹¹³⁰ E. Dockès, « consécration de la nature contractuelle du salaire », *RJS* 1998, p. 168 : « c'est en échange d'un salaire que le salarié a accepté de se soumettre au commandement de l'employeur. Le salaire est la contrepartie, la cause, du pouvoir de l'employeur ».



du salaire sur l'existence duquel intervient donc toujours un accord de volontés.

Sous – section 2. Un accord de volontés sur le montant global du salaire

349. Outre le principe d'un salaire, son montant global fait nécessairement l'objet d'un accord de volontés. Le montant global du salaire est en effet déterminant du consentement de chacune des parties.

350. *Montant global du salaire et consentement du salarié.* Le montant du salaire est pris en compte par le salarié dans l'expression de son consentement. Le salarié apprécie, compte-tenu de l'emploi proposé, de ses spécificités notamment en termes de technicité et de pénibilité, et des sujétions dont il s'accompagne, si le salaire fixé constitue la juste contrepartie ou à tout le moins une contrepartie acceptable à ses propres obligations de prestation de travail¹¹³¹ et de subordination¹¹³². A ce titre, le montant du salaire « de base » est un élément essentiel. Mais il est loin d'être le seul élément financier à être déterminant dans l'engagement du salarié. Les divers compléments ou accessoires de salaire éventuellement institués sont cruciaux. Ces compléments potentiels sont très nombreux : primes et commissions diverses, ticket -restaurant et chèques-vacances, avantages en nature divers (logement¹¹³³, véhicule pouvant être utilisé pour des trajets personnels¹¹³⁴, abonnement téléphonique avec possibilité d'usage personnel, réduction sur les biens ou services produits par l'entreprise...), régime de prévoyance (notamment le bénéfice d'une mutuelle santé financée au moins partiellement par l'employeur) et éventuellement de retraite sur-complémentaire, régime d'intéressement et outils d'épargne salariale avec participation de l'employeur tel que le plan d'épargne entreprise, bénéfice de jours de congés payés supra-légaux¹¹³⁵...

¹¹³¹ Sur l'obligation contractuelle d'assurer une prestation de travail, voir supra, n°21 et s.

¹¹³² Sur l'obligation contractuelle de subordination, voir supra, n°26 et s.

¹¹³³ Eventuellement avec prise en charge de frais divers : chauffage, électricité (cf. pour une illustration de contentieux : Cass. Soc. 19 janvier 1994, n°90-45845 ; Cass. Soc. 18 janvier 2006, n°03-46059).

¹¹³⁴ Par exemple, pour les trajets entre le domicile et le lieu de travail (cf. Cass. Soc. 28 mars 2007, n°05-41793).

¹¹³⁵ Qui sont assimilables à un avantage salarial en ce qu'ils ont pour effet d'augmenter le montant de l'indemnité de congés payés.



Toutes ces sommes et tous ces avantages en nature sont versés au salarié en contrepartie du travail ou, à tout le moins, à raison de l'existence du lien contractuel¹¹³⁶. Tous participent du « salaire » au sens large¹¹³⁷. Au stade de la conclusion du contrat, tous influent sur le consentement du salarié¹¹³⁸. C'est au regard de l'ensemble des éléments de salaire proposés et de leur combinaison que le salarié décide de contracter, la faiblesse ou l'absence de l'un pouvant être compensé par l'existence ou le montant d'un autre pour former un « tout » acceptable au regard de ses attentes minimales¹¹³⁹. En somme, comme le note très justement Monsieur le Professeur Couturier, c'est au regard d'un « niveau de revenu assuré par le travail » que le salarié contracte¹¹⁴⁰. Dans le même sens, Michel Henry parle d'« assimilation du salaire atteint au salaire contractuel »¹¹⁴¹. Le salarié contracte au regard d'un montant global de salaire englobant les différents éléments, au regard d'un « taux effectif perçu » ; c'est cet ensemble qui est déterminant de son consentement.

¹¹³⁶ Cf. M. Henry, « Salaire : le "tout contractuel" fait de la résistance », Dr. Ouv. 2009, p. 316 : « la cause du paiement d'un élément de salaire n'est jamais extérieure au contrat ».

¹¹³⁷ C'est d'ailleurs le principe appliqué pour la définition légale du salaire au sens du droit de la sécurité sociale (C. séc. soc. art. L 242-1 : « Pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, **sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail**, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire ») ou au sens retenu pour l'application du principe d'égalité professionnelle entre Hommes et Femmes (C. trav. art. L 3221-3 : « Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier »).

¹¹³⁸ Comme le relève Monsieur le Professeur Dockès, « lorsqu'un salarié consent, par contrat, à travailler sous la subordination d'autrui moyennant un salaire, il le fait en considération de tous les éléments de rémunération auxquels il a droit (...). Tous les éléments de rémunération sont des contreparties du travail. Ils sont donc, par définition, la cause de l'engagement du salarié » (E. Dockès, *Droit du Travail*, Dalloz, 4^e éd, 2009, p.92).

¹¹³⁹ Comme le relève Madame Millet-Ursin, « Enjeux et mutations en matière de rémunération », JCP S 2010, 1321, « La notion de "salaire protégé", par nature restrictive, a laissé place à la notion de rémunération globale, cette dernière intégrant non seulement la rémunération de base versée en contrepartie du travail mais également tous les accessoires en lien direct avec le travail effectué, auxquels se sont ajoutés des "salaires différés" prenant des formes diverses ». L'auteur précise que le rapport du 13 mai 2009 au Président de la République, intitulé « Partage de la Valeur ajoutée, partage des profits et écarts de rémunération en France », inclut dans la « notion de rémunération (...) tous les versements directs ou indirects aux salariés ».

¹¹⁴⁰ Art. préc. L'auteur ajoute que « contracter, c'est prévoir ; les prévisions du salarié, quant à elles portent d'abord sur ce niveau de revenu ».

¹¹⁴¹ M. Henry, « Salaire : le "tout contractuel" fait de la résistance », Dr. Ouv. 2009 p. 316.



351. Montant global du salaire et consentement de l'employeur. L'employeur, dans sa réflexion portant sur l'opportunité de contracter, se livre à la même appréciation. C'est le montant du salaire considéré dans sa globalité, c'est-à-dire en tenant compte de ses divers éléments et accessoires mais également des cotisations sociales qui seront dues, qui influe sur sa décision de contracter. L'employeur se livre à une appréciation réaliste ; il raisonne en termes de coût, de charge pour l'entreprise en fonction de ses impératifs de rentabilité et de bonne gestion, tout en ayant conscience que, selon les postes, il peut également devoir proposer un salaire d'un montant suffisamment attractif pour intéresser les salariés dotés des compétences ou de l'expérience nécessaires. Le salaire global qu'il arrête, qu'il soit négociable ou non et effectivement négocié ou non, est donc réfléchi ; il n'est pas fixé aléatoirement. L'employeur détermine un coût total¹¹⁴² au-delà duquel il n'est pas prêt à contracter. Le montant du salaire conditionne directement l'expression de son consentement.

352. Le systématique accord de volontés des parties sur le montant global du salaire. Pour chacun des deux contractants, le montant global du salaire, apprécié de manière réaliste, est décisif de son consentement. La rencontre des volontés caractérisant la conclusion du contrat de travail implique donc nécessairement l'accord des parties sur le montant global du salaire. Si le contrat est conclu, c'est que le salaire global a fait l'objet d'un accord (même peu enthousiaste), qu'un certain équilibre a été trouvé entre les attentes financières réciproques des contractants ; si l'une des parties avait refusé de consentir au salaire global fixé, le contrat n'aurait pas pu être conclu. Il n'est pas de contrat de travail sans accord des parties sur le montant global du salaire. Le revenu conçu comme un tout, comme une globalité, est un élément contractuel car objectivement déterminant du consentement de chacune des parties et de leur accord contractuel.

Il ne peut donc jamais se trouver d'éléments de salaire qui ne soient pas « contractuels » ; toute somme ou tout avantage en nature versé au salarié à raison de

¹¹⁴² Et indépendant des sources respectives de chaque élément de rémunération.



l'existence du lien contractuel, même si ce versement est indirect¹¹⁴³ ou même s'il trouve à l'origine son support dans une norme autre que le contrat de travail¹¹⁴⁴, a été pris en compte dans l'expression des consentements et est, par essence, un élément contractuel¹¹⁴⁵ car les parties se sont toujours accordées, au moins implicitement, sur chacun d'entre eux et sur l'ensemble qu'ils forment¹¹⁴⁶. Au demeurant, on ne voit pas comment un élément de salaire pourrait exister hors du contrat dans la mesure où nul ne peut imposer à autrui de recevoir une somme d'argent¹¹⁴⁷, à quelque titre que ce soit. Il n'est pas de salaire hors du contrat¹¹⁴⁸ car il n'est pas de salaire sans acceptation du salarié, sans échange des consentements. Seule la rencontre des volontés fonde juridiquement le paiement.

De même, si un élément de salaire nouveau est institué en cours d'exécution du contrat, un accord de volontés survient nécessairement puisque cet élément nouveau et l'augmentation du salaire global qui en résulte influent sur le consentement des parties, non plus au temps de la conclusion du contrat mais de sa poursuite. Du point de vue de l'employeur, l'augmentation du salaire global peut être motivée par diverses préoccupations de gestion, telles que la volonté de conserver à son service un salarié

¹¹⁴³ L'avantage pour le salarié peut être caractérisé par un paiement de l'employeur à un tiers, par exemple, une mutuelle à qui l'employeur verse la part patronale des cotisations.

¹¹⁴⁴ Sur cette question et la position contraire actuellement retenue par la jurisprudence, voir *infra*, n°368 et s.

¹¹⁴⁵ Cf en ce sens F. Duquesne, « incidence de la nature contractuelle de l'avantage salarial sur le régime juridique de l'usage d'entreprise », JCP E 2000, p. 59, qui considère que « l'avantage salarial a nécessairement une nature contractuelle ». Voir également E. Dockès, « Consécration de la nature contractuelle du salaire », RJS 1998, p. 168 ; M. Henry, art. préc. ; M. Véricel, « La contractualisation des avantages nés de normes d'entreprise atypiques », Dr. Soc. 2000, p. 833. De même, Monsieur le Professeur Lyon-Caen note en ce sens que « tout semble concourir pour faire de la rémunération un élément du contrat » (A. Lyon-Caen, « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », études offertes à J. Pélissier, Dalloz 2004, p. 357 et s.).

¹¹⁴⁶ Cf. G. Couturier, « La rémunération, élément du contrat de travail », Dr. Soc. 1998, p. 523 : « Les parties au contrat sont censées convenir de son [le salaire] montant de base initial, de ses autres éléments constitutifs... ».

¹¹⁴⁷ Même la donation est un contrat ; l'acceptation du donataire est indispensable à ce que l'offre du donateur produise effet. De même, l'acceptation du salarié est indispensable au versement de tout élément de salaire par l'employeur.

¹¹⁴⁸ Cf. en ce sens G. Lyon Caen, *Les salaires*, in, *Traité de Droit du travail*, dir. G-H. Camerlynck, Dalloz, 1967 : « il n'y a pas de salaire hors du contrat de travail et tout contrat de travail implique un salaire, les deux termes étant étroitement corrélatifs ».



ayant d'autres perspectives professionnelles, celle d'instaurer une contrepartie à une tâche ou une compétence nouvelle du salarié... Du point de vue du salarié, s'agissant d'une offre dans son intérêt exclusif, son acceptation est présumée ; de surcroît, l'augmentation du salaire global peut influencer sur ses choix de carrière et le décider à rester dans l'entreprise plutôt que de chercher ou d'accepter un autre emploi. Tout élément de salaire nouveau est donc « contractuel » en ce sens qu'il fait l'objet d'un accord de volontés entre les parties, de sorte qu'il caractérise une modification du contrat de travail.

Sous – section 3. Un accord de volontés sur la structure du salaire

353. La structure (ou le mode) du salaire est également déterminant du consentement de chacune des parties au contrat de travail.

354. *Structure du salaire et consentement du salarié.* La structure du salaire est appréciée par le salarié dans l'expression de son consentement. La répartition du niveau de revenus selon les différents postes de rémunération peut, selon des considérations purement personnelles, être cruciale dans sa décision de contracter même lorsque le niveau global de revenu n'est pas affecté. Outre le niveau global du salaire, sa composition est en elle-même de nature à influencer sur le consentement du salarié. Ainsi, le bénéfice d'un logement de fonction peut être considéré comme préférable à une indemnité censée représenter une valeur équivalente¹¹⁴⁹ ; l'usage par le salarié de son véhicule personnel pour ses déplacements professionnels en contrepartie d'une indemnisation au titre des frais de déplacement, prévue par le contrat de travail, peut être préféré à l'attribution d'un véhicule de fonction¹¹⁵⁰ ; une prime d'ancienneté peut être préférée à une augmentation équivalente du salaire de base¹¹⁵¹, ou inversement¹¹⁵².

¹¹⁴⁹ Cass. Soc. 30 octobre 2000, n°98-44786. En l'espèce, il a été jugé « qu'en entendant substituer au logement de fonction dont la jouissance était prévue au contrat de travail une indemnité égale à 10 % du salaire, l'employeur avait unilatéralement modifié le contrat de travail ». Dans le même sens, Cass. Soc. 14 novembre 2007, n°06-43762.

¹¹⁵⁰ Cass. Soc. 15 février 2006, n°04-44736.

¹¹⁵¹ Cass. Soc. 5 janvier 1999, n°96-44194, Bull. Civ. V, n°2 ; RJS 1999 n°160 ; voir également Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n°06-44437, Bull. Civ. V, n°147 (s'agissant de primes diverses intégrées dans le salaire de



A fortiori, la structure du salaire est particulièrement décisive lorsqu'elle influe ou est susceptible d'influer sur le niveau global du salaire, ce qui est notamment le cas lorsqu'une part variable selon la réalisation d'objectifs est prévue ; le particularisme d'un tel mode de rémunération sera pris en compte par le salarié qui, selon sa personnalité et ses aspirations, pourra y voir une source de motivation professionnelle et une perspective de revenus élevés le poussant à contracter ou, à l'inverse, un risque et une incertitude, sources de stress, le dissuadant de le faire. L'existence ou, à l'inverse, l'absence d'une part variable de salaire constitue un élément contractuel, ce que la Cour de cassation a eu l'occasion de juger¹¹⁵³, parce que sa finalité et ses conséquences sont prises en compte par le salarié qui les confronte à ses exigences pour décider de contracter ou non. Dans le même sens, si une part variable est prévue, son mode de calcul est nécessairement un élément contractuel¹¹⁵⁴ dès lors que c'est lui qui est pris en compte par le salarié pour apprécier la portée et l'intérêt réel de la clause de variation de la rémunération, en termes notamment d'étendue du risque ou de potentialité de gain¹¹⁵⁵.

base suite à la dénonciation de l'accord collectif les ayant instituées. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir jugé que la structure de la rémunération résultant d'un accord collectif dénoncé constitue un avantage individuel acquis) ; Cass. Soc. 28 avril 2011, n°09-71324 ;

¹¹⁵² Cf. Cass. Soc. 11 janvier 2005, n°03-15258 : une prime d'ancienneté avait été intégrée dans le salaire de base de certaines catégorie de salariés seulement ; un syndicat contestait cette intégration qui ne concernait qu'une partie des employés, la majoration du salaire de base ayant pour effet de les avantager par rapport aux autres dans la répartition de l'intéressement, celui-ci étant proportionnel au salaire de base. De même, l'intégration d'une prime dans la rémunération de base présente également un intérêt pour le salarié en cas d'accomplissement d'heures supplémentaires, pour le calcul des majorations de salaire.

¹¹⁵³ Cf. notamment Cass. Soc. 20 juin 2001, n°99-42192, dans une hypothèse où le salaire se composait d'une partie fixe et d'un « intéressement en fonction d'objectifs à réaliser », et où l'employeur prétendait intégrer le second élément dans le premier.

¹¹⁵⁴ En ce sens, Cass. Soc. 9 décembre 1998, n°96-44789, Bull. Civ. V, n°541 ; RJS 1999, n°45 ; Cass. Soc. 16 février 1999, n°96-4503 ; Cass. Soc. 20 mai 2000, n°97-45068, Bull. Civ. V, n°201 ; RJS 2000, n°772 ; Cass. Soc. 12 juillet 2006, n°05-40475 ; Cass. Soc. 12 janvier 2011, n°09-71366 ;

¹¹⁵⁵ Ce principe a connu une illustration étonnante : victime de son succès, une entreprise ne pouvait produire suffisamment pour honorer toutes les commandes reçues. Elle avait en conséquence imposé à ses « commerciaux » un quota d'objectifs à ne pas dépasser, limitant ainsi la rémunération variable. Pour la Cour de cassation, « l'instauration d'un quota maximum non prévu au contrat de travail était de nature à avoir une incidence sur la rémunération du salarié et constituait une modification du contrat de travail » (Cass. Soc. 18 juillet 2000, n°98-41222, Bull. Civ. V, n°288). En plafonnant la rémunération variable, l'employeur avait dénaturé la finalité de la structure de la rémunération, en considération de laquelle avait été donné le consentement du salarié (voir également Cass. Soc. 5 mai 2010, n°07-45409, Bull. Civ. V, n°102, au sujet d'un « plafonnement du potentiel annuel de primes »). Dans le même sens, l'employeur doit s'abstenir de toute décision ou initiative susceptible de dénaturer la finalité de la clause, notamment en réduisant le nombre de produits ou de contrats que le salarié est autorisé à vendre (Cass. Soc. 2 juillet



355. Structure du salaire et consentement de l'employeur. La structure du salaire est également déterminante pour l'employeur.

Tout d'abord, la structure du salaire peut être organisée de manière à « optimiser » les charges sociales et fiscales de l'entreprise en sélectionnant des éléments de salaire bénéficiant d'exonérations. Ainsi, préférer au versement d'une prime annuelle « classique » une participation patronale dans le cadre d'un plan d'épargne d'entreprise¹¹⁵⁶ permet de soustraire les sommes versées¹¹⁵⁷ à toutes cotisations sociales et à toute imposition¹¹⁵⁸. L'employeur a alors un intérêt certain à substituer¹¹⁵⁹ ce second élément de rémunération au premier. Le *mode* de rémunération retenu, indépendamment du *montant* versé au salarié, influe sur la volonté de contracter de l'employeur.

Ensuite, la structure du salaire peut être dictée par la volonté de l'employeur d'utiliser la rémunération comme un moyen de motiver les salariés et d'accroître leurs performances. Dans cette optique, l'employeur pourra attacher une importance particulière à l'institution d'une part de rémunération variable selon la réalisation d'objectifs individuels. Sur le plan collectif, une prime indexée sur les résultats de l'entreprise, ou un régime d'intéressement¹¹⁶⁰ attractif, peuvent être considérés comme des mécanismes potentiellement efficaces.

Enfin, l'employeur peut être attaché à une structure de salaire assurant une certaine attractivité de l'entreprise et une « fidélisation » des salariés. La mise en place de régimes de retraite complémentaire et de prévoyance est un vecteur pour atteindre cet

2008, n°07-40321), ou encore en réduisant le secteur géographique d'intervention du salarié (Cass. Soc. 26 avril 2007, n°05-46016).

¹¹⁵⁶ Régis par les articles L 3332-1 et suivants du code du travail.

¹¹⁵⁷ Plafonnées cependant, d'une part au triple de la contribution du salarié (C. trav. art. L 3332-11), et d'autre part à 8% du plafond annuel de la sécurité sociale (C. trav. art. R 3332-8) c'est à dire en 2012 à 2909 euros.

¹¹⁵⁸ C. trav. art. L 3332-27.

¹¹⁵⁹ Dans le respect du principe de non-substitution qui s'applique aux éléments de salaires versés au cours des douze derniers mois (C. trav. art. L 3332-13).

¹¹⁶⁰ C. trav. art. L 3311-1 et s.



objectif.

La structure du salaire proposée par l'employeur dans le cadre de la conclusion du contrat de travail ne doit donc rien au hasard. Elle présente à ses yeux un avantage au moins potentiel.

356. *Le nécessaire accord de volontés des parties sur la structure du salaire.* Parce qu'elle influe nécessairement sur les consentements respectifs de chacune des parties au contrat de travail, positivement ou au moins négativement (pour ce qu'elle n'est pas, compte-tenu des multiples possibilités), la structure du salaire fait toujours l'objet, lors de la conclusion du contrat de travail, d'un accord de volontés au moins implicite. Les parties s'accordent toujours à son sujet. En ce sens, la structure du salaire est par essence contractuelle¹¹⁶¹.

Section 2. Implications de la nature contractuelle du salaire

357. Objet de l'obligation de l'employeur, le salaire doit être déterminé lors de la conclusion du contrat de travail (Sous-section 1). Au stade de l'exécution du contrat, les prévisions contractuelles s'imposent avec force obligatoire (Sous-section 2).

Sous – section 1. Détermination du salaire

358. S'il est généralement admis que le salaire doit être déterminé¹¹⁶², ce dont résultent

¹¹⁶¹ Cf. En ce sens, P-Y. Verkindt, « Modestes variations sur la rémunération des cadres », JCP S 2011, 1209 : « la rémunération, dans son montant comme dans sa structure, [est] nécessairement un élément du contrat ».

¹¹⁶² Voir notamment E. Dockès qui invoque « l'impératif d'une détermination du salaire » (E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. Soc. 1997, p. 140) ; G. Borenfreund qui se réfère à « l'exigence de déterminabilité » du salaire (G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. Ouv. 1997, p. 514) ; P. Morvan qui considère que « la validité [du contrat de travail] ne se conçoit pas davantage sans la stipulation d'un salaire entièrement déterminé ou déterminable » (P. Morvan, « La détermination de la rémunération variable », JCP S 2008, 1180 ; « Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié », in « La négociation du contrat de travail », dir. B. Teyssié, Dalloz, 2004, coll. thèmes et commentaires, p. 45), ou encore G. Couturier qui écrit que, s'agissant du contrat de travail, « la détermination du prix (c'est-à-dire du salaire)



diverses conséquences (§2), la question du fondement (§1) de l'exigence de détermination peut sembler relativement incertaine.

§1. Fondement de l'exigence de détermination du salaire

359. Article 1129 du code civil. Un premier fondement à l'exigence de détermination du salaire peut être trouvé au sein des dispositions de l'article 1129 du code civil, siège de l'exigence générale de détermination de l'objet des obligations contractuelles¹¹⁶³. Compte-tenu de la position adoptée par la Cour de cassation depuis les arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995¹¹⁶⁴, excluant l'exigence de détermination s'agissant du prix¹¹⁶⁵ et ne faisant donc plus de son indétermination une cause de nullité du contrat, retenir ce fondement suppose de considérer que le salaire n'est pas assimilable au « prix ». Une telle distinction conduit à retenir de la notion de « prix » une acception qui peut être considérée comme assez restrictive¹¹⁶⁶ mais qui n'est pas exclue, notamment si l'on se réfère à la définition de Monsieur le Professeur Cornu qui rappelle que c'est uniquement par extension que le prix peut s'entendre de « la rémunération de certains services », la notion de prix au sens strict étant spécifique à la vente et devant se définir comme une « somme d'argent due par l'acquéreur au vendeur »¹¹⁶⁷.

360. Dispositions spécifiques. Au-delà, le fondement de l'exigence de détermination peut être recherché dans des dispositions spécifiques au contrat de travail¹¹⁶⁸. Si la directive communautaire du 14 octobre 1991 édicte clairement une telle exigence de

[est] indispensable » (G. Couturier, « La rémunération, élément du contrat de travail », Dr. Soc. 1998, p. 523).

¹¹⁶³ En ce sens, P. Morvan (art. préc) considère que l'article 1129 du code civil s'applique au contrat de travail et fonde, notamment, la nullité des clauses de variation de la rémunération attribuant un pouvoir discrétionnaire à l'employeur.

¹¹⁶⁴ Cass. Soc. 1^{er} décembre 1995, n°91-15578, 91-15999, 91-15653, 91-15688, Bull. A.P n°7, 8, 9 ; JCP G 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; JCP E 1996, II, 776, note L. Leveneur ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. Mestre ; D. 1996, Jur. 13, note L. Aynès.

¹¹⁶⁵ « L'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix » (4^e arrêt).

¹¹⁶⁶ En ce sens, E. Dockès, art. préc.

¹¹⁶⁷ G. Cornu, Vocabulaire Juridique, PUF, 2007.

¹¹⁶⁸ Ce fondement a également été cherché dans « la construction jurisprudentielle relative à l'objectivation du contrat de travail » (T. Katz, « La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge », Dr. Ouv. 2005, p. 151).



détermination en faisant du « montant de base initial [de la rémunération] » et de ses « autres éléments constitutifs » l'un des « éléments essentiels de la relation de travail [que] l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur », cette règle n'a jamais été transposée en droit interne¹¹⁶⁹ et n'est donc pas directement invocable à l'encontre de l'employeur¹¹⁷⁰ pour imposer la détermination du salaire.

En droit interne, il peut en premier lieu être considéré qu'en exigeant le respect d'un salaire minimum¹¹⁷¹, le Code du travail impose implicitement mais nécessairement la détermination du salaire puisque s'assurer du respect des dispositions légales relatives au salaire minimum ne peut se faire qu'en ayant connaissance du salaire effectivement prévu. Mais ce fondement est incertain car il peut être objecté que, dans la mesure où ces dispositions légales ne font qu'imposer le respect d'un minimum sans fixer de maximum, elles ne proscrivent pas en elles-mêmes l'indétermination du salaire, dans sa fraction supérieure au minimum légal.

En second lieu, il a été démontré par Monsieur le Professeur Dockès¹¹⁷² que l'article L 1331-2 du Code du travail¹¹⁷³ fondait également l'exigence de détermination du salaire. En prohibant les amendes et sanctions pécuniaires, ce texte s'oppose aux réductions du salaire décidées unilatéralement par l'employeur sous couvert de sanctions disciplinaires ; a fortiori, il s'oppose également aux variations du salaire non consécutives à une faute. C'est ainsi une stabilité -donc une prévisibilité- du salaire qui est garantie, ce qui rejoint la finalité de l'exigence de détermination.

¹¹⁶⁹ Sur cette question et sur la portée du décret n°94-761 du 31 août 1994 portant prétendument transposition de la directive, voir supra, n°401.

¹¹⁷⁰ Si le Conseil d'Etat a finalement renoncé à l'ancienne jurisprudence dite Cohn-Bendit, l'effet direct reconnu aux dispositions précises et inconditionnelles d'une directive depuis l'arrêt du 30 octobre 2009 (n°298348, Madame Perreux, JCP S 2009, 1569, note J. Cavallini ; Droit Fiscal 2010, n°10, comm. 219, obs. M. Guichard et R. Grau) n'est que vertical ; il n'est pas invocable à l'encontre d'un particulier.

¹¹⁷¹ Au sein d'un titre (titre 3 du livre 2 de la partie 3) intitulé « Détermination du salaire » .

¹¹⁷² « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », art. préc.

¹¹⁷³ C. trav. art. L 1331-2 : « Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite ».



§2. Conséquences de l'exigence de détermination du salaire

361. Composition et montant global du salaire. L'exigence de détermination applicable au salaire emporte de multiples implications. Tant le salaire de base que ses divers compléments et accessoires¹¹⁷⁴ doivent être prévus et chiffrés ou objectivement chiffrables. Lorsqu'il contracte, le salarié doit avoir une pleine connaissance de la contrepartie globale de la prestation subordonnée de travail à laquelle il s'engage et de la composition de cette contrepartie. Le contrat de travail ne saurait se borner à rendre obligatoire le principe d'une rémunération tout en laissant à l'employeur le soin de fixer ensuite librement, en cours d'exécution du contrat, le montant de cette rémunération¹¹⁷⁵ : la potestativité caractériserait l'indétermination¹¹⁷⁶.

362. Part variable de la rémunération. De plus, si le principe d'une part variable est admis, par exception au principe de nullité des clauses de variation¹¹⁷⁷, c'est à la condition que la variation soit organisée sur la base d'éléments objectifs et indépendants de la volonté de l'employeur¹¹⁷⁸ d'une part, et préalablement convenus entre les parties¹¹⁷⁹ d'autre part. Le salarié doit avoir connaissance des éléments objectifs dont

¹¹⁷⁴ Sur la diversité de ces compléments et accessoires, voir supra, n°350.

¹¹⁷⁵ Il reviendrait probablement au juge de fixer le montant du salaire. La Cour de cassation reconnaît parfois ce pouvoir au juge, notamment dans l'hypothèse où le montant du salaire ne résulte pas du contrat de travail mais d'un usage ou d'un engagement unilatéral : en cas de dénonciation de l'usage, l'employeur ne peut pas « fixer unilatéralement le salaire, qui doit résulter d'un accord contractuel, à défaut de quoi il incombe au juge de se prononcer » (Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°95-44290, Bull. Civ. V n°435, RJS 12/1998 n°1448 ; Dr. Soc. 1998 p. 878, obs. Couturier ; D. 1999, 525, obs. F. Jault-Seseke et M. Moreau). Voir infra, n°385.

¹¹⁷⁶ Cf. P. Morvan, « La détermination de la rémunération variable, art. préc., qui assimile le « prix indéterminable » au « prix déterminé de façon unilatérale et discrétionnaire, après la formation du contrat, par l'une des parties ».

¹¹⁷⁷ Sur le principe de nullité des clauses de variation, voir supra, n°298 et s.

¹¹⁷⁸ Cass. Soc. 2 juillet 2002, n°00-13111, Bull. Civ. V, n°229 ; RJS 2002, n°1076 ; Dr. Soc. 2002, p. 998, obs. C. Radé ; D. 2003, somm. p. 391 obs. V. Wauquier ; Dr. Ouv. 2005, p. 157 ; GADT 4^e ed, 2008 ; Cass. Soc. 4 mars 2003, n°01-41864 ; Cass. Soc. 20 avril 2005, n°03-43696.

¹¹⁷⁹ Cass. Soc. 5 juin 2008, n°07-41186, approuvant une Cour d'appel d'avoir dit justifiée la prise d'acte de la rupture effectuée par le salarié qui reprochait à l'employeur d'avoir modifié la partie variable de sa rémunération, dont le contrat de travail prévoyait qu'elle devait être « calculée conformément au plan de rémunération arrêté pour chaque exercice par la direction commerciale » : dans la mesure où « la clause litigieuse faisait dépendre la variation de la rémunération du salarié d'éléments dépendant de la seule volonté de l'employeur et **non d'éléments préalablement convenus** », elle ne permettait pas à l'employeur de modifier la rémunération, même sous couvert d'une modification du « plan de



dépend la part variable de sa rémunération. Ces éléments s'entendent d'abord de ceux dont dépend *l'ouverture* du droit à rémunération variable ; l'employeur ne peut se réserver une faculté discrétionnaire d'attribution ou de refus d'attribution de la part variable¹¹⁸⁰. Ils s'entendent ensuite de ceux conditionnant le *montant* de la part variable ; le contrat ne peut se borner à instituer un droit non conditionnel à une part variable de rémunération sans énoncer les modalités de calcul de cette part variable¹¹⁸¹. Au stade de la conclusion du contrat de travail, la connaissance de ces éléments permet de rendre la rémunération déterminable : au stade de l'exécution du contrat, elle permet au salarié de s'assurer de l'exactitude de la part variable calculée¹¹⁸².

363. Frais professionnels. Par ailleurs, la parfaite connaissance par le salarié de son salaire entendu comme le niveau global des revenus tirés du contrat de travail suppose que celui-ci ne soit pas réduit au titre de frais professionnels imprévus ; ils doivent être intégralement remboursés par l'employeur afin que soit préservée l'intégrité du salaire considéré dans sa globalité. Or, s'il est de jurisprudence constante que les frais engagés par le salarié pour l'exécution de ses fonctions (et dans l'intérêt de l'employeur, comme

rémunération ». Dans le même sens, Cass. Soc. 3 juin 2009, n°07-43778, s'agissant d'une « commission sur "objectif atteint selon la capacité [du salarié] à occuper pleinement son poste" ».

¹¹⁸⁰ Si la réunion des critères d'obtention dépend du seul employeur, la condition est potestative et donc nulle, et la part variable est acquise au salarié.

¹¹⁸¹ En présence d'une telle clause, la Cour de cassation juge « qu'à défaut d'accord entre l'employeur et le salarié sur le montant de la rémunération, il incombe au juge de **déterminer** cette rémunération » : Cass. Soc. 22 mai 1995, n°91-41584, Bull. Civ. V, n°161 ; RJS 1995, n°784 ; Dr. Soc. 1995, p. 668 ; GADT 4^e ed., 2008, censurant l'arrêt ayant rejeté la demande de rappel de prime formée par le salarié au motif que la prime devait être déterminée par accord des parties ; Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°96-40908, Bull. Civ. V, n°436, approuvant une cour d'appel d'avoir jugé fautive la réduction de la rémunération variable opérée par l'employeur, peu important que la clause l'instituant ait prévu que « le taux et les modalités de calcul sont définies chaque année par note émanant de la direction commerciale » ; Cass. Soc. 4 juin 2009 n°07-43198, Bull. Civ. V, n°145 ; Dr. Ouv. 2009, p. 517, note M. Sabaté, approuvant une Cour d'appel d'avoir fixé le montant d'une « prime de performance » prévue expressément par le contrat sans précision relative au critère ni modalités (la clause était ainsi rédigée : « compte-tenu de votre fonction, vous bénéficierez de la prime de performance au titre du système de rémunération en vigueur au sein de la banque »).

¹¹⁸² En conséquence, commet une faute justifiant la prise d'acte du salarié l'employeur qui ne lui communique pas les bases de calcul lui permettant de « vérifier la justesse de [sa] rémunération » (Cass. Soc. 18 juin 2008, n°07-41910). Dans le même sens, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir jugé que l'employeur qui n'a pas porté à la connaissance des salariés les objectifs dont l'atteinte conditionnait l'attribution de la part variable, est tenu au paiement des primes d'un montant égal à celles versées les années précédentes (Cass. Soc. 14 octobre 2009, n°07-44965 : « faute par l'employeur d'avoir fixé, au titre d'un engagement unilatéral, des conditions de calcul vérifiables, aucune diminution de la part variable ne pouvait être décidée »).



le précisent certains arrêts, ce qui semble renvoyer à l'absence d'abus) sont à la charge de l'employeur¹¹⁸³, il est également admis par la Cour de cassation que le remboursement des frais réels puisse être remplacé par une indemnisation forfaitaire prévue par le contrat¹¹⁸⁴. Le principe est régulièrement rappelé : « *il est de principe que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui était due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite reste au moins égale au SMIC ou salaire conventionnel minimum* »¹¹⁸⁵. Pourtant, un tel forfait expose le salarié au risque que les frais réellement engagés, qu'il ne peut pas exactement évaluer lors de la conclusion du contrat et qu'il ne découvrira que lors de son exécution, ne lui soient pas intégralement remboursés. Si une identification de la nature des frais couverts peut être considérée comme indispensable, de sorte que le salarié conserve son droit à remboursement des frais professionnels « imprévisibles »¹¹⁸⁶ (par exemple, forfait de remboursement pour les frais de déplacement uniquement et remboursement « au réel » des autres types de frais), pour

¹¹⁸³ Cass. Soc. 25 février 1998, n°95-44096, Bull. Civ. V, n°106, se référant au principe selon lequel « les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés sans qu'ils ne puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due » ; Cf. également Cass. Soc. 9 janvier 2001, n°98-44833, Bull. Civ. V, n°1, visant la « règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur » pour casser l'arrêt ayant débouté le salarié de sa demande de remboursement de frais que l'employeur refusait de verser en application de la clause du contrat de travail qui les laissait à la charge du salarié. Le visa a été réutilisé par la suite : voir notamment Cass. Soc. 15 juin 2005, n°03-44936 ; Cass. Soc. 15 novembre 2006, n°04-48689 ; Cass. Soc. 26 novembre 2008, n°07-40869 ; Cass. Soc. 25 mars 2010, n°08-43156, Bull. Civ. V, n°76, JCP S 2010, 1329, note B. Bossu.

¹¹⁸⁴ L'indemnisation forfaitaire est également envisagée par l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels.

¹¹⁸⁵ Cass. Soc. 25 février 1998, préc. ; Cass. Soc. 6 juin 2001, n°99-41093 ; Cass. Soc. 24 octobre 2001, n°99-45068 ; Cass. Soc. 6 mai 2002, n°00-41992 ; Cass. Soc. 5 juin 2002, n°00-42224 ; Cass. Soc. 10 novembre 2004, n°02-41881, Bull. Civ. V, n°282 ; Cass. Soc. 15 juin 2005, préc. ; Cass. Soc. 15 novembre 2006, préc. ; Cass. Soc. 13 février 2007, n°04-45389 ; Cass. Soc. 26 novembre 2008, n°07-40869 ; Cass. Soc. 27 mai 2009, n°07-42227 ; Cass. Soc. 16 septembre 2009, n°07-42834 ; Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°07-44477, Bull. Civ. V, n°204, JCP S 2009, 1558, note L. Drai ; Cass. Soc. 25 mars 2010, préc. ; Cass. Soc. 5 mai 2010, n°08-44403.

¹¹⁸⁶ Monsieur le Professeur Mouly considère que le forfait ne peut concerner que « les dépenses prévisibles et habituelles pour l'activité en cause » (Dr. Soc. 2001, p. 442). Monsieur le Professeur Bossu considère que, « en conséquence, le salarié ne devrait pas être empêché de faire une demande de remboursement suite à une dépense exceptionnelle qui n'avait pas été envisagée par les parties » (JCP S 2010, 1329).



autant, l'incertitude entourant le quantum des frais couverts par le forfait, qui est de l'essence même de la mécanique du forfait, est préjudiciable au salarié. Une part de frais « excédentaires » pourrait venir en déduction de la rémunération, ce que la Cour de cassation semble admettre puisque la seule réserve émise tient à ce que la rémunération ne soit pas réduite en deçà des minima légal et conventionnel ; mais dans le respect de ces minima, la réduction n'est pas exclue. Le montant de la rémunération effectivement perçue serait alors variable, donc, en l'absence de critères objectifs de variation, non déterminable au stade de la conclusion du contrat de travail.

Certes, la Cour n'a, semble-t-il, jamais eu l'occasion d'appliquer le principe pour limiter un remboursement de frais au montant prévu par un forfait contractuel ; elle l'a toujours évoqué dans des cas où l'employeur prétendait priver le salarié de tout remboursement, en invoquant généralement, soit une clause du contrat laissant les frais à la charge du salarié (clause nulle¹¹⁸⁷), soit, au contraire, l'absence de clause contractuelle voire conventionnelle prévoyant leur remboursement au salarié (absence indifférente¹¹⁸⁸). Plusieurs fois, elle s'est prononcée dans un cas où un forfait avait été prévu, mais celui-ci a été écarté comme ayant pour effet de réduire la rémunération en deçà du salaire minimum¹¹⁸⁹. Pour autant, le principe énoncé, et si fréquemment rappelé¹¹⁹⁰, ne peut qu'avoir vocation à être appliqué. C'est peut-être en ce sens qu'il a été récemment précisé que « l'employeur ne peut fixer **unilatéralement** les conditions de prise en charge des frais professionnels en deçà de leur coût réel »¹¹⁹¹. Faut-il comprendre que pour la Cour, a contrario, le contrat de travail le peut ? Le forfait contractuel pourrait plafonner le remboursement dû par l'employeur, peu important que le montant des frais effectivement à la charge du salarié soit supérieur à ce plafond¹¹⁹². Une telle conclusion, qui paraît probable, instaurerait une incohérence dans le régime des frais professionnels : une clause du contrat de travail serait impuissante à *exclure* le

¹¹⁸⁷ Cass. Soc. 24 octobre 2001, préc. ; Cass. Soc. 27 mai 2009, préc. ;

¹¹⁸⁸ Cass. Soc. 10 novembre 2004, préc. ; Cass. Soc. 26 novembre 2008, préc.

¹¹⁸⁹ Cass. Soc. 6 juin 2001, préc. ; Cass. Soc. 2 mars 2011, n°08-43609

¹¹⁹⁰ Supra

¹¹⁹¹ Cass. Soc. 23 septembre 2009, préc.

¹¹⁹² Cf. en ce sens Cass. Soc. 16 juin 2011, n°10-14727.



remboursement des frais mais serait recevable à le *plafonner* à un montant inférieur au montant réellement dépensé. Il en résulterait une atteinte difficilement justifiable à l'exigence de détermination du salaire.

Cette position est d'autant plus étonnante qu'elle réintroduit une indétermination du salaire que, précisément, la Cour affirme vouloir interdire. Ainsi, dans une décision par laquelle elle approuvait une Cour d'appel d'avoir dit nulle la clause du contrat de travail laissant au salarié la charge de ses frais professionnels, la Cour de cassation a relevé que les « *frais litigieux étaient d'un montant variable* », pour préciser que « *le contrat de travail ne pouvait, dans des conditions indéterminées, [les] faire supporter aux salariés* »¹¹⁹³. Or, le mécanisme du forfait aboutit au même résultat dès lors que le montant réel des frais n'est pas connu avec précision lors de la conclusion du contrat.

Dangereux pour le salarié¹¹⁹⁴, le forfait de remboursement de frais professionnels est illicite au regard de l'article 1129 du Code civil. Il serait souhaitable que sa nullité soit reconnue et que seul le remboursement réel de l'ensemble des frais engagés soit admis.

Sous – section 2. Intangibilité du salaire

364. Principe d'intangibilité. En tant qu'obligation contractuelle de l'employeur, le versement du salaire s'impose, conformément aux dispositions de l'article 1134 du code civil, et cette obligation ne peut être modifiée unilatéralement. La Cour de cassation l'a fermement rappelé en énonçant, à deux mois d'intervalle, que « *le mode de rémunération* » puis « *la rémunération* », « *du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord* »¹¹⁹⁵. Le salarié est donc en droit de s'opposer à toute modification que prétendrait lui imposer l'employeur, que celle-ci

¹¹⁹³ Cass. Soc. 16 septembre 2009, n°07-42834.

¹¹⁹⁴ En ce sens, J. Mouly, Dr. Soc. 2001, p. 442 : « on peut se demander s'il n'aurait pas été préférable de condamner purement et simplement le forfait de frais professionnels qui, en réalité, n'est pas sans présenter des dangers pour le salarié ».

¹¹⁹⁵ Cass. Soc. 28 janvier 1998, n°95-40275, Bull. Civ. V, n°40 ; RJS 1998, n°274, obs. E. Dockès ; Dr. Soc. 1998, p. 528, obs. G. Couturier ; Cass. Soc. 3 mars 1998, n°95-43274, Bull. Civ. V, n°109, RJS 1998, n°417 ; Dr. Soc. 1998, p. 529, obs. G. Couturier ; Cass. Soc. 29 janvier 2003, n°00-45134, RJS 2003, n°414.



concerne le salaire « de base »¹¹⁹⁶, le « taux horaire »¹¹⁹⁷, une prime ou indemnité¹¹⁹⁸, la structure du salaire¹¹⁹⁹ ou encore la partie variable du salaire¹²⁰⁰ et ses modalités de calcul¹²⁰¹.

365. Application stricte du principe d'intangibilité. La règle de l'intangibilité du salaire est d'application stricte ; la jurisprudence a eu l'occasion d'écarter un certain nombre d'arguments invoqués par les employeurs pour tenter de justifier qu'il y soit dérogé. Il a en premier lieu été jugé que la circonstance que la modification imposée par l'employeur soit minime est indifférente. La Cour de cassation a ainsi cassé la décision d'une Cour d'appel qui avait jugé, s'agissant d'une modification unilatérale par l'employeur du taux de commissionnement appliqué à certaines ventes particulières, marginales au regard de l'ensemble des ventes réalisées par le salarié, que cette modification n'était pas suffisamment importante pour justifier la rupture du contrat de

¹¹⁹⁶ Cass. Soc. 3 mars 1998, préc., s'agissant d'une diminution « directe » du salaire ; Cass. Soc. 3 juillet 2001, n° 99-42761, Bull. Civ. V, n°242 ; RJS 2001, n°1112, s'agissant d'un maintien du salaire à l'identique malgré l'augmentation du « coefficient hiérarchique » du salarié, en raison de la diminution concomitante de son « coefficient individuel » par l'employeur ; Cass. Soc. 10 mai 2006, n°04-45221.

¹¹⁹⁷ Cass. Soc. 3 juillet 2001, n°99-40641, Bull. Civ. V, n°246 ; Cass. Soc. 22 mai 2002, n°01-41062.

¹¹⁹⁸ Cass. Soc. 27 juin 2000, n°97-45412, s'agissant de la suppression d'une prime fixe ; Cass. Soc. 11 décembre 2002, n°00-46649, relatif à la suppression d'une prime fixe dite « de sectorisation » Cass. Soc. 24 mars 2010, n° 08-43174, s'agissant de la suppression d'une « indemnité de remplacement ».

¹¹⁹⁹ Cass. Soc. 20 juin 2001, n°99-42192, s'agissant de l'intégration d'une prime variable dans le salaire de base ; Cass. Soc. 30 octobre 2000, n°98-44786, s'agissant de la substitution d'une indemnité à un avantage en nature (logement de fonction) ; Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n°07-40799 et n°06-44437, Bull. Civ. V, n°147, s'agissant de l'intégration de différentes primes (dites « de durée d'expérience », « de vacances », et « familiale ») dans le salaire de base.

¹²⁰⁰ L'employeur ne peut ni la supprimer, ni la modifier. Le plus souvent, le contentieux naît de ce qu'une directive de l'employeur a pour effet indirect de réduire, voire de supprimer la partie variable (cf. Cass. Soc. 1^{er} décembre 2009, n°08-42636, s'agissant d'une disparition progressive de la partie variable par réduction des produits en constituant l'assiette de calcul ; Cass. Soc. 26 avril 2007, n°05-46016, s'agissant de la réduction du périmètre géographique d'intervention du salarié, ayant pour effet de réduire ses ventes et donc la partie variable de son salaire ; Cass. Soc. 2 juillet 2008 n°07-40321, s'agissant d'une réduction de la partie variable liée à l'interdiction faite au salarié de proposer certains contrats commerciaux ; Cass. Soc. 18 octobre 2006, s'agissant d'une décision de l'employeur de modifier les modalités de ventes des produits, par interdiction de la pratique des remises, ayant eu un impact sur le chiffre d'affaire réalisé par le salarié ; Cass. Soc. 18 juillet 2000, n°98-41222, Bull. Civ. V, n° 288, s'agissant de l'instauration d'un quota de ventes à ne pas dépasser, plafonnant la partie variable).

¹²⁰¹ Cass. Soc. 28 janvier 1998, préc., s'agissant des taux de commissionnement et de leur assiette ; Cass. Soc. 19 mai 1998, n°96-41573, Bull. Civ. V, n°265, Dr. Soc. 1998, 885, obs. G. Couturier, dans une situation similaire ; Cass. Soc. 30 mai 2000, n°97-45068 et n°98-44016, Bull. Civ. V, n°201, RJS 2000, n°77 ; D 2001, somm, 738, obs. P. Lokiec s'agissant des « bases de rémunération » ; Cass. Soc. 15 décembre 2009, n°08-44563, s'agissant d'une réduction unilatérale des taux ; cf. également Cass. Soc. 9 décembre 1998, n°96-44789, Bull. Civ. V, n°541 ; RJS 1999, n°45 ; Cass. Soc. 16 février 1999, n°96-45013, RJS 1999, n°475.



travail aux torts de l'employeur. Ce raisonnement, qui se fondait sur l'ancienne distinction entre modifications substantielles et non substantielles du contrat de travail, a été censuré par la Cour de cassation en des termes clairs : « *la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord : il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat* »¹²⁰². Le principe ainsi posé semblait d'ailleurs aller de soi : l'importance ou la portée (réelle ou supposée) de la modification imposée est indifférente car le principe même de la modification unilatérale est exclu par le droit contractuel.

Dans le même sens, la modification du salaire, spécialement de sa structure ou des modalités de calcul de la partie variable, ne peut pas être justifiée parce qu'il est allégué ou même démontré par l'employeur que le nouveau mode de calcul serait potentiellement ou effectivement plus favorable (financièrement) au salarié que l'ancien. La Cour de cassation le juge de manière constante¹²⁰³. Tant la structure du salaire que les modalités de calcul de la part variable ont influé sur le consentement du salarié lors de la conclusion du contrat de travail¹²⁰⁴ ; pour cette raison, elles ont force obligatoire lors de son exécution. Le salarié tire du contrat conclu un droit personnel au

¹²⁰² Cass. Soc. 19 mai 1998, n°96-41573, Bull. Civ. V, n°265 ; Dr. Soc. 1998, 885 obs. G. Couturier. Le principe a été réaffirmé : cf. Cass. Soc. 14 avril 1999, n°97-40096 ; Cass. Soc. 26 octobre 1999, n°97-43096 ; Cass. Soc. 27 juin 2000, préc. ; Cass. Soc. 18 octobre 2006, n°05-41643 ; Cass. Soc. 15 novembre 2006, n°04-44910, précisant, s'agissant du mode de rémunération que « peu importe que l'employeur prétende que le nouveau mode n'aura que des conséquences mineures sur son montant ».

¹²⁰³ Cass. Soc. 28 janvier 1998, préc. : « Le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux ». Voir également Cass. Soc. 19 mai 1998, préc. ; Cass. Soc. 12 janvier 2000, n°97-45682 (modification du système de commissionnement) ; Cass. Soc. 19 janvier 2000, n°97-44478 (modification du système de commissionnement) ; Cass. Soc. 3 juillet 2001, n°99-42761 (modification du coefficient de calcul du salaire de base) ; Cass. Soc. 24 septembre 2003, n°01-43090 (modification des bases de calcul de la rémunération variable) ; Cass. Soc. 12 juillet 2006, n°05-40475 (modification du système de rémunération variable) ; Cass. Soc. 4 avril 2007, n°05-45409 (diminution de la partie fixe du salaire compensée par une augmentation de la partie variable) ; Cass. Soc. 5 mai 2010, n°07-45409 (la circonstance qu'il « était assuré [au salarié] une rémunération qui, partie fixe et partie variable cumulées, était supérieure à l'ancienne », est indifférente), Bull. Civ. V, n°102 ; Cass. Soc. 12 janvier 2011, n°09-71366 (modification des taux de commissionnement avec création de taux intermédiaires) ; Cass. Soc. 28 avril 2011, n°09-71324 (prime d'ancienneté intégrée au salaire, ce qui en permettait l'indexation) ; Cass. Soc. 18 mai 2011, n°09-69175 (augmentation du salaire de base et diminution du taux des primes).

¹²⁰⁴ Voir supra, n°354.



refus de leur modification par l'employeur, droit dont il apprécie seul l'opportunité de l'utilisation, en fonction de considérations purement subjectives ; l'employeur ne peut se substituer à lui ou « l'assister » dans cette appréciation¹²⁰⁵.

Par ailleurs, il a dû être confirmé que la modification unilatérale du salaire ne devient pas possible au motif que les relations contractuelles touchent à leur fin. Ni la circonstance que la rupture a été notifiée et que le préavis est en cours¹²⁰⁶ même si le salarié est dispensé de son exécution¹²⁰⁷, ni la circonstance qu'une demande de résiliation judiciaire a été formée, témoignant de l'intention du salarié de quitter l'entreprise¹²⁰⁸, ne justifient qu'il soit dérogé à la force obligatoire des stipulations contractuelles. La modification du salaire suppose l'accord des parties et, en l'imposant, l'employeur commet une faute contractuelle. Ce principe vaut tout au long de la vie du contrat ; il perdure au cours de ses dernières heures d'existence. La cessation imminente et inéluctable du contrat ne justifie pas qu'il y soit porté atteinte.

Enfin, la modification du salaire ne peut pas plus être imposée au salarié lorsque l'employeur invoque une norme censée l'habiliter à procéder à une telle modification. Ainsi, l'employeur ne peut justifier la modification unilatérale du salaire en se fondant sur une clause du contrat l'y autorisant par avance. Une clause de variation ne peut

¹²⁰⁵ Comp. l'impossibilité pour l'employeur d'imposer au salarié une modification de la nature de sa prestation de travail, même représentant une promotion professionnelle : voir supra, n°102.

¹²⁰⁶ Cass. Soc. 9 décembre 1998, n°96-44789, Bull. Civ. V, n°541 ; RJS 1999, n°45, relatif à une modification du mode de calcul de la part variable en cours de préavis.

¹²⁰⁷ Cass. Soc. 8 mars 2000, n°99-43091, Bull. Civ. V, n°92, s'agissant du retrait du véhicule de fonction pendant la période de préavis non exécuté. Pour la Cour de cassation, « la dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant le délai-congé, que celui-ci fasse suite à une démission ou un licenciement, ne doit entraîner jusqu'à l'expiration de ce délai aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail ». En conséquence, « le salarié dispensé de l'exécution de son préavis n'était pas tenu de restituer l'avantage en nature constitué par la mise à sa disposition d'un véhicule de fonction pour un usage professionnel et personnel, qui correspondait à l'application normale de son contrat de travail ».

¹²⁰⁸ Cass. Soc. 24 mars 2010, n°08-43996, Bull. Civ. V, n°71. En l'espèce, après que la salariée avait formé une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail en raison de fautes reprochées à son employeur, celui-ci avait réduit le taux de commissionnement et retiré le véhicule de fonction mis à disposition pour un usage professionnel et personnel. Pour la Cour de cassation, « même si [la salariée] avait exprimé l'intention de quitter l'entreprise, l'employeur n'était pas autorisé à s'exonérer du respect des dispositions légales et contractuelles en matière de rémunération ».



valablement habiliter l'employeur à modifier le salaire sans l'accord du salarié¹²⁰⁹. La Cour de cassation l'affirme régulièrement¹²¹⁰. Dans le même sens, il est acquis que la modification du salaire ne s'impose pas au salarié parce qu'elle est la conséquence de l'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord collectif ; il est de principe qu' « *un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié* »¹²¹¹, notamment s'agissant du salaire, sous réserve du régime applicable à la modification et à la dénonciation des accords collectifs¹²¹².

366. Mais, dans le même temps qu'elle garantit l'intangibilité du salaire, la Cour de cassation admet une nuance très importante à la règle, liée à la diversité des sources du salaire et à leur autonomie proclamée : il est en effet admis que le salaire soit unilatéralement modifié dès lors que la modification touche un élément non institué par le contrat en tant qu'*instrumentum*, mais institué par une norme collective¹²¹³.

¹²⁰⁹ Seules les clauses instituant une part variable de rémunération, selon des critères objectifs et indépendants de la volonté de l'employeur, sont admises : voir *supra*, n°362.

¹²¹⁰ Cf. notamment Cass. Soc. 30 mai 2000, n°97-45068 et 98-44016, Bull. Civ. V, n°206 (nullité d'une clause prévoyant que les « commissions sur ventes et primes d'objectifs » seraient « calculées selon un plan de rémunération susceptible d'être adapté en fonction de l'évolution du marché et des produits de la marque ». Pour la Cour de cassation, « une clause du contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle d'un salarié ») ; Cass. Soc. 3 juillet 2001, n°99-42761, Bull. Civ. V n°242 ; RJS 2001, n°1112 (nullité d'une clause habilitant l'employeur à fixer un « coefficient individuel » influant sur le salaire) ; Cass. Soc. 11 décembre 2002, n°00-46649 (s'agissant d'une prime dont le contrat de travail précisait qu'elle était « révisable et que son principe et son montant devaient être redéfinis annuellement "en fonction des résultats obtenus" », ce dont l'employeur déduisait qu'il était autorisé « à modifier ou à supprimer unilatéralement la prime litigieuse ») ; Cass. Soc. 5 juin 2008, n°07-41186 (la clause instituant une « partie variable calculée conformément au plan de rémunération arrêté pour chaque exercice par la direction commerciale » institue une variation « dépendant de la seule volonté de l'employeur » et est donc nulle).

¹²¹¹ Cass. Soc. 13 novembre 2001, n°99-42978, Bull. Civ. V, n°340 ; RJS 2001, n°1111 ; Cass. Soc. 25 février 2003, n°01-40588, Bull. Civ. V, n°64 ; RJS 2003, n°567 ; Le principe, sans être énoncé aussi clairement, avait déjà été appliqué : Cass. Soc. 27 janvier 1999, n°96-43342, Bull. Civ. V, n°43 ; Cass. Soc. 27 mars 2001, n°99-40068, Bull. Civ. V n°109.

¹²¹² Voir *infra*, n°374 et s.

¹²¹³ *Infra*, n°372 et s.



Chapitre 2. Les atteintes au caractère nécessairement contractuel du salaire

367. Les sources du salaire sont diverses (Section 1), et cette diversité est génératrice de distorsions entre, d'une part, la stabilité des éléments de salaire mentionnés dans le support du contrat et, d'autre part, la précarité jurisprudentiellement affirmée des éléments issus de sources collectives, qui trompe les attentes légitimes du salarié (Section 2).

Section 1. Présence d'éléments de salaire issus de sources collectives

368. **Identification des sources de la rémunération.** La nature contractuelle du salaire et de tous ses éléments¹²¹⁴ aurait pu aboutir à reconnaître le contrat de travail comme source unique du salaire, à l'exclusion des normes collectives. Le rôle de ces dernières aurait été cantonné à *l'encadrement* des stipulations contractuelles par la fixation de minima, à l'exclusion de *l'institution* du salaire, de son montant ou de ses accessoires, laquelle n'aurait relevé que du seul contrat. Il y aurait ainsi eu concordance entre la nature et la source du salaire. Tout au contraire, le droit positif reconnaît aux normes collectives, aussi bien négociées (conventions et accords collectifs de travail) qu'unilatérales (usages et engagements unilatéraux de l'employeur), la légitimité pour créer divers éléments de salaires (primes, augmentation de salaire, régime de couverture santé...), voire pour constituer l'unique source du salaire « de base ». La Cour de cassation a en effet eu l'occasion d'énoncer que « *la rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail sous réserve, d'une part, du*

¹²¹⁴ Voir supra, n°346 et s.



SMIC et, d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur », tout en envisageant la situation dans laquelle « *la rémunération du salarié résulterait en totalité d'un accord collectif* » ou encore « *exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur* »¹²¹⁵.

369. En principe : l'articulation des sources de la rémunération autour de la distinction entre source et nature du salaire. Cette diversité de ses sources n'est pas en soi nécessairement antinomique avec la nature contractuelle du salaire. Il suffit de reconnaître que, bien qu'institué initialement par une norme collective, l'élément de salaire fait toujours l'objet d'un accord de volontés¹²¹⁶ des parties et s'incorpore de plein droit au contrat de travail¹²¹⁷. La nature contractuelle du salaire serait ainsi préservée, peu important sa source juridique¹²¹⁸ et nonobstant la faiblesse du contrat de travail en tant qu'*instrumentum*, puisqu'en tant que *negotium* celui-ci aurait vocation à « recueillir » tout élément créé par ailleurs, même sans mention relative à cet élément dans l'écrit servant de support au contrat ou même en l'absence de tout contrat écrit¹²¹⁹.

Ainsi, la convention ou l'accord collectif peut être la source d'un élément de salaire en ce qu'il impose à l'employeur de ne contracter que dans le respect de certaines conditions minimales ; il rend obligatoire pour l'employeur de proposer l'élément de salaire dans le cadre de la négociation contractuelle avec le salarié et il lui interdit de contracter si le

¹²¹⁵ Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°95-44290, Bull. Civ. V, n°435 ; RJS 1998, n°1448 ; Dr. Soc. 1998, p. 878, obs. G. Couturier ; D 1999, 525, obs F. Jault-Seseke et M. Moreau.

¹²¹⁶ Voir supra, n°346 et s.

¹²¹⁷ En ce sens, voir notamment E. Dockès, « Consécration de la nature contractuelle du salaire », RJS 1998, p. 168 ; M. Henry, « Salaire : "le tout contractuel" fait de la résistance », Dr. Ouv. 2009, p. 316 ; P. Langlois, « Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé », Dr. Soc. 1999, p. 125 ; M. Sabaté, Dr. Ouv. 2009, p. 516 ; F. Duquesne, « Incidence de la nature contractuelle de l'avantage salarial sur le régime juridique de l'usage d'entreprise », JCP G 2000, p. 594 ; M. Morand, « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP E 2003, p. 796.

¹²¹⁸ En ce sens, G. Borenfreund : « il ne serait pas illogique d'admettre qu'un avantage issu d'une norme collective peut néanmoins faire l'objet d'un rattachement à la sphère contractuelle sans être véritablement contractualisé, la source devant s'estomper derrière la nature de l'avantage » (G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. Ouv. 1997, p. 514).

¹²¹⁹ En ce sens, M. Henry (art. préc.) rappelle que « l'affirmation du caractère contractuel de la rémunération n'est pas cantonné à la part consignée dans l'*instrumentum*, s'il existe. Ce qui est contractuel, c'est la rémunération, pas le support écrit ».



salarié le refuse, compte-tenu du nécessaire respect du principe de faveur. Ensuite, l'acceptation du salarié caractérise l'accord de volontés des parties, en d'autres termes, la contractualisation de l'élément institué par la norme collective. De même, l'usage ou l'engagement unilatéral de l'employeur peut être la source d'un élément de salaire en ce sens qu'il matérialise l'offre de l'employeur, qui n'est effective qu'avec le consentement du salarié, donné antérieurement ou concomitamment (sous forme d'une absence d'opposition) au versement effectif de l'élément de salaire. L'offre de l'employeur est unilatérale, mais l'acceptation du salarié contractualise l'élément de salaire.

370. La position jurisprudentielle : l'articulation des sources régie par le principe de non incorporation et la théorie du salaire « non contractuel ». Mais tel n'est pas le principe retenu par la jurisprudence pour résoudre la question de l'articulation des sources du salaire. Prônant une stricte autonomie des sources, elle reconnaît au contraire l'existence d'éléments de salaire « non contractuels », c'est-à-dire institués par une norme collective et non incorporés au contrat de travail¹²²⁰ ; il existerait une part de salaire contractuel, convenue entre les parties, et une part de salaire « non contractuel », qui s'y « ajouterait »¹²²¹. C'est, semble-t-il, le sens de l'expression « *rémunération contractuelle* » fréquemment utilisée par la Cour de Cassation pour viser le salaire ne pouvant pas faire l'objet d'une modification unilatérale. Le caractère tautologique de la formule employée, selon laquelle « *la rémunération **contractuelle** du salarié constitue un élément **du contrat de travail*** »¹²²², a de quoi surprendre, sauf à considérer qu'il est ainsi fait référence à l'existence d'une part de rémunération « non contractuelle », issue d'une norme collective et régie par elle. A moins que la formule, d'ailleurs souvent « oubliée »

¹²²⁰ Sur le principe de non incorporation : G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des sources collectives », Dr. Ouv. 1997, p. 514 ; P. Waquet, « Contrat de travail et statut collectif », RJS 1994, p. 399 ;

¹²²¹ M. Henry (art. préc.) parle à ce sujet d'une « théorie consistant à analyser le salaire comme un empilement au-dessus d'un socle contractuel stricto sensu de suppléments ».

¹²²² Voir notamment Cass. Soc. 19 mai 1998, n°96-41573, Bull. Civ. V, n°265 ; Dr. Soc. 1998, p. 885, obs. G. Couturier ; Cass. Soc. 9 décembre 1998, n°96-44789, Bull. Civ. V, n°541 ; RJS 1999, n°45 ; Cass. Soc. 26 octobre 1999 n°97-43096 ; Cass. Soc. 3 juillet 2001, n°99-42761, Bull. Civ. V, n°242 ; RJS 2001, n°1112 ; Cass. Soc. 7 mai 2002, n°00-41334, RJS 2002, n°945 ; Cass. Soc. 22 mai 2002, n°01-41062 ; Cass. Soc. 18 octobre 2006, n°05-41644 ; Cass. Soc. 26 avril 2007, n°05-46016 C'est parfois le mode de rémunération qui est visé par la formule : Cass. Soc. 30 mai 2000, n°97-45068 et n°98-44016, Bull. Civ. V, n°201 ; RJS 2000, n°772, D 2001, somm. 738, obs. P. Lokiec (« le mode de rémunération contractuel d'un salarié constitue un élément du contrat de travail »).



au profit d'une référence à la « rémunération »¹²²³ ou au « mode de rémunération »¹²²⁴ sans plus de précision, ne soit en réalité sans incidence¹²²⁵.

Il existerait donc pour la jurisprudence une part de salaire « non contractuel », résultant exclusivement du statut collectif.

Cette théorie est inexacte. La notion de « salaire non contractuel » est un non-sens ; le salaire « non contractuel » n'existe pas puisque, dès lors qu'un élément de salaire est versé, une rencontre des volontés des parties au contrat individuel de travail a eu lieu à son sujet, préalablement ou concomitamment puisqu'il n'est pas de salaire sans échange des consentements¹²²⁶. Le salaire est toujours contractuel car il procède, par essence, de la substance du contrat, peu important que l'écrit éventuellement établi ne le mentionne pas ou ne le mentionne que partiellement. Il y a donc quelque chose de fondamentalement incohérent, et qui témoigne d'un amalgame entre forme et contenu du contrat, à nier l'intervention de la volonté du salarié et à considérer que le salaire peut résulter uniquement de la convention collective ou de la volonté unilatérale de l'employeur dans le cadre d'un usage ou d'un engagement unilatéral. Sans accord individuel de volonté, ces normes sont dépourvues de portée. Elles ne font qu'encadrer l'offre de l'employeur.

De surcroît, la théorie du « salaire non contractuel » porte atteinte à la dignité du salarié. En niant le rôle joué, juridiquement, par l'expression de volonté du salarié dans la fixation des conditions salariales de la relation de travail, en l'excluant de la définition de

¹²²³ Cf. Cass. Soc. 3 mars 1998, n°95-43274, Bull. Civ. V n°109 ; RJS 1998, n°417 ; Dr. Soc. 1998, p. 529, obs. G. Couturier ; Cass. Soc. 29 janvier 2003, n°00-45134 ; RJS 2003 n° 414 ; Cass. Soc. 11 mars 2009, n°07-44051, Dr. Ouv. 2009, p. 320, obs. M. Henry.

¹²²⁴ Cf. Cass. Soc. 28 janvier 1998, n°95-40275, Bull. Civ. V, n°40 ; RJS 1998, n°274, obs. E. Dockès ; Dr. Soc. 1998, p. 528, obs. G. Couturier ; Cass. Soc. 5 janvier 1999, n°96-44194, Bull. Civ. V, n°2 ; RJS 1999, n°160 ; Cass. Soc. 18 juillet 2000, n°98-41222, Bull. Civ. V, n° 288.

¹²²⁵ A. Lyon-Caen note, au sujet de ces inconstances de formulation, que « la chambre sociale oublie, parfois, l'expression ambiguë de "rémunération contractuelle" pour user de formules qui inscrivent la rémunération dans le champ du contrat ».

¹²²⁶ Voir supra, n°349 et s. Le montant global du salaire est déterminant du consentement des deux parties et fait donc nécessairement l'objet d'un accord de volontés. De plus, nul ne peut imposer à autrui le versement d'une somme d'argent ; seul l'accord de volontés peut fonder juridiquement le paiement. Cela est aussi vrai pour le contrat de travail que pour le contrat (unilatéral) de donation.



la contrepartie de sa prestation subordonnée de travail, qui serait de la seule compétence de l'employeur (fût-ce dans le respect d'une convention collective), aux règles duquel il devrait se plier, elle méconnaît son statut de contractant pour le cantonner dans un statut de « subordonné ». Le salarié n'aurait d'autre droit que celui d'adhérer aux conditions (au « statut ») déterminées par l'employeur ; il ne participerait pas, ne serait-ce que juridiquement, à leur élaboration. Autrement dit, en une déroutante inversion des rôles, le lien de subordination primerait ici le lien contractuel qui pourtant l'institue¹²²⁷.

371. L'incidence essentielle de la distinction prétorienne entre salaire « contractuel » et « non contractuel » résulte de ce que la jurisprudence considère de surcroît que la source juridique d'un élément de salaire gouverne son régime de modification et de disparition¹²²⁸. Un élément de salaire peut donc, selon la jurisprudence, non seulement être exclusivement *fondé* sur une norme collective, mais également être *régi* par elle. Or, les normes collectives se caractérisent par leur instabilité, ce dont il résulte une précarité des éléments de salaire qu'elles régissent, qui s'oppose à l'intangibilité¹²²⁹ de ceux prévus par le contrat individuel de travail.

Section 2. Précarité des éléments de salaire issus de sources collectives

372. Conséquence de l'instabilité qui caractérise le régime des normes leur servant de support, les éléments de salaire issus de conventions et accords collectifs (Sous-section 1) et plus encore ceux issus d'usages et engagements unilatéraux (Sous-section 2) sont précaires car susceptibles de disparaître sans faculté d'opposition du salarié.

¹²²⁷ Voir supra, n°11.

¹²²⁸ M. Henry, art. préc

¹²²⁹ Voir supra, n°364 et s.



Sous – section 1. Précarité nuancée des éléments de salaire issus d'une convention ou d'un accord collectif

373. Instabilité de la convention ou de l'accord collectif. On sait que le régime, légal, de l'évolution des conventions et accords collectifs se caractérise, d'une part, par la faculté des signataires de convenir de leur modification¹²³⁰ (§2) et, d'autre part, par la possible dénonciation¹²³¹ ou mise en cause¹²³² de la norme, entraînant sa disparition (§1) et celle des avantages qu'elle instituait sous réserve de la survie des avantages individuels acquis¹²³³ et sauf accord de substitution conclu dans les quinze mois. Ces différents évènements susceptibles de perturber l'existence de la norme collective se répercutent sur la rémunération du salarié.

§1. Conséquences sur le salaire de la disparition de la convention ou de l'accord collectif

374. La disparition de la convention, résultant de sa dénonciation ou de sa mise en cause non suivie de la conclusion d'un accord de substitution, est la situation la plus claire au plan des conséquences sur le salaire puisque le Code du travail prévoit le maintien, au profit des salariés, des « avantages individuels acquis » malgré la disparition de la source de ces avantages.

375. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer que le montant du salaire conventionnel¹²³⁴, son taux horaire¹²³⁵, sa structure¹²³⁶, les primes diverses¹²³⁷,

¹²³⁰ C. trav. art. L 2261-7 et L 2261-8.

¹²³¹ C. trav. art. L 2261-9.

¹²³² C. trav. art. L 2261-14 et L 2261-14-1.

¹²³³ C. trav. art. L 2261-13. Sur cette question voir notamment E. Dockès, « L'avantage Individuel Acquis », Dr. Soc. 1993, p. 826 ; M. Despax, « dénonciation d'une convention collective et sort des avantages acquis en matière de rémunération », Dr. Soc. 1990, p. 156.

¹²³⁴ Cass. Soc. 26 janvier 2005, n°02-44712, Bull. Civ. V, n°32 ; Cass. Soc. 19 mars 1997, n°94-41984 ; Cass. Soc. 16 septembre 2008, n°07-43580.

¹²³⁵ Cass. Soc. 7 novembre 2007, n°05-45698.

¹²³⁶ Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n°07-40799 et n°06-44437, Bull. Civ. V, n°147.



constituent des avantages individuels acquis pour les salariés dont le contrat de travail a été conclu antérieurement à la dénonciation ou à la mise en cause de l'accord collectif.

S'agissant des primes, compte-tenu de la notion d'avantage « acquis » retenue par la jurisprudence, qui s'entend d'un « *droit ouvert et non simplement éventuel* »¹²³⁸, il n'est pas nécessaire que le salarié ait déjà effectivement perçu les primes dénoncées pour que celles-ci constituent un avantage individuel acquis. Dès la conclusion du contrat de travail, le salarié avait un droit ouvert et non éventuel au bénéfice de la prime instituée par la convention collective, seule l'exigibilité de ce droit étant reportée. Un salarié nouvellement embauché au moment de la dénonciation ou de la mise en cause de la convention collective ne peut donc être exclu du maintien des primes à titre d'avantage individuel acquis, ce qui est heureux dans la mesure où la solution contraire aurait manifestement porté atteinte aux prévisions du salarié dont le consentement au contrat avait été donné au regard d'un niveau global de revenus¹²³⁹, incluant la prime.

376. Les droits du salarié en matière de rémunération ne peuvent donc pas être affectés par la disparition de la convention collective. Au contraire, ils « survivent » à la disparition de la norme collective et sont incorporés au contrat de travail¹²⁴⁰. En cours d'exécution, le contrat peut ainsi être amené à recueillir les éléments de salaire institués par la convention collective. Est ainsi instaurée une « portabilité » de l'avantage salarial

¹²³⁷ Cass. Soc. 6 novembre 1991, n°87-44507, Bull. Civ. V, n°479 ; RJS 1991, n°1342 ; Cass. Soc. 19 mars 1997, préc. ; Cass. Soc. 27 octobre 1998, n°96-40881 ; Cass. Soc. 24 octobre 2000, n°98-42273 ; Cass. Soc. 5 juin 2002, n°00-42769 ; Cass. Soc. 7 juin 2005, n°04-43652, Bull. Civ. V, n°192 ; Cass. Soc. 21 septembre 2005, n°03-45758 ; Cass. Soc. 12 novembre 2008, n°07-42297.

¹²³⁸ Cass. Soc. 19 juin 1987, n°84-44688, Bull. Civ. V, n° 402 ; Cass. Soc. 23 juin 1999, n°97-43162, Bull. Civ. V, n° 297 ; Cass. Soc. 13 mars 2001, n°99-4565, Bull. Civ. V, n° 90 ; RJS 2001, n° 621 ; Cass. Soc. 28 juin 2006, n°03-47631 ; Cass. Soc. 8 novembre 2006, n°04-41296 ; Cass. Soc. 31 janv. 2007, n°05-17216 ; Cass. Soc. 16 septembre 2008, préc. ; Cass. Soc. 12 novembre 2008, n°07-42297.

¹²³⁹ Voir supra, n°349 et s.

¹²⁴⁰ La question de savoir si l'avantage individuel acquis s'incorporait au contrat de travail ou demeurait une source autonome a été débattue, et la Cour de cassation a retenu la thèse de l'incorporation (Cass. Soc. 22 mars 1995, n°93-40793, Bull. Civ. V, n°105 ; solution réaffirmée, voir en dernier lieu Cass. Soc. 16 septembre 2008, n°07-43580, Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n°07-40799, Bull. Civ. V, n°147), ce qui est conforme à l'esprit de l'article L 2261-13 tel que présenté par le Ministre du Travail lors des débats parlementaire précédant son adoption (« on appelle "avantage individuel" des éléments comme le salaire, le congé d'ancienneté, les primes d'ancienneté qui sont intégrés au contrat individuel de travail... » JOAN 11 juin 1982, p. 3218).



qui permet d'assurer le respect des prévisions contractuelles du salarié, au-delà de l'évolution de l'articulation des normes régissant la relation de travail. Le mécanisme de l'avantage individuel acquis assure au salarié une protection satisfaisante de ses droits dont la pérennité est garantie.

Mais si le mécanisme est remarquable, il n'aboutit somme toute qu'à un retour à la normale : il met en conformité la source de l'avantage salarial, qui « devient » contractuelle, avec sa nature, qui l'a toujours été¹²⁴¹.

§2. Conséquences sur le salaire de la modification de la convention ou de l'accord collectif

377. Si le régime légal encadrant la disparition de la convention collective garantit de manière satisfaisante les droits à rémunération du salarié, en revanche, le cas de la modification de la convention collective, dans les conditions légales régissant sa révision¹²⁴² ou la conclusion d'un accord de substitution¹²⁴³, est plus incertain. En effet, l'incorporation des avantages individuels dans les contrats de travail ne joue, selon la jurisprudence actuelle, qu'après la disparition (définitive) de la convention collective, non au cours de son existence ni même pendant le délai de survie. Il en résulte que, pendant ces périodes, la convention collective reste la seule source de ces avantages, dont la modification est alors possible. Cette modification est admise même dans un sens défavorable au salarié¹²⁴⁴, sans que le contrat de travail en soit considéré comme affecté.

378. S'agissant du salaire, ces règles entrent en conflit avec sa nature contractuelle¹²⁴⁵.

¹²⁴¹ Cf supra, n°347 et s., sur la nature contractuelle du salaire, et n°368 et s. sur la diversité des sources du salaire et sur l'opportunité qu'il y aurait eu à faire du contrat de travail la source exclusive du salaire.

¹²⁴² C. trav. art. L 2261-7 et L 2261-8.

¹²⁴³ C. trav. art. L 2261-13 et L 2261-14.

¹²⁴⁴ Cf. Cass. Soc. 3 mars 1998, n°96-11115, Bull. Civ. V, n° 115 ; RJS 1998, n° 498, s'agissant d'un accord de substitution moins favorable que l'accord mise en cause ; Cass. Soc. 16 novembre 1993, n°90-43233, Bull. Civ. V, n°273 ; RJS 1994, n°3 ; Cass. Soc. 30 mars 1994, n°90-42144 s'agissant d'une révision défavorable (relatives à la classification).

¹²⁴⁵ Supra, n°347 et s.



Se pose la question de savoir si un élément de salaire, par essence contractuel, peut être réduit ou supprimé au prétexte que sa source non contractuelle est modifiée en ce sens. En d'autres termes, la source de l'avantage peut-elle faire obstacle à l'intangibilité qui résulte de sa nature ?

379. Modification de la structure du salaire. Par un arrêt remarqué, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la modification de la *structure* de la rémunération résultant de la conclusion d'un accord de substitution. Rejetant l'argument soulevé par le pourvoi des salariés, selon lequel « *la structure de la rémunération est nécessairement un élément du contrat de travail* », de sorte que la diminution du salaire de base et l'institution d'une prime annuelle d'un montant identique ne pouvaient leur être imposées, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir jugé que, dans la mesure où « *la structure de la rémunération résultait, non pas du contrat de travail, mais de la convention collective (...), le changement de structure salariale s'imposait aux salariés sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'une modification de leurs contrat de travail* »¹²⁴⁶. Était ainsi affirmée la primauté de la source de l'avantage, collective, sur sa nature, contractuelle.

Mais cette solution contestable¹²⁴⁷ est-elle également appliquée au *montant* du salaire ? Plus précisément, la modification de la convention collective a-t-elle le pouvoir de réduire le salaire effectivement perçu par le salarié, soit en diminuant le montant de son salaire de base, soit en le privant d'un accessoire de salaire tel qu'une prime ?

380. Modification du salaire de base. S'agissant du salaire de base, si celui-ci est rappelé dans le contrat écrit de travail, son caractère contractuel est reconnu et la

¹²⁴⁶ Cass. Soc. 27 juin 2000, n°99-41135, Bull. Civ. V, n°247 ; Dr. Soc. 2000, p. 828, obs. C. Radé. Cf. dans le même sens Cass. Soc. 16 décembre 2003, n°02-43786, s'agissant de l'institution d'un différentiel de salaire destiné à compenser la diminution du salaire de base résultant du changement de convention collective applicable, et de l'inclusion dans le différentiel de salaire d'une prime dite « d'assiduité ».

¹²⁴⁷ Compte-tenu de la nature contractuelle de la structure de la rémunération : voir supra, n°353 et s.



convention collective n'a pas le pouvoir de le modifier¹²⁴⁸. En principe, s'agissant d'un élément par nature contractuelle, ni l'absence de contrat écrit ni l'absence de stipulation relative au salaire dans le contrat écrit ne sont en mesure de contredire cette analyse ; mais compte-tenu de la confusion faite entre forme et contenu du contrat et entre source et nature du salaire, il est parfois soutenu que, résultant alors uniquement de la convention collective, le salaire peut être réduit si la convention collective est modifiée en ce sens, sans que le contrat de travail doive être considéré comme modifié. Jamais cependant la jurisprudence n'a eu l'occasion d'appliquer un tel principe méconnaissant la nature contractuelle du salaire, comme le souligne Michel Henry¹²⁴⁹ qui note que « il n'existe aucun cas où la jurisprudence a validé la diminution d'une rémunération par le jeu de l'entrée en vigueur d'une nouvelle grille conventionnelle de salaire ». A l'inverse, statuant dans un cas de remplacement d'une convention collective par une autre (donc dans un cas de « modification » au sens large du statut collectif), la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que « *l'entrée en vigueur de la nouvelle convention collective ne pouvait modifier le salaire contractuel* », de sorte que le salaire « de base » perçu par le salarié sous l'empire de l'ancienne convention collective ne pouvait être réduit¹²⁵⁰. Dans le même sens, dans un arrêt à l'occasion duquel elle a approuvé une Cour d'appel d'avoir admis, s'agissant de salariés dont la « *rémunération avait une nature exclusivement conventionnelle* », la modification de la structure de leur rémunération, la Cour de cassation a pris soin de constater que « *le niveau de rémunération n'avait pas été baissé par l'application de la nouvelle convention* », de sorte que « *les salariés ne pouvaient prétendre à des rappels de salaires* »¹²⁵¹ ; a contrario, la Cour semble ainsi indiquer que la diminution de la rémunération globale par la convention aurait été exclue, peu important qu'elle en soit l'unique source. Il semble donc que, pour la jurisprudence, la modification de la convention collective ne permet pas de réduire le salaire de base. Même lorsque son unique source est la convention collective, la nature contractuelle du salaire doit prévaloir.

¹²⁴⁸ Cass. Soc. 27 mars 2001, n°99-40068, Bull. Civ. V, n°109 ; Cass. Soc. 15 novembre 2006, n°04-41319 ; voir également, pour une diminution de la rémunération consécutive à une réduction du temps de travail : Cass. Soc. 27 mars 2001, n°99-40068, Bull. Civ. V, n°109 ; Cass. Soc. 13 novembre 2002, n°00-45712.

¹²⁴⁹ Art. préc.

¹²⁵⁰ Cass. Soc. 27 janvier 1999, n°96-43342, Bull. Civ. V, n°43.

¹²⁵¹ Cass. Soc. 16 décembre 2003, n°02-43786.



A l'inverse, l'augmentation du salaire de base par la convention collective s'impose au salarié. Non que cette augmentation soit sans incidence sur le contrat de travail ; elle le modifie tout autant qu'une réduction du salaire. Mais le nécessaire respect du principe de faveur et de l'ordre public social justifie que cette modification du contrat, exigée par la loi¹²⁵², s'impose au salarié qui, de surcroît, peut, conformément aux principes généraux du droit civil, être considéré comme ayant accepté tacitement cette offre faite dans son intérêt exclusif. Par la suite, il ne sera pas possible de revenir sur cette augmentation, le nouveau salaire de base étant contractualisé.

381. Modification des accessoires de salaire. S'agissant des accessoires de salaire (primes, tickets-restaurant...), dans la mesure où c'est au regard d'un niveau global de salaire, tous éléments confondus, que le salarié contracte¹²⁵³, la logique voudrait que la solution soit identique et qu'aucune diminution ni suppression ne puisse être imposée au salarié en raison de la modification de la convention collective. Si la Cour de cassation admet le remplacement d'une prime par une autre, ou par une augmentation équivalente du salaire de base, au titre de la faculté qu'elle reconnaît à la convention collective de modifier la structure du salaire sans modification du niveau global de rémunération¹²⁵⁴, en revanche, s'agissant d'une suppression « sèche » d'une prime ou d'un autre accessoire de salaire au titre de la modification de la convention collective, sa position n'est pas clairement exprimée. Deux solutions sont envisageables : soit la Cour jugera que l'autonomie des sources conduit à admettre que les signataires de la convention collective instituant une prime censée n'être pas contractualisée dans les rapports individuels de travail peuvent légitimement convenir d'une modification de la convention supprimant la prime à l'égard de tous les salariés ; soit elle jugera au contraire, ce qui est la seule position valable au regard de la nature nécessairement contractuelle du salaire, que la modification de la convention collective emportant suppression de la prime ne peut valoir que pour l'avenir, à l'égard des salariés embauchés postérieurement, les salariés présents dans l'entreprise avant la

¹²⁵² C. trav. art. L 2254-1: « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ».

¹²⁵³ Voir supra, n°349 et s.

¹²⁵⁴ Voir supra, n°379.



modification de la convention collective conservant le droit au bénéfice de la prime sur le fondement de l'intangibilité de leur salaire contractuel.

Sous – section 2. Précarité accentuée des éléments de salaire issus d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur

382. La jurisprudence a élaboré le régime des usages et engagements unilatéraux autour de la faculté reconnue à l'employeur de les supprimer librement. Cette précarité des éléments de salaire résultant de normes patronales (§1) méconnaît l'accord de volontés des parties et trompe le consentement du salarié (§2).

§1. La théorie de la précarité des éléments de salaire issus d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur

383. *Instabilité de l'usage et de l'engagement unilatéral.* L'usage, qui s'entend de la pratique patronale régulière et informelle dont résulte un avantage pour les salariés, et l'engagement unilatéral de l'employeur, qui peut se définir comme la manifestation expresse de volonté d'instituer un avantage, ont en commun d'être deux « normes patronales » ignorées du Code du travail¹²⁵⁵ et découvertes par la jurisprudence qui en a élaboré la notion et le régime. C'est notamment leur régime de disparition qui a été défini, dans le sens d'une facilité de suppression. En effet, à rebours de sa doctrine antérieure¹²⁵⁶, la jurisprudence affirme régulièrement depuis la fin des années 1980 que tant l'usage¹²⁵⁷ que l'engagement unilatéral¹²⁵⁸ peuvent être dénoncés par le seul

¹²⁵⁵ Sous réserve de certaines allusions à l'usage professionnel (distinct de l'usage d'entreprise).

¹²⁵⁶ Cass. Soc. 20 février 1986, n°84-43737, Dr. Soc. 1986, p. 905, note J. Savatier ; Dr. Soc. 1986, p. 915, note J. Desprez (la Cour de cassation considère que l'avantage issu de l'usage doit être qualifié « d'avantage acquis qui s'incorpore au contrat de travail » ; Cass. Soc. 27 janvier 1993, n°90-45946, D 1994 somm., p. 313 obs. G. Borenfreund (« les primes litigieuses réunissant les caractères de fixité, généralité et constance étaient devenues un des éléments du salaire (...) qui ne pouvaient être supprimées contre la volonté du salarié »).

¹²⁵⁷ Cass. Soc. 25 février 1988, n°85-40821, Bull. Civ. V, n°139 ; D 1988, somm., p. 320, obs. A. Lyon Caen ; Cass. Soc. 2 octobre 1990, n°89-4085, Bull. Civ. V, n°408 ; Cass. Soc. 13 novembre 1990, n°88-45804, Bull. Civ. V, n°544 ; Cass. Soc. 13 février 1996 n°93-42309, Bull. Civ. V, n°53 ; RJS 1996, n°481, Sem. Soc. Lamy 26 février 1996, n°781, note P. Waquet ; Cass. Soc. 3 décembre 1996, n°94-19466, Bull. Civ. V, n°412 ; Dr. Soc. 1997, p. 102, obs. P. Waquet ; Cass. Soc. 6 juillet 2005, n°04-45037, Bull. Civ. V, n°239 ; RJS 2005,



employeur, cette dénonciation emportant, après respect d'un bref préavis, disparition de l'avantage institué par la norme patronale, sans possibilité d'opposition du salarié et sans atteinte au contrat de travail auquel l'avantage est censé ne pas s'être incorporé.

Le fondement de cette instabilité est cependant mystérieux. Au-delà de la simple affirmation, aucun raisonnement juridique ne vient la justifier ; en se référant au défaut d'incorporation au contrat des avantages issus des normes patronales et ainsi, plus largement, au principe « d'autonomie des sources », la jurisprudence semble ne raisonner que par opposition avec le contrat, qui se caractérise par sa stabilité. Mais elle n'explique pas positivement en quoi une norme patronale serait instable. L'embarras de la Cour de cassation est d'ailleurs perceptible lorsqu'il n'est de meilleur visa à ses décisions, aux côtés de l'article 1134 du code civil (visé par allusion à la force obligatoire du contrat ?), que « *les règles régissant la dénonciation et la mise en cause des engagements unilatéraux de l'employeur [ou des usages]* »¹²⁵⁹. Il faudrait donc admettre, sans plus d'explications, que l'instabilité des normes patronales s'imposerait parce que tel serait leur mode de fonctionnement....

L'instabilité des normes patronales est cependant affirmée même lorsqu'elles instituent un élément de salaire. Les avantages salariaux nés d'une telle norme ne seraient régis que par elle et, de surcroît, leur suppression unilatérale serait possible.

384. Conséquences de la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral

n°1058 ; Cass. Soc. 16 novembre 2005, n°04-40339, Bull. Civ. V, n°329 ; RJS 2006 n°293 ; Dr. Soc. 2006, p. 233, obs. J. Savatier ; Cass. Soc. 26 avril 2006, n°05-43005, JCP S 2006, 1674, note P-Y Verkindt ; RJS 2006, n°910 ;

¹²⁵⁸ Cass. Soc. 13 février 1996 n°93-42309, Bull. Civ. V, n°53 ; RJS 1996, n°481 ; Sem. Soc. Lamy 26 février 1996, n°781, note P. Waquet ; Cass. Soc. 11 janvier 2000, n° 97-44148, Bull. Civ. V, n°17 ; D 2000. 893, note G. Pignarre, RJS 2000, n°151 ; Cass. Soc. 2 mai 2001, n°99-41264, Bull. Civ. V n°143 ; RJS 2001, n°834 ; Cass. Soc. 10 mars 2004, n°03-40505 à 03-40554, Bull. Civ. V, n°76 ; Dr. Ouv. 2004, p. 547, obs. I. Meyrat ; Cass. Soc. 6 juin 2007, n°05-44945 ; Cass. Soc. 25 septembre 2007, n°05-42363 ; Cass. Soc. 9 juillet 2008, n°06-46080 ; Cass. Soc. 10 mars 2010 n°08-44950.

¹²⁵⁹ Cf. Cass. Soc. 25 septembre 2007, n°05-42363 ; cf également, s'agissant des « règles régissant la dénonciation des usages », Cass. Soc. 5 novembre 2009, n°08-41509 Sur ce principe découvert par la Cour de cassation, voir l'étude de Monsieur le Professeur Martinon, « Le principe régissant la dénonciation des usages et des engagements unilatéraux », in « Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », dir. B. Teyssié, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.



instituant une prime ou un accessoire de salaire. Le contentieux le plus fréquent en matière de dénonciation d'usages et d'engagements unilatéraux concerne des accessoires de salaires. Tous ces éléments, qu'il s'agisse notamment de primes¹²⁶⁰, treizième mois¹²⁶¹, chèques vacances¹²⁶², ou paiement de temps de pause¹²⁶³, sont considérés comme pouvant être institués par voie d'usage ou d'engagement unilatéral et comme étant perdus pour le salarié en cas de dénonciation par l'employeur. La Cour de cassation considère, compte-tenu de l'absence d'incorporation au contrat de travail qu'elle affirme, que la suppression de l'avantage salarial ne modifie pas le contrat et que le salarié ne peut revendiquer la poursuite de la relation de travail aux conditions antérieures. Ce sont ainsi des pans entiers de la rémunération du salarié qui sont susceptibles de disparaître du jour au lendemain¹²⁶⁴ par la seule volonté de l'employeur, en toute contradiction avec les prévisions du salarié¹²⁶⁵.

Par exception toutefois, le salarié peut s'opposer à la suppression de l'avantage institué par voie d'usage ou d'engagement unilatéral en démontrant que l'avantage avait été « contractualisé », c'est-à-dire en démontrant que les parties ont expressément entendu en faire un élément de leur relation individuelle de travail¹²⁶⁶, que l'employeur s'était engagé, dans le cadre du contrat de travail, à pérenniser l'avantage issu de l'usage ou de l'engagement unilatéral. Il y a là une certaine inversion de perspectives ; tout avantage salarial est pris en compte lors de la conclusion du contrat¹²⁶⁷ ; le salarié ne devrait pas avoir à en apporter la preuve. Il est absurde de devoir démontrer qu'un élément contractuel a été contractualisé. Une telle preuve sera d'ailleurs très difficile à apporter au regard des exigences jurisprudentielles : ainsi, ni la remise lors de l'embauche d'un

¹²⁶⁰ Cf pour des exemples : Cass. Soc. 10 mars 2010, préc. (prime de résultat), Cass. Soc. 26 avril 2006, préc. (Prime annuelle), Cass. Soc. 11 janvier 2000, préc. (Prime d'ancienneté), Cass. Soc. 7 avril 1998, préc. (Prime de résultat et prime annuelle).

¹²⁶¹ Cass. Soc. 16 novembre 2005, préc. ; Cass. Soc. 10 mars 2004, préc. ; Cass. Soc. 3 décembre 1996, préc.

¹²⁶² Cass. Soc. 25 février 2009, n°07-45447 et s., Bull. Civ. V, n°52.

¹²⁶³ Cass. Soc. 6 juillet 2005, préc.

¹²⁶⁴ Ou presque, un bref préavis devant être respecté.

¹²⁶⁵ Voir infra, n°387 et s.

¹²⁶⁶ Un arrêt récent a pu préciser que le salarié doit établir « la volonté claire et non équivoque des parties de contractualiser cet avantage » (Cass. Soc. ; 10 mars 2010, préc.).

¹²⁶⁷ Cf. supra, n°349 et s.



document mentionnant les différents usages et engagements unilatéraux en vigueur¹²⁶⁸ (même lorsque le contrat de travail fait référence à ce document¹²⁶⁹), ni la référence par le contrat aux dispositions du règlement intérieur prévoyant des avantages pécuniaires¹²⁷⁰ (alors même que ces mécanismes de renvoi à un document destiné à compléter l'instrumentum du contrat tendent pourtant à démontrer que l'avantage salarial a été pris en compte dans l'expression du consentement contractuel) n'ont été considérées comme des éléments démontrant la contractualisation de l'usage ou de l'engagement unilatéral. De même, la recherche par l'employeur de l'accord des salariés quant à la suppression de l'avantage lors de la dénonciation¹²⁷¹ (alors même qu'une telle démarche peut révéler le caractère contractuel que revêt l'avantage dans l'esprit de l'employeur, ce qui est fondamental dans le cadre d'une analyse de la volonté des parties) ne permet pas, selon la jurisprudence, de démontrer la contractualisation de l'usage ou de l'engagement unilatéral. En réalité, il n'y a guère que dans le cas où le contrat de travail énonce expressément, en les reprenant à son compte, les avantages institués par la norme patronale que la contractualisation pourra être reconnue. C'est donc une conception extrêmement restrictive de la contractualisation, articulée autour d'une exigence de formalisation, que retient la jurisprudence¹²⁷². Cette conception ne nuance que faiblement la précarité des avantages issus de normes patronales.

¹²⁶⁸ Cass. Soc. 11 janvier 2000, n° 97-44148, Bull. Civ. V n°17 ; D 2000, 893, note G. Pignarre ; RJS 2000, n°151, jugeant que « La remise au salarié, lors de son embauche, d'un document résumant les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits » ; Cf également Cass. Soc. 10 mars 2010, n°08-44950.

¹²⁶⁹ Cass. Soc. 2 mai 2001, n°99-41264, Bull. Civ. V, n°143 ; RJS 2001, n°834 ; Cass. Soc. 7 juillet 2004, n°02-42112.

¹²⁷⁰ Cass. Soc. 10 mars 2004, n°03-40505 à 03-40554, Bull. Civ. V, n°76 ; Dr. Ouv. 2004, p. 547, obs. I. Meyrat.

¹²⁷¹ Cass. Soc. 10 février 1998, n°95-42543, Bull. Civ. V, n°83 ; RJS 1998, n°556, cassant l'arrêt de la Cour d'appel qui avait considéré qu'en proposant aux salariés un avenant instituant une contrepartie financière à la disparition de l'usage, l'employeur avait « nécessairement admis que cet usage s'était incorporé au contrat », au motif que « il ne pouvait être reproché [à l'employeur] d'avoir au préalable recherché un accord avec les intéressés » ; Cass. Soc. 16 novembre 2005, n°04-40339, Bull. Civ. V, n°329 ; RJS 2006, n°293 ; Dr. Soc. 2006, p. 233, obs. J. Savatier ; Cass. Soc. 26 avril 2006, n°05-43005, JCP S 2006, 1674, note P-Y Verkindt, RJS 2006, n°910 ; Une solution inverse avait cependant été retenue dans le même temps : Cass. Soc. 5 octobre 1999, n°97-45733, Bull. Civ. V, n°361 ; RJS 1999, n°1437, JCP G 2000, II, 10 283 note F. Duquesne, censurant la décision d'une Cour d'appel ayant jugé que « dès l'instant que [l'employeur] sollicitait l'accord des salariés à la remise en cause de l'avantage (...) [il] en confirmait le caractère contractuel ».

¹²⁷² Cf. en ce sens I. Meyrat, obs. préc., qui regrette une « réduction significative de l'aire du contrat ».



385. Conséquences de la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral instituant le salaire « de base ». Le recours à l'usage ou à l'engagement unilatéral est un moyen efficace pour l'employeur de ne pas se lier et de contourner les règles du droit contractuel. Il n'est donc rien d'étonnant à ce que certains employeurs y recourent, non pas seulement pour l'institution d'accessoires de salaires, mais également pour tout ou partie du salaire « de base ».

Une première hypothèse est celle dans laquelle l'employeur entendrait fixer le salaire intégralement par voie d'usage ou d'engagement unilatéral, prétendant ainsi « décontractualiser » la rémunération dans son ensemble. Mais quelles conséquences produirait alors la dénonciation de cette norme patronale ? A l'évidence, il est exclu que la dénonciation puisse aboutir à supprimer tout salaire puisqu'il n'est pas de contrat de travail sans salaire¹²⁷³. Au contraire, il devrait être considéré que, portant sur une norme patronale ayant manifestement outrepassé son rôle en empiétant sur celui du contrat, la dénonciation est sans effet, le salaire atteint restant acquis au salarié en tant que salaire contractuel. La jurisprudence semble cependant s'être orientée vers une autre voie. Appelée à se prononcer dans une espèce où un employeur avait dénoncé l'usage relatif à la rémunération variable des salariés et avait fixé unilatéralement un nouveau mode de rémunération, la Cour de cassation a censuré l'arrêt par lequel la Cour d'appel avait admis cette opération. Après avoir rappelé que « *la rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail sous réserve, d'une part, du SMIC et, d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur* », elle a affirmé que « *dans le cas où la rémunération du salarié résulterait exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur, la dénonciation régulière de cet usage ou de l'engagement unilatéral ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le salaire ; celui-ci doit alors résulter d'un accord contractuel, à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer* »¹²⁷⁴. Pour la Cour de cassation, la dénonciation de la norme patronale unique source du salaire emporte disparition du salaire. Mais cette disparition est assortie

¹²⁷³ Supra, n°347.

¹²⁷⁴ Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°95-44290, Bull. Civ. V, n°435 ; RJS 1998, n°1448 ; Dr. Soc. 1998, p. 878, obs. G. Couturier ; D 1999, 525, obs. F. Jault-Seseke et M. Moreau.



d'une obligation de remplacement immédiat. A défaut d'accord entre les parties, libres de déterminer un nouveau montant inférieur, égal ou supérieur à l'ancien, il revient au juge de fixer le salaire. Mais sur quelles bases ? Dans le nécessaire respect du SMIC et des minima conventionnels, le juge semble en théorie disposer d'une certaine liberté pour apprécier le juste montant du salaire ; il paraît toutefois peu concevable, compte-tenu de l'immixtion dans la relation contractuelle qu'une telle opération suppose, que le juge décide d'autorité de diminuer ou d'augmenter le salaire antérieurement perçu. Fixer le salaire à son ancien montant, celui que les parties sont réputées avoir souverainement considéré comme la juste contrepartie du travail fourni, apparaît comme la seule solution sérieuse¹²⁷⁵. Ce qui revient à priver d'effet la dénonciation de l'usage, sans le dire clairement...

386. Conséquences de la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral instituant une augmentation du salaire « de base ». Une autre hypothèse est celle dans laquelle un salaire de base est fixé par le contrat mais fait ensuite l'objet d'une augmentation par voie d'engagement unilatéral. Faudrait-il considérer dans une telle hypothèse que l'employeur est libre de dénoncer l'engagement ayant accordé l'augmentation, le retour au salaire initial s'imposant au salarié ? Ou bien faudrait-il considérer que l'augmentation a été contractualisée, le nouveau salaire de base devant être considéré comme intégralement contractuel, peu important que, pour partie, sa source réside dans un engagement unilatéral ? Si la seconde solution s'impose au regard de la nature contractuelle du salaire, il n'est pas certain que la jurisprudence la retienne ; il est à craindre qu'au contraire, elle applique à l'augmentation de salaire le sort qu'elle réserve aux primes et autres accessoires de salaires issus de normes patronales, c'est-à-dire la disparition par la seule volonté de l'employeur.

¹²⁷⁵ Cf en ce sens F. Jault-Seseke et M. Moreau, D 1999, p. 525, qui estiment que « la rémunération initiale va servir de référence essentielle au juge », sauf pour celui-ci à recourir à l'expertise.



§2. La méconnaissance des attentes légitimes du salarié contractant

387. La protection du salaire tirée de l'intangibilité du contrat de travail¹²⁷⁶ contre l'arbitraire de l'employeur n'est ferme qu'en apparence ; dès lors que l'employeur prend la précaution d'user de la faculté paradoxale¹²⁷⁷ qui lui est reconnue de fonder le salaire et ses différents accessoires sur des normes collectives, particulièrement sur les normes collectives patronales que sont l'usage et l'engagement unilatéral, *c'est-à-dire sur sa seule expression de volonté*, il s'assure une large marge de manœuvre pour ensuite modifier le salaire et en supprimer des éléments, sans rencontrer d'obstacles contractuels, grâce au droit de dénonciation sans véritable fondement légal que la jurisprudence a cru devoir lui reconnaître¹²⁷⁸. Titulaire d'un véritable pouvoir normatif, l'employeur est ainsi en mesure de modifier, en cours d'exécution du contrat de travail, les conditions salariales qui ont présidé à sa conclusion.

388. Indétermination du salaire. Or, cette précarité des éléments de salaire résultant d'une norme patronale fait illégitimement obstacle à la détermination du salaire, objet de l'obligation de l'employeur¹²⁷⁹. Il n'y a pas de détermination lorsqu'une partie est dès l'origine en mesure d'imposer unilatéralement et discrétionnairement une diminution de son obligation, fût-ce par la voie d'artifices juridiques¹²⁸⁰ : le salarié n'a pas de vision claire de ce qu'est l'obligation de son cocontractant employeur puisque celle-ci peut varier au gré de sa seule volonté. La jurisprudence a su faire échec à l'indétermination résultant des clauses dites de variation¹²⁸¹ qui prétendaient autoriser l'employeur à modifier unilatéralement la rémunération « contractuelle » ; alors que le recours à la norme patronale collective et l'affirmation de sa précarité aboutissent au même résultat, elle se montre incapable de faire obstacle à cette manipulation et d'exiger le strict respect de l'exigence de détermination du salaire. Or, rien ne justifie qu'il puisse être

¹²⁷⁶ Voir supra, n°364 et s.

¹²⁷⁷ Voir supra, n°368 et s.

¹²⁷⁸ Voir supra, n°372 et s.

¹²⁷⁹ Voir supra, n°348.

¹²⁸⁰ Monsieur le Professeur Dockès parle d'une « étrange atténuation » à la nature contractuelle du salaire (*Droit du Travail*, Dalloz, 4^e éd, 2009, p. 91).

¹²⁸¹ Voir supra, n°304.



dérogré à la règle d'ordre public de détermination du salaire par la seule volonté de l'employeur¹²⁸². La faculté de l'employeur de réduire le salaire global par la voie de la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral est illicite comme contraire aux dispositions de l'article 1129 du Code civil imposant sa détermination.

389. Vice du consentement. Cette indétermination du salaire résultant du régime des normes patronales collectives est d'autant plus grave qu'elle n'est pas immédiatement perceptible. Lorsqu'il contracte, le salarié n'a pas conscience de l'indétermination qui affecte le niveau global de salaire. Alors que, classiquement, l'indétermination résulte de ce que le contractant *ne sait pas*, tout en ayant conscience de ne pas savoir, ici le salarié *croit savoir* quelle est la rémunération qu'il obtiendra sans réaliser que celle-ci peut, en réalité, être réduite par amputation de certains de ses éléments.

Sur le plan pratique, cette indétermination du salaire a pour conséquence de tromper le consentement du salarié, qui avait contracté au regard de l'ensemble des éléments de salaire existant et du niveau global de revenus en résultant¹²⁸³ sans s'interroger sur leur source, certainement sans même avoir conscience que diverses sources existent. Comme le note très justement Monsieur le Professeur Martinon, « au moment de l'embauche, la source de l'avantage salarial importe peu pour le salarié-contractant ; que la rémunération soit issue du contrat, d'une convention collective de travail ou d'un usage, seuls son montant et sa structure conduisent le salarié à exprimer son consentement », de sorte que « l'autonomie des sources (...) relève parfois de l'artifice »¹²⁸⁴. Monsieur le Professeur Dockès fait le même constat : « lorsqu'un salarié consent, par contrat, à travailler sous la subordination d'autrui moyennant un salaire, il le fait en considération de tous les éléments de rémunération auxquels il a droit. Il ne distingue pas selon

¹²⁸² En ce sens, E. Dockès, « la détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. Soc. 1997, p. 140 : « le principe de non incorporation de l'engagement unilatéral (...) doit céder face à l'exigence d'ordre public d'une détermination du salaire ». Voir également G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. Ouv. 1997, p. 514.

¹²⁸³ Voir supra, n°349 et s.

¹²⁸⁴ A. Martinon, « Le principe régissant la dénonciation des usages et des engagements unilatéraux », in « Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », dir. B. Teyssié, Dalloz, coll thèmes et commentaires, 2008.



l'origine de cet avantage »¹²⁸⁵.

Il en résulte un véritable piège pour le salarié qui ne peut pas concevoir, lorsqu'il contracte, que le salaire prévu n'a rien de définitif. Il ne peut pas soupçonner que l'employeur est *en droit*¹²⁸⁶ de modifier le niveau du salaire en cours d'exécution du contrat de travail¹²⁸⁷. Il ne peut pas imaginer que les conditions sur la base desquelles il consent à la conclusion du contrat, ou à sa poursuite s'agissant d'un avantage institué postérieurement à l'embauche¹²⁸⁸, peuvent être bouleversées sans son accord, que ses prévisions peuvent être méconnues¹²⁸⁹. Il y a clairement un malentendu dans l'esprit du salarié quant au montant exact du salaire attendu.

390. Comportement dolosif de l'employeur. Et ce malentendu, l'employeur en est pleinement responsable. En prenant des engagements dont il sait qu'ils ne le lient pas vraiment, et dont il ne peut ignorer qu'ils sont déterminants du consentement du salarié, mais sans toutefois informer ce dernier de leur précarité, l'employeur adopte un comportement trompeur, presque dolosif. La déloyauté de l'employeur est particulièrement marquée lorsque, de surcroît, il s'est livré à une particulière valorisation, lors de l'embauche, des éléments de salaire précaires, notamment en remettant au salarié un document les énumérant, éventuellement visé au contrat de travail. Si, pour la jurisprudence, la remise d'un tel document n'a « *pas pour effet de contractualiser les avantages* » résultant des usages et engagements unilatéraux décrits¹²⁹⁰, il apparaît toutefois que l'employeur adopte un comportement de nature à laisser croire au salarié que les éléments de salaire énumérés lui sont contractuellement

¹²⁸⁵ E. Dockès, *Droit du Travail*, Dalloz, 4^e éd, 2009, p. 92.

¹²⁸⁶ Que l'employeur soit, en fait, en mesure de modifier de manière illicite le salaire est une évidence. Qu'il soit, en droit, habilité à le faire, est beaucoup plus étonnant et beaucoup plus grave.

¹²⁸⁷ Cf. en ce sens P. Langlois, « Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé », *Dr. Soc.* 1999, p. 125 : « comment un salarié dont la rémunération (...) figure tous les mois sur son bulletin de paye peut-il imaginer que ces avantages n'ont aucun caractère individuel et restent à l'entière initiative de l'employeur ? ».

¹²⁸⁸ Voir supra, n°352.

¹²⁸⁹ En d'autres termes, « la réduction du niveau de la rémunération contredit des prévisions légitimes qu'on peut bien considérer comme étant d'ordre contractuel » (G. Couturier, « Qui touche au salaire touche au contrat », *Liaisons sociales* 4/2008, p.82).

¹²⁹⁰ Voir supra, n°384.



garantis ou en tout cas acquis. En ce sens, la Cour d'appel de Nancy¹²⁹¹, saisie par de nombreux salariés de demandes de rappels de primes prévues par le règlement intérieur auquel renvoyaient les contrats de travail, et supprimées dans le cadre de la dénonciation d'un usage, avait considéré que « *ces conditions de rémunération favorables dont les salariés avaient nécessairement connaissance lors de leur engagement avaient incontestablement une nature contractuelle* ». Comme le soulignait alors Madame Meyrat dans son commentaire de l'arrêt de cassation censurant cette décision¹²⁹², les juges du fond semblaient ainsi avoir pris en compte la circonstance que « les salariés avaient pu raisonnablement attendre une exécution du contrat conforme aux conditions mentionnées dans l'écrit » et avaient ainsi « indexé [leur décision] sur l'exigence de bonne foi entendue comme l'obligation de prendre en compte les aspirations légitimes de l'autre partie ». Il est regrettable que leur appréciation n'ait pas été retenue par la Cour de cassation.

391. *Bouleversement de l'équilibre de la relation de travail.* De plus, au-delà de la méconnaissance des attentes légitimes du salarié, c'est l'équilibre même de la relation de travail qui est bouleversé. Le salaire prévu lors de la conclusion du contrat de travail est censé représenter la juste contrepartie des obligations de prestation de travail¹²⁹³ et de subordination¹²⁹⁴, souscrites par le salarié. Il est censé compenser la restriction de liberté qu'accepte le salarié en intégrant une sphère de subordination au sein de laquelle s'exerce le pouvoir contractuel de l'employeur¹²⁹⁵. En supprimant unilatéralement un élément de salaire, sans pour autant que la situation de subordination du salarié et les sujétions qu'il subit soient allégées, l'employeur réduit illégitimement le « prix de la subordination » et bouleverse l'équilibre contractuel¹²⁹⁶.

¹²⁹¹ CA Nancy, 27 novembre 2002.

¹²⁹² Cass. Soc. 10 mars 2004, n°03-40505 à 03-40554, Bull. Civ. V n°76, Dr. Ouv. 2004 p. 547, obs. I. Meyrat.

¹²⁹³ Sur l'obligation contractuelle d'assurer une prestation de travail, voir supra, n°21 et s.

¹²⁹⁴ Sur l'obligation contractuelle de subordination, voir supra, n°26 et s.

¹²⁹⁵ Voir supra, n°61 et s.

¹²⁹⁶ En ce sens, G. Couturier (art. préc.) : « Il est difficile de croire que la conclusion ou la révision d'un accord, la dénonciation d'un usage ou d'un engagement de l'employeur, puissent transformer le mode de détermination ou réduire le montant de la rémunération sans que le contrat individuel soit affecté en rien ; un certain équilibre de la relation contractuelle est forcément remis en cause ».



392. Atteinte à la dignité du salarié. De surcroît, la faculté reconnue à l'employeur de supprimer les éléments de salaire issus d'une norme unilatérale, plus encore que sa faculté de les fonder sur une telle norme¹²⁹⁷, porte atteinte à la dignité du salarié. Le salaire et ses différents éléments constitutifs ne sont pas « accordés », « octroyés » par l'employeur ; les primes issues d'usages ou d'engagement unilatéraux constituent une créance contractuelle représentant la légitime contrepartie du travail réalisé, elles ne sont pas des faveurs faites au salarié qui devrait se contenter de les recevoir lorsque l'employeur veut bien les lui « donner », puis s'abstenir de les réclamer lorsque l'employeur déciderait souverainement de les suspendre ou de les supprimer. Cette conception dégradante du salaire et du salarié ne doit pas perdurer.

393, 394. Une évolution nécessaire. En l'état, le pouvoir de modification unilatérale du salaire, tiré de sa faculté de dénonciation des usages et engagements unilatéraux que détient l'employeur, pose un vrai problème social¹²⁹⁸. Il n'est pas imaginable que la théorie juridique puisse à ce point s'écarter du fait et, plus encore, du bon sens, en s'arc-boutant sur la « fiction [du] désintérêt du salarié pour la rémunération de son travail »¹²⁹⁹. Comme le note Monsieur le Professeur Langlois, « l'analyse règlementaire des normes collectives pêche gravement pour n'avoir jamais voulu tenir compte de cette élémentaire réalité » ; « elle n'a jamais su rendre compte du fait que ces normes s'adressent à des individus dont elles modèlent les relations personnelles », et de ce fait elle revêt un « caractère superficiel »¹³⁰⁰. Il est particulièrement souhaitable que la Cour de cassation modifie sa position, en admettant que tout élément de salaire est par nature contractuel compte-tenu de son caractère objectivement déterminant du consentement des parties et de leur accord de volontés¹³⁰¹, et en reconnaissant que la nature de l'avantage doit prévaloir sur sa source, tout élément de salaire institué par une norme

¹²⁹⁷ Supra, n°368 et s.

¹²⁹⁸ P. Langlois, préc. : « il est socialement difficile d'admettre qu'un avantage dont un salarié a régulièrement bénéficié puisse disparaître par la seule volonté de l'employeur ». Cf également M. Véricel, « La contractualisation des avantages nés de normes d'entreprise atypiques », Dr. Soc. 2000, p. 833.

¹²⁹⁹ F. Jault-Seseke et M. Moreau, D 1999, p. 526.

¹³⁰⁰ Art. préc.

¹³⁰¹ Supra, n°349 et s.



collective s'incorporant en conséquence de plein droit au contrat de travail¹³⁰², à l'instar de ce que pratique le droit anglais avec la notion de « clause-pont implicite »¹³⁰³. La dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral instituant un élément de salaire serait donc sans effet à l'égard des salariés dont le contrat de travail a été conclu antérieurement à la dénonciation¹³⁰⁴.

Une telle évolution n'a rien d'impossible. Elle procède d'une idée simple, exprimée par Monsieur le Professeur Couturier en des termes éloquents : « qui touche au salaire touche au contrat »¹³⁰⁵.

395. Un motif d'espoir ? La Cour de cassation elle-même y a récemment été sensible. A contrecourant des principes habituellement appliqués, une décision, certes non publiée

¹³⁰² Voir supra, n°69.

¹³⁰³ Cf P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 207 et s. L'auteur explique que pour la jurisprudence anglaise, lorsqu'ils instituent un élément de salaire, les conventions collectives et les usages « n'ont de valeur qu'incorporés au contrat. Il est donc possible, en recourant au mécanisme de la clause-pont implicite, de soutenir que, même s'il est prévu par un usage ou une convention collective, l'élément en cause est contractuel. Ainsi, le droit anglais donne toute sa force au contrat qui constitue véritablement la seule source des attentes des contractants ».

¹³⁰⁴ Cf en ce sens M. Henry, qui écrit que « si l'usage disparaît en tant que norme collective, il n'en découle pas qu'il puisse disparaître dans les rapports individuels » (« Salaire : le "tout contractuel" fait de la résistance », Dr. Ouv. 2009, p.316) ; cf. M. Véricel, qui estime que tout élément de rémunération porté à la connaissance du salarié par l'employeur doit être considéré comme contractualisé (« La contractualisation des avantages nés de normes d'entreprise atypiques », Dr. Soc. 2000 p. 833) ; cf. P. Langlois, qui considère que « notre droit positif devrait affirmer la solution esquissée par la jurisprudence ancienne, selon laquelle la dénonciation d'un usage non suivi d'un accord de substitution ne peut justifier la disparition des avantages individuels acquis par les salariés du fait de l'application de l'usage » (« Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé », Dr. Soc. 1999 p. 125) ; cf. E. Dockès qui, à la suite de l'arrêt précité du 28 janvier 1998, espérait que soit considéré comme acquis que « une prime d'origine conventionnelle ou tirée d'un engagement unilatéral ne pourra être détruite sans suivre, en plus de la procédure de modification de son support d'origine, la procédure de modification des contrats individuels de travail » (RJS 1998, p. 168, « Consécration de la nature contractuelle du salaire ») ; cf. F. Duquesne, qui note que, « lorsqu'est en cause la rémunération, substrat de l'obligation de l'employeur, la négociation contractuelle s'impose quel que soit le support de l'élément de salaire concerné (...). La dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral ne peut produire effet sans qu'intervienne une négociation contractuelle » (« Incidence de la nature contractuelle de l'avantage salarial sur le régime juridique de l'usage d'entreprise », JCP E 2000, p. 59) ; Cf. F. Jault-Seseke et M. Moreau, qui considèrent que « la dénonciation de l'usage devrait être sans effet sur le salaire » (D. 1999, p. 526) ; Cf. enfin M. Morand, qui écrit que « la Cour de cassation aurait pu tout aussi bien privilégier la nature de l'avantage sur la norme juridique qui lui donne naissance en considérant que cette dénonciation laissait subsister ceux des avantages ayant la nature d'avantages acquis à titre individuel » (« Propos sur la modification du contrat de travail ou des conditions de travail », JCP E 1997, 643).

¹³⁰⁵ « Qui touche au salaire touche au contrat », G. Couturier, *Liaisons sociales* 4/2008, p. 82.



et à ce jour restée isolée, mérite d'être signalée. Un employeur ayant supprimé une prime instituée par voie d'usage, une salariée avait saisi la juridiction prud'homale aux fins d'en obtenir paiement. La Cour d'appel de Paris¹³⁰⁶ avait fait droit à cette demande en considérant que la prime était incorporée au contrat de travail. Le pourvoi de l'employeur lui reprochait d'avoir ainsi statué sans avoir constaté la contractualisation expresse de la prime issue de l'usage. La cassation semblait inévitable mais, contre toute attente au regard de sa jurisprudence constante, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Après avoir énoncé que « *le paiement d'une prime est obligatoire pour l'employeur lorsque son versement résulte d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité* », c'est-à-dire après avoir rappelé les critères et le régime de l'usage, la Cour a considéré que les juges du fond, ayant « *constaté que la prime litigieuse, qui relevait d'un usage au sein de l'entreprise, avait toujours été payée à la salariée depuis le début de la relation contractuelle* », avaient à bon droit « *pu décider que, compte-tenu de sa fixité et de sa constance, elle constituait un élément de salaire qui ne pouvait être supprimé sans son accord* »¹³⁰⁷.

Hors toute « contractualisation » spécifique, le seul versement constant (en l'espèce, pendant 25 ans) de l'élément de salaire issu de l'usage a été jugé suffisant pour interdire sa suppression unilatérale par l'employeur. En d'autres termes, « c'est l'usage lui-même qui a produit la contractualisation »¹³⁰⁸. Il faut souhaiter que cet arrêt isolé qui donne plein effet à la nature contractuelle du salaire, peu important l'intervention d'une source collective, soit confirmé. En attendant, comme le note Patrice Adam, il témoigne de ce que l'idée selon laquelle « "qui dit rémunération dit contrat", refuse de mourir », ce qui s'explique notamment par ce que cette idée « immédiatement, à la conscience, se présente comme juste »¹³⁰⁹.

¹³⁰⁶ CA Paris, 21^e Ch. C, 21 novembre 2006, n°06/02744.

¹³⁰⁷ Cass. Soc. 11 mars 2008, n°07-40210, Dr. Ouv. 2008, p. 488, note P. Adam.

¹³⁰⁸ M. Henry, art. préc.

¹³⁰⁹ P. Adam, Dr. Ouv. 2008, p. 488.



Conclusion de la première partie

396. *L'omniprésence du contrat dans l'établissement de la relation de travail.* Au terme de cette étude, il apparaît que l'institution de la subordination est en tout point contractuelle. Le contrat définit, met en place, chacun des aspects de la relation subordonnée de travail. Il en fixe les règles, toutes les règles. Son champ d'influence est global. Tant l'existence d'une situation de subordination en elle-même, c'est-à-dire l'existence d'un rapport de pouvoir¹³¹⁰, que le champ d'application¹³¹¹ et la mesure¹³¹² de ce pouvoir, ainsi que sa contrepartie¹³¹³, résultent de l'accord de volontés des parties.

L'opposition traditionnelle entre contrat et pouvoir n'a donc pas lieu d'être puisque les deux notions s'articulent. Le pouvoir est exercé en exécution du contrat, dans le cadre tracé par lui et à la mesure de ce qu'il a autorisé.

397. *La tentation persistante d'une négation du contrat.* Encore faut-il que le rôle du contrat soit respecté. Or, nombre d'employeurs ont réagi aux arrêts Raquin¹³¹⁴ et Le Berre¹³¹⁵ qui leur interdisaient de modifier unilatéralement le contenu du contrat de travail et d'interpréter le silence du salarié comme une acceptation, en vidant les contrats écrits de travail de leur contenu, prétendant ainsi nier le caractère contractuel de nombreux éléments du contrat pour étendre à l'extrême la catégorie nouvelle des « conditions de travail », pour le moins nébuleuse mais présentant l'avantage d'être

¹³¹⁰ Voir supra, n°34 et s.

¹³¹¹ Voir supra, n°62 et s.

¹³¹² Voir supra, n°219 et s.

¹³¹³ Voir supra, n°344 et s.

¹³¹⁴ Cass. Soc 8 octobre 1987, n°84-41902, Bull. Civ. V, n°541 ; Sem Soc Lamy 1987, p. 591, note B. Boubli ; Dr. Soc. 1988, p. 140, obs. J. Savatier ; GADT 4^e ed, 2008, J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès.

¹³¹⁵ Cass. Soc 10 juillet 1996, Bull. civ V, n°278, Dr. Soc. 1996, p. 976, note H. Blaise ; RJS 1996, n° 900 ; GADT 4^e ed, 2008.



entièrement soumise à leur pouvoir de direction¹³¹⁶.

En réaction, partant du constat que si « une conception rigoureuse de la force obligatoire des conventions peut être un instrument intéressant », c'est « à condition qu'on veuille bien entrer dans la logique d'une définition précise du contenu du contrat de travail »¹³¹⁷ et que « le pouvoir patronal est d'autant plus grand que [la] marge d'indétermination des obligations du salarié est grande »¹³¹⁸, la jurisprudence a eu le mérite de définir un « socle contractuel »¹³¹⁹ permettant d'identifier les éléments essentiels du contrat de travail. Ce mouvement jurisprudentiel, que l'on a pu qualifier « d'objectivation » du contenu du contrat de travail¹³²⁰, et qui reste encore inachevé¹³²¹, a permis d'apporter une ébauche de correctif à l'inégalité de la négociation. Il est désormais de jurisprudence constante que la qualification du salarié¹³²², le lieu de travail entendu comme un « secteur géographique »¹³²³, la durée du travail¹³²⁴ ou encore le salaire¹³²⁵, sont des éléments par nature contractuels. Il ne saurait en être autrement dès lors que ces « éléments du contrat » relèvent tous, soit de son objet (s'agissant des

¹³¹⁶ Sur le pouvoir de l'employeur de modifier les « conditions de travail », voir l'analyse de P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 199 et s.

¹³¹⁷ J. Hauser, « Pouvoir et contrat de travail », in « Le pouvoir du chef d'entreprise », dir J. Péliissier, Dalloz, coll thèmes et commentaires, 2002, p. 65.

¹³¹⁸ A. Supiot, *Critique du Droit du travail*, coll. les Voies du Droit, PUF, 1994, p. 121 s.

¹³¹⁹ P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383.

¹³²⁰ P. Waquet, art. préc ; P-H. Antonmattei, « les éléments du contrat de travail », Dr. Soc. 1999, p. 330 ; A. Lyon-Caen, « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie, à propos de la modification du contrat de travail », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Péliissier*, Dalloz 2004, p. 357 et s. ; S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl. n°1340 du 11 février 2008 ; A. Fabre, « Le régime du pouvoir de l'employeur », Thèse, Paris X, 2006, p. 317.

¹³²¹ Notamment en ce que ni les horaires de travail (cf. supra, n°164 et s.), ni le lieu de travail (cf. supra, n°199 et s.), ne sont reconnus par la jurisprudence comme des éléments du contrat de travail, participant de l'objet de l'obligation du salarié, et également en ce que l'existence d'une part « non contractuelle » de salaire est tolérée (Cf. supra, n°367 et s.).

¹³²² Cass. Soc. 2 octobre 2002, n°00-42003, RJS 2002 n°1351 ; Cass. Soc. 17 janvier 2006, n°04-40965 ; Cass. Soc. 25 mars 2009, n°07-45266 ; En réalité c'est la nature du travail, éventuellement identifiée par l'attribution d'une qualification, qui est un élément contractuel : voir infra, n° 67 et s.

¹³²³ Cass. Soc. 4 mai 1999, n°97-40576, Bull. Civ. V, n°186 ; RJS 1999, n°792 ; Dr. Soc. 1999, p. 737, obs. J-E. Ray ; GADT 4^e ed, 2008 ; Cass. Soc. 27 septembre 2006, n°04-47005.

¹³²⁴ Cass. Soc. 20 octobre 1998, n°96-40614, Bull. Civ. V, n° 433 ; RJS 1998, n°1445 ; Dr. Soc. 1998, p. 1045, obs. P. Waquet ; Cass. Soc. 21 mars 2000, n°97-40131, Bull. Civ. V, n°116.

¹³²⁵ Cass. Soc. 19 mai 1998, n°96-41573, Bull. Civ. V, n°265 ; Dr. Soc. 1998, p. 885, obs. G. Couturier ; Cass. Soc. 11 mars 2009, n°07-44051, Dr. Ouv. 2009, p. 320, obs. M. Henry.



contours de la sphère de subordination et des pouvoirs de l'employeur), soit de sa cause (s'agissant du salaire), et qu'ils font systématiquement l'objet d'un accord de volontés. Il n'y a donc pas d'atteinte à la liberté contractuelle¹³²⁶, mais simplement une exigence de respect de « l'intégrité » du contrat de travail, contrat spécial dont l'objet des obligations peut être déterminé objectivement.

398. Mais, aussi précieux soit ce mouvement jurisprudentiel, il ne règle pas le problème de l'insuffisance du contrat en tant qu'instrumentum, ni celui du manque d'information du salarié qui en résulte. Comme le relèvent Madame Bousez et Monsieur Moreau¹³²⁷, en l'absence de contrat écrit, ou en présence d'un contrat minimaliste plus proche de la lettre d'engagement que du véritable contrat et ne comportant pas la stipulation précise des droits et obligations réciproques des parties, le contenu du contrat de travail est incertain¹³²⁸ et, en pratique, dangereusement susceptible de variations : l'exigence de détermination et l'information du salarié sur ses droits et obligations se trouvent pour le moins malmenées par le flou contractuel. Certes, s'agissant d'éléments par nature contractuels, la pratique relative à ces éléments est contractualisée, et le salarié est en droit de s'opposer à leur modification unilatérale. Mais le sait-il ? La connaissance de ce droit (et donc sa mise en œuvre) par le salarié est souvent illusoire en ce qu'elle implique, d'une part, sa conscience de la distinction entre la forme et la substance du contrat et, d'autre part, sa connaissance des subtilités jurisprudentielles dans l'élaboration du socle contractuel.

Il faut bien constater que l'article L 1221-1 du Code du travail, selon lequel « le contrat

¹³²⁶ Sur les restrictions à la liberté contractuelle en matière de contrat de travail, voir G. Couturier, « La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif », in *La négociation du contrat de travail*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2004, Coll. Thèmes et commentaires, p. 7. L'auteur estime notamment que « le renouveau du contrat de travail dont on fait si volontiers état, semble être, dans une large mesure, celui d'un contrat sans la liberté contractuelle ».

¹³²⁷ Ces auteurs constatent que « nombreux sont les contrats non écrits » et que « même lorsque le contrat est écrit, il n'apparaît pas avec évidence que l'objet de l'engagement y soit entièrement consigné » (F. Bousez et M. Moreau, « A propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail », JCP E 1997, 705).

¹³²⁸ Dans le même sens, P. Waquet relève qu'une difficulté « tient à l'imprécision formelle du contrat de travail : souvent celui-ci n'est pas écrit ou se borne à un écrit plus ou moins lacunaire. Savoir ce qu'il contient exactement, quelles sont les dispositions essentielles, afin de savoir si elles sont ou non modifiées, n'est pas évident » (P. Waquet, art. préc.).



de travail est soumis aux règles du droit commun » et « peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter », est responsable de bien des maux affectant les relations de travail, et réduit beaucoup la portée pratique de la jurisprudence relative à « l'objectivation » du contenu du contrat de travail, laissant grande ouverte à l'employeur la voie de la définition et de la modification unilatérales du contrat. Il apparaît indispensable d'assurer une meilleure information du salarié quant à l'étendue de ses droits et obligations et de la sphère de subordination.

399. Une voie à explorer : l'institution d'un formalisme du CDI. Pour atteindre ce but, assortir la conclusion du contrat de travail à durée indéterminée d'un formalisme strict¹³²⁹ apparaît particulièrement approprié¹³³⁰. Ce d'autant plus que le contrat à durée indéterminée est considéré comme « la forme normale et générale de la relation de travail »¹³³¹, concernant la majorité des salariés.

Imposer la rédaction d'un écrit, comportant un certain nombre de mentions obligatoires correspondant aux éléments par nature contractuels, c'est-à-dire le salaire¹³³² d'une part, les contours de la sphère de subordination¹³³³ d'autre part, et le pouvoir concédé à l'employeur (dans son principe comme dans son étendue) de dernière part¹³³⁴, n'a rien d'impossible. Il n'y aurait pas d'atteinte majeure au principe de liberté contractuelle puisqu'il s'agirait simplement d'imposer des thèmes de négociation obligatoires, technique bien connue des relations collectives de travail, au sein desquels les parties

¹³²⁹ Dont Jhering a résumé les vertus à travers sa célèbre formule « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté ».

¹³³⁰ En ce sens, M. Véricel considère le formalisme, dont il souhaite la généralisation dans toute relation de travail, comme un « instrument d'amélioration de la situation du travailleur subordonné », présentant « un intérêt non négligeable (...) pour le renforcement de la protection du salarié face aux pouvoirs de l'employeur » (M. Véricel, « le formalisme dans le contrat de travail », Dr. Soc. 1993, p. 818). Voir également M. Morand, « Pouvoir de direction et champ contractuel, nouvelles réflexions », JCP E 2003, 704 : « pour une meilleure délimitation de la zone d'influence du lien de subordination, il paraît également nécessaire de préciser la place de l'écrit dans la relation de travail, puisque celle-ci peut avoir pour conséquence d'élargir ou de restreindre le pouvoir de direction ».

¹³³¹ C. trav. art. L 1221-2, reprenant les dispositions de l'article 1 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 « sur la modernisation du marché du travail », qui énonçait que « le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale du contrat de travail ».

¹³³² Voir supra, n°347 et s.

¹³³³ Voir supra n°62 et s.

¹³³⁴ Voir supra, n°31 et s. (principe), et n°219 et s. (étendue).



restent parfaitement libres de décider de ce sur quoi elles s'accordent sans être par ailleurs privées de la faculté de prévoir diverses clauses supplémentaires. Il y aurait, au contraire, une grande avancée en faveur de la liberté contractuelle du salarié, souvent purement théorique. Quant aux sanctions du formalisme, il serait envisageable de considérer que, pour chaque élément contractuel non mentionné dans l'écrit, la pratique la plus favorable pour le salarié, exercée par les parties depuis le début de la relation de travail, serait contractualisée. Il serait également possible de prévoir la condamnation de l'employeur qui aurait méconnu le formalisme impératif à des dommages et intérêts réparant le préjudice nécessairement subi par le salarié du fait de l'indétermination de l'objet de ses obligations¹³³⁵.

400. L'institution d'un formalisme de la conclusion du contrat à durée indéterminée est d'autant plus réalisable que le droit du travail français est rompu à cette technique appliquée à la conclusion d'un grand nombre de contrats de travail. Le contrat de travail à durée déterminée¹³³⁶, le contrat de travail temporaire ou contrat de mission¹³³⁷, le contrat de travail à temps partiel¹³³⁸, le contrat d'apprentissage¹³³⁹, doivent tous être conclus par écrit. Tous doivent comporter certaines mentions obligatoires précisément énumérées. Entre autres mentions spécifiques au caractère temporaire de l'emploi et à l'exigence d'un motif de recours, le contrat à durée déterminée doit ainsi indiquer la qualification du salarié ainsi que « le montant de la rémunération et de ses différentes composantes, y compris les primes et accessoires de salaires s'il en existe »¹³⁴⁰. Des règles similaires s'appliquent au contrat de mission¹³⁴¹. Ces règles pourraient sans difficulté être étendue au contrat de travail à durée indéterminée.

¹³³⁵ On pourrait être tenté d'objecter que le non-respect du formalisme est imputable aux deux parties, et non au seul employeur. Ce serait là nier la réalité d'un contrat d'adhésion dont le salarié ne maîtrise pas le contenu ni la forme. La Chambre sociale de la Cour de cassation refuse cette fiction lorsqu'elle juge, par exemple, que l'application d'une clause de non-concurrence illicite cause nécessairement au salarié un préjudice qui doit être réparé (Cass. Soc. 11 janvier 2006, n°03-46933, Bull. Civ. V, n°8 ; Cass. Soc. 11 mars 2008, n°06-43910 ; Cass. Soc. 24 juin 2009, n°08-40055).

¹³³⁶ C. trav. art. L 1242-12 : « Le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit ».

¹³³⁷ C. trav. art. L 1251-16 : « Le contrat de mission est établi par écrit ».

¹³³⁸ C. trav. art. L 3123-14 : « Le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit ».

¹³³⁹ C. trav. art. L 6222-4 : « Le contrat d'apprentissage est un contrat écrit ».

¹³⁴⁰ C. trav. art. L 1242-12.

¹³⁴¹ C. trav. art. L 1251-16.



401. De surcroît, instituer un tel formalisme en matière de contrat de travail à durée indéterminée permettrait d'assurer la conformité du droit français du travail à la directive du 14 octobre 1991, « relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail »¹³⁴². Ce texte impose à l'employeur d'informer le salarié par écrit (contrat, lettre d'engagement ou autre) des éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail, et notamment de l'identité des parties, du ou des lieux de travail, de la qualification retenue, de la nature du travail, du montant du salaire, de la durée du travail, des droits à congés payés, de la convention collective applicable.

La France n'a jamais transposé cette directive¹³⁴³. Il est considéré¹³⁴⁴ que le bulletin de paie que l'employeur doit remettre au salarié¹³⁴⁵ assure la conformité du droit du travail français aux exigences communautaires. Certes, la directive ne s'oppose pas à ce que l'écrit qu'elle requiert soit un bulletin de paie, mais les mentions obligatoires qu'il comporte en France, aux termes de l'article R 3243-1 du Code du travail, ne sont pas suffisantes. Notamment, l'indication de la durée contractuelle du travail n'est pas exigée ; seuls « la période et le nombre d'heures de travail auxquels se rapporte le salaire » le sont. Or, cette mention n'a de sens qu'en vue de l'identification de la quantité de travail rémunérée ; elle n'a pas pour objet de *fixer* la durée contractuelle du travail. S'agissant du lieu de travail, la mention du « nom et [de] l'adresse de l'employeur ainsi que, le cas échéant, de l'établissement dont dépend le salarié » peut être interprétée autant comme faisant référence à l'établissement dont dépend administrativement le salarié, qu'au lieu où est effectué le travail. Enfin, s'agissant de la convention collective applicable, cette mention n'apporte qu'une information toute relative et incertaine dans

¹³⁴² Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, Journal officiel n° L 288 du 18/10/1991 p. 0032 – 0035. Consultable sur http://admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_391L0533.html.

¹³⁴³ Seul le décret n°94-761 du 31 août 1994 pourrait être considéré comme une norme de transposition (qualité qu'il revendique d'ailleurs), mais il n'est relatif qu'à la mention des droits à congés payés sur le bulletin de paie.

¹³⁴⁴ A tort, comme le souligne Monsieur le Professeur Verkindt (P-Y. Verkindt, « Le contrat de travail, modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003.

¹³⁴⁵ C. trav. art. L 3243-2 : « Lors du paiement du salaire, l'employeur remet aux personnes mentionnées à l'article L3243-1 une pièce justificative dite bulletin de paie ».



la mesure où il est désormais considéré par la Cour de cassation qu'elle ne vaut que présomption simple de son applicabilité, l'employeur étant admis à apporter la preuve contraire¹³⁴⁶.

Au-delà de la question de la conformité du droit interne à la directive de 1991, une information par la voie du bulletin de paie n'est pas satisfaisante. Le bulletin de paie, en effet, ne revêt pas la force morale et juridique du contrat de travail et n'assure donc pas la parfaite protection du salarié qui peut légitimement douter de la portée de ce document. Alors que le contrat *impose*, en tant que loi des parties, le bulletin de paie *constate*. Il n'est, au mieux, qu'un élément de preuve du contenu d'une convention qui se trouve ailleurs et qui doit assurer elle-même l'information des parties sur leurs droits et obligations réciproques.

¹³⁴⁶ Cass. Soc. 15 novembre 2007, n°06-44008, Bull. Civ. V, n°191 ; Cass. Soc. 2 juillet 2008, n°07-41473.



Partie 2. L'exclusion contractuelle de la subordination

402. Usage excessif du pouvoir = faute. Le pouvoir de l'employeur, consenti¹³⁴⁷ à des fins organisationnelles¹³⁴⁸ et en contrepartie d'un salaire¹³⁴⁹, s'exerce dans un certain domaine, la sphère de subordination¹³⁵⁰, et recouvre un certain nombre de prérogatives assorties de limites¹³⁵¹. Dès lors qu'il fait un usage excessif de son pouvoir (par le dépassement de son domaine d'exercice, par l'émission d'une directive qu'il n'a pas été habilité à formuler ou par la méconnaissance des limites encadrant de manière générale ou spécifique son pouvoir) ou, dès lors qu'il use de son pouvoir sans en respecter la contrepartie (sans verser le salaire dû), l'employeur commet une faute.

403. Usage excessif du pouvoir = manquement contractuel. Cette faute commise dans le cadre de l'exercice du pouvoir caractérise un manquement contractuel puisque tant le pouvoir que son domaine, ses déclinaisons, ses limites, sa contrepartie, sont institués et définis par l'habilitation contractuelle à laquelle ont procédé les parties. Les notions de faute de l'employeur et de manquement contractuel se confondent ; elles sont indissociables dans la mesure où tout comportement de l'employeur susceptible d'être qualifié de faute à l'égard du salarié est nécessairement un manquement contractuel. L'usage du pouvoir est borné par le contrat qui l'a institué, et le dépassement du pouvoir s'apprécie au regard de ce même contrat et des obligations qu'il met à la charge de l'employeur.

¹³⁴⁷ Sur le fondement contractuel du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°31 et s.

¹³⁴⁸ Sur la finalité du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°220 et s.

¹³⁴⁹ Sur le salaire, contrepartie de la subordination, voir supra, n°354 et s.

¹³⁵⁰ Sur la définition par le contrat d'une sphère de subordination, voir supra, n°62 et s.

¹³⁵¹ Sur les prérogatives détenues par l'employeur et leurs limites, voir supra, n°223 et s.



404. Usage excessif du pouvoir = dénaturation de la subordination. La caractéristique de cette faute contractuelle est d'avoir de surcroît un impact systématique sur la subordination : puisque celle-ci est le « verso » du pouvoir¹³⁵², un usage excessif ou anormal du pouvoir entraîne symétriquement une subordination excessive ou anormale du salarié. En prétendant exercer un pouvoir plus étendu que celui qui lui a été concédé, l'employeur prétend contraindre le salarié à une obéissance plus étendue que celle qu'il s'est engagé à tolérer. La faute de l'employeur dénature toujours la subordination ; ses effets sont toujours ressentis par le salarié.

Cette dénaturation de la subordination peut prendre deux formes.

405. Dénaturation de la subordination caractérisée par son maintien indue. Lorsque la faute de l'employeur consiste en un non-paiement du salaire, la dénaturation de la subordination est caractérisée par son *maintien indue*. La subordination se trouve dépourvue de contrepartie, privée de cause. Rien ne justifie plus que le salarié subisse les directives de l'employeur, qu'il demeure dans son état de subordination et persiste à respecter ses obligations. En l'absence de paiement du salaire convenu, l'employeur ne peut légitimement exercer aucun pouvoir envers le salarié.

406. Dénaturation de la subordination caractérisée par son extension indue. Lorsque la faute de l'employeur consiste en un dépassement de son pouvoir, la dénaturation de la subordination résulte de son *extension indue*. En exerçant une prérogative qui ne lui a pas été confiée, ou en exerçant une prérogative au-delà des limites spécifiques dont elle est assortie, ou encore, en prétendant faire usage de son pouvoir pour modifier les contours de la sphère de subordination, l'employeur entend contraindre le salarié à une subordination accrue, à laquelle celui-ci n'a pas consenti et qui ne résulte donc pas du contrat de travail. De même, en faisant d'une prérogative un usage tel qu'une limite générale du pouvoir est méconnue, l'employeur alourdit l'obligation de subordination du salarié : il prétend lui imposer une modification des

¹³⁵² Sur les liens entre subordination et pouvoir, voir supra, n°34 et s.



prévisions contractuelles¹³⁵³, un empiètement sur sa vie personnelle¹³⁵⁴, ou encore une mise en danger de sa personne¹³⁵⁵. Dans ces hypothèses, la subordination est étendue de manière indue, illégitime, et devient sujétion. L'employeur quitte le terrain de l'exercice de son pouvoir juridique et bascule sur celui de l'usage de sa capacité d'influence¹³⁵⁶.

407. Pouvoir d'initiative du salarié. Dans ces situations de faute de l'employeur dénaturant la subordination, le salarié, créancier d'une obligation d'utilisation du pouvoir par l'employeur conforme aux prévisions contractuelles, tire du contrat un pouvoir d'initiative qui lui permet d'écarter l'exécution du contrat et de se soustraire à son obligation de subordination, de la rejeter. Le contrat fournit au salarié divers outils (Titre 1), au régime largement commun (Titre 2), pour réagir au comportement fautif de l'employeur. Le « subordonné » s'efface devant le contractant pour faire respecter les termes du contrat ou tirer les conséquences d'un non-respect irrémédiable.

¹³⁵³ Sur l'absence d'habilitation de l'employeur à la modification unilatérale du contrat, voir supra, n°293 et s.

¹³⁵⁴ Sur l'absence d'habilitation de l'employeur à l'exercice d'une influence sur la vie personnelle du salarié, voir supra, n°308 et s.

¹³⁵⁵ Sur l'absence d'habilitation de l'employeur à la mise en danger de la personne du salarié, voir supra, n°316 et s.

¹³⁵⁶ Sur la distinction entre pouvoir juridique et capacité d'influence, ou pouvoir de fait, voir supra, n°3 et s.



Titre 1. Identification des pouvoirs contractuels d'initiative du salarié

408. Le contrat de travail réserve au salarié divers moyens d'action. Confronté au manquement contractuel de l'employeur et à la dénaturation de la subordination qui en résulte, le salarié peut opérer soit une suspension du contrat et de la subordination (Chapitre 1), soit une rupture du contrat et de la subordination (Chapitre 2).



Chapitre 1. Le pouvoir de suspension de la subordination

409. Si la reconnaissance jurisprudentielle de la faculté du salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail en cas de manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles¹³⁵⁷, consécration de son pouvoir de s'extraire définitivement de sa situation de subordination en mettant fin au contrat, a été largement commentée et assimilée, la faculté du salarié de *suspendre* l'exécution du contrat de travail et la situation de subordination en cas de manquement patronal, autrement dit, d'user de l'exception d'inexécution, qui a également fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle explicite¹³⁵⁸, ne doit pour autant pas être perdue de vue.

L'exception d'inexécution est en effet complémentaire à la prise d'acte ; confronté à un manquement contractuel de l'employeur, le salarié ne souhaite pas forcément en tirer des conséquences définitives en termes de rupture du contrat. Il peut préférer, pour des raisons qui lui sont propres, obtenir l'exécution des engagements contractuels méconnus. L'exception d'inexécution présente l'intérêt de permettre la poursuite de cet objectif sans avoir à recourir à un juge.

Le droit du salarié d'invoquer l'exception d'inexécution résulte directement du contrat de travail, contrat synallagmatique soumis aux règles de droit commun¹³⁵⁹. L'exception d'inexécution constitue une prérogative du salarié qui peut être exercée soit individuellement (section 2), soit collectivement dans le cadre d'un usage du droit de

¹³⁵⁷ Voir infra ; n°426 et s.

¹³⁵⁸ Sur la position de la Cour de cassation, Voir infra, n°422.

¹³⁵⁹ C. trav. art. L 1221-1.



grève en réaction à un manquement de l'employeur (section 1).

Section 1. L'exception d'inexécution exercée collectivement

410. Mécanisme. La grève est définie par la jurisprudence comme un arrêt de travail collectif et concerté en vue de faire aboutir des revendications professionnelles¹³⁶⁰. Classiquement, elle est déclenchée par les salariés en vue d'obtenir des avantages nouveaux (tels qu'une amélioration des conditions de travail ou une augmentation de salaire) ou pour s'opposer à une décision de l'employeur licite mais défavorable pour les salariés ou considérée comme telle par eux (réorganisation...).

Mais il arrive également que la cessation collective du travail survienne en réaction à un manquement de l'employeur, afin de le contraindre à mettre fin à son comportement fautif et à respecter ses obligations ; les salariés ne revendiquent rien de nouveau mais exigent le respect de leurs droits par l'employeur, par exemple en matière de paiement des salaires ou de respect des règles de sécurité.

411. Nature. En un tel cas, la cessation collective du travail s'apparente au mécanisme de l'exception d'inexécution. C'est parce que l'employeur n'exécute pas ses obligations à leur égard que les salariés suspendent l'exécution de leurs propres obligations et se soustraient à la subordination issue du contrat de travail. Ils refusent de poursuivre l'accomplissement de leur prestation tant que l'employeur ne se conforme pas à ses obligations. L'inexécution reprochée à l'employeur est invoquée à titre d'exception. En ce sens, Monsieur le Professeur Savatier considère que, lorsqu'elle a pour but le respect de ses obligations par l'employeur, « la cessation du travail ne correspond pas seulement à l'exercice du droit de grève en vue d'appuyer des revendications professionnelles, mais à l'utilisation, par une partie à un contrat synallagmatique, de son droit de suspendre l'exécution de ses obligations lorsque l'autre n'exécute pas les siennes. Les grévistes usent de l'exception d'inexécution du droit civil en s'abstenant de fournir leur prestation

¹³⁶⁰ Voir notamment : Cass. Soc. 29 mars 1995, n°93-41863, Bull. Civ. V, n°111.



à un employeur qui ne respecte pas ses obligations contractuelles »¹³⁶¹.

La licéité d'une telle cessation collective du travail est reconnue par la jurisprudence sur le fondement du droit de grève¹³⁶². L'opposition au manquement contractuel de l'employeur est une revendication professionnelle et le recours collectif à l'exception d'inexécution caractérise l'usage du droit de grève. En réalité, les deux mécanismes se cumulent ; les salariés recourent à l'exception d'inexécution *et* à la grève. Le droit commun des contrats aurait suffi à justifier la licéité du mouvement, mais c'est la qualification de grève qui est retenue par la jurisprudence, ce qui permet aux salariés de bénéficier de la protection contre le licenciement qui s'y attache.

Est ainsi reconnue aux salariés la faculté de se soustraire à l'autorité de l'employeur et de tenter de le contraindre eux-mêmes (sans recours au juge) à exécuter ses obligations à leur égard, à user de son pouvoir dans des conditions conformes aux prévisions contractuelles. C'est donc d'une « riposte »¹³⁶³, d'une « réaction nécessaire »¹³⁶⁴ des salariés qu'il s'agit. L'exception d'inexécution fait figure, à titre collectif comme à titre individuel, d'instrument de « justice privée » permettant à un (ou plusieurs) contractant d'obtenir de l'autre partie l'exécution de ses obligations. Le mécanisme est remarquable car il permet au salarié de prendre une initiative non judiciaire en vue d'obtenir le respect de ses droits ; il tend, sinon à rétablir l'égalité entre les contractants, du moins à atténuer leur inégalité¹³⁶⁵.

412. *Maintien du salaire.* Par ailleurs, la jurisprudence a fixé le principe selon lequel la

¹³⁶¹ J. Savatier, *Dr. Soc.* 1991, p. 322 ; Dans le même sens, A. Cristeau écrit que « le recours à la grève correspond au jeu de l'exception d'inexécution (A. Cristeau, *Grève et contrats*, Thèse, 1999, Paris 1). Voir également en ce sens P. Waquet, « L'indemnisation des grévistes contraints de recourir à la grève par suite d'un manquement de l'employeur à ses obligations », *Dr. Soc.* 1991, p. 315 ; G. Lyon-Caen et J. Pélissier, *Traité*, 14^e ed., n°950 ; R. Vatinet, « Grève en réponse à un manquement commis par l'employeur après l'adoption d'un plan de redressement », *JCP S* 2006, 1648 ; P-Y. Gautier, *RTD civ.* 1993, p. 847.

¹³⁶² Voir notamment, parmi une jurisprudence abondante, *Cass. Soc.* 12 mars 1959, *Dr. Soc.* 1959, p. 413 ; *Cass. Soc.* 3 mai 2007, n°054-4776, *Bull. Civ. V*, n°65 ; *JCP S* 2007, 1546, note D. Asquinazi-Bailleux ; *Cass. Soc.* 4 décembre 2007, n°06-42463 ; *Cass. Soc.* 16 décembre 2009, n°07-41768.

¹³⁶³ A. Cristeau, *préc.*

¹³⁶⁴ P. Waquet, *préc.*

¹³⁶⁵ Sur ce trait commun des différents pouvoirs d'initiative du salarié, voir *infra*, n°525 et s.



grève – exception d'inexécution peut ne pas donner lieu à retenue sur salaire. On sait que la grève suspend le contrat de travail¹³⁶⁶ de sorte qu'en principe, l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire pendant la période au cours de laquelle le salarié ne fournit pas sa prestation de travail¹³⁶⁷, l'obligation de verser le salaire ne reprenant qu'avec la reprise du travail.

Mais, par exception, la jurisprudence a institué la règle selon laquelle, dès lors que « *les salariés se sont trouvés dans une situation contraignante telle qu'ils ont été obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, directement lésés par suite d'un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations* »¹³⁶⁸, l'employeur doit maintenir le salaire pendant la période de cessation de travail. A défaut, les salariés grévistes peuvent solliciter sa condamnation au versement d'une indemnité compensatrice de salaires et, le cas échéant, de dommages et intérêts. Un défaut de paiement des salaires¹³⁶⁹ y compris des heures supplémentaires¹³⁷⁰, un défaut de fourniture de travail¹³⁷¹, une modification unilatérale des contrats de travail¹³⁷², ou encore des manquements en matière de sécurité¹³⁷³, sont susceptibles de caractériser la situation contraignante résultant d'un manquement grave et délibéré de l'employeur¹³⁷⁴.

¹³⁶⁶ C. trav. art L 2511-1 : « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ».

¹³⁶⁷ Cass. Soc. 1er juin 1951, Dr. Soc. 1951, p. 530 ; Cass. Soc. 7 février 1980, JCP, 1980, I, 8870, p. 202, n° 15, obs. B. Teyssié ; Cass. Soc. 5 février 2002, RJS 2002, n°479.

¹³⁶⁸ Cass. Soc. 20 février 1991, n°89-41148, Dr. Soc. 1991, p. 318, note J. Savatier (l'arrêt énonce le principe mais en écarte l'application en l'espèce) ; Cass. Soc. 2 mars 1994, n°92-41134, Bull. Civ. V, n°75 ; RJS 1994 n°453 ; Cass. Soc. 21 mai 1997, n°95-42542, Bull. Civ. V n°183 ; RJS 1997, n°854 ; TPS 1997, comm. 211 ; Cass. Soc. 28 octobre 1997, n°96-41776, RJS 1997, n°1416 ; Cass. Soc. 5 janvier 2005, n°03-40075.

¹³⁶⁹ Cass. Soc. 14 mars 1979, n°76-41143 ; Cass. Soc. 27 novembre 1990, n°88-45790. Le « caractère alimentaire » des rémunérations est visé dans ces arrêts pour justifier la solution.

¹³⁷⁰ Cass. Soc. 3 mai 2007, n°05-44776, JCP S 2007, 1546, note D. Asquinazi-Bailleux ; RDT 2007, p. 538, note O. Leclerc. Pour la Cour de cassation, le « non-paiement des heures supplémentaires » caractérise « **à l'évidence** un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations ».

¹³⁷¹ Cass. Soc. 26 février 1992, n°90-40760, Bull. Civ. V, n°124.

¹³⁷² Cass. Soc. 4 octobre 2005, RJS 2005, n°1757. Il s'agissait en l'espèce d'une « réduction unilatérale du temps de travail d'une partie des salariés, ce qui avait pour résultat une réduction de leur rémunération ».

¹³⁷³ Cass. Soc. 11 décembre 1985, n°83-45566, Bull. Civ. V, n°601 ; Cass. Soc. 21 mai 1997, n°95-42542, Bull. Civ. V, n°183 ; TPS 1997, comm. 211.

¹³⁷⁴ Pour une étude plus complète des applications du critère par la jurisprudence, voir infra, n°485 et s. et 494 et s.



Toute grève – exception d'inexécution ne donne pas automatiquement lieu au maintien du salaire, même si le manquement patronal est réel et démontré : les critères énoncés par la Cour de cassation, qui traduisent l'exigence d'un manquement patronal *d'une certaine gravité*¹³⁷⁵, doivent être remplis. Lorsque tel est le cas, l'usage du droit de grève est à tel point légitime qu'il n'emporte « aucun préjudice financier au détriment de ceux qui y recourent »¹³⁷⁶. Puisque la suspension du contrat est imputable à la faute de l'employeur, c'est à celui-ci d'en supporter le coût, non aux salariés¹³⁷⁷. L'efficacité du mécanisme de l'exception d'inexécution en est renforcée puisque les salariés n'en subissent pas les conséquences pécuniaires qui auraient pu être dissuasives.

A l'inverse, un manquement patronal réel mais non suffisamment grave ne permet pas aux salariés grévistes d'obtenir le paiement des jours de grève. Pour autant, la non réunion des critères de maintien des salaires n'a pas pour effet de disqualifier le mouvement collectif qui est bien un mouvement de grève ayant les traits d'une exception d'inexécution, ni de désavouer l'initiative des salariés ; leur mouvement est licite et légitime, mais le manquement patronal qu'il s'agit de combattre n'est pas jugé suffisamment grave pour justifier le maintien des salaires, qui n'est qu'exceptionnel. Il se peut donc que l'invocation collective de l'exception d'inexécution soit couronnée de succès en ce sens qu'elle aboutit à la cessation du comportement fautif de l'employeur, mais au prix d'une perte de salaire correspondant aux journées de grève suivies pour l'obtenir, la situation des salariés n'étant pas jugée « contraignante ». Il est procédé à une hiérarchisation des fautes de l'employeur, toutes n'entraînant pas les mêmes conséquences de sorte que les salariés ne peuvent parfois obtenir le respect de leurs droits qu'à leurs frais.

¹³⁷⁵ Sur la constance de l'exigence d'une certaine gravité des manquements de l'employeur pour autoriser l'usage par le salarié de l'un de ses pouvoirs d'initiative, voir infra, n°494 et s.

¹³⁷⁶ B. Teyssié, Jurisclasseur Travail, Traité, fasc 70-20.

¹³⁷⁷ Cf. En ce sens, J. Savatier (art. préc.) : « La suspension du contrat est imputable à l'employeur, comme l'aurait été sa rupture. C'est donc l'employeur qui doit en supporter la charge ». Dans le même sens, A. Cristeau explique que « l'employeur contraint les salariés à recourir à la grève. La suspension du contrat de travail lui est donc imputable. Effectuer une retenue sur salaire reviendrait à accentuer le préjudice que subissent les grévistes. Indemniser les salariés du temps non travaillé, c'est rétablir un équilibre entre les manquements réciproques (...). Si le recours à la grève est justifié par l'exception d'inexécution, son indemnisation repose bien sur l'existence d'un préjudice qu'il convient de réparer.



Section 2. L'exception d'inexécution exercée individuellement

413. Au-delà de son utilisation collective, l'exception d'inexécution peut être invoquée par le salarié à titre individuel. Entre ses mains, elle est une prérogative d'application générale; il peut y être recouru en réaction à tout manquement contractuel de l'employeur. Mais en marge de ce pouvoir d'initiative d'application générale, issu du droit commun des contrats, qui peine à trouver une véritable reconnaissance en droit du travail (sous-section 2), le législateur a reconnu au salarié la faculté, nommée « droit de retrait », de suspendre l'exécution de ses obligations dans un cas particulier, celui d'une situation dangereuse pour sa santé ou sa sécurité (sous-section 1).

Sous-section 1. Le droit de retrait, cas légal d'exception d'inexécution

414. Le « droit de retrait », dont le mécanisme a été défini légalement (§1), est avant tout conçu comme un droit individuel de protection, mais ses conditions et ses effets en font une forme d'exception d'inexécution de droit commun (§2).

§1. Le mécanisme légal du droit de retrait

415. Notion. Le droit de retrait s'entend du droit pour le salarié de se retirer d'une situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé¹³⁷⁸, sans que cette initiative constitue une faute susceptible de sanction disciplinaire ni une inexécution justifiant une retenue sur salaire¹³⁷⁹. Confronté à des tâches présentant un tel danger, en elles-mêmes (tâches intrinsèquement dangereuses) ou compte-tenu des circonstances dans lesquelles elles

¹³⁷⁸ C. trav. art. L 4131-1 : « Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection.

Il peut se retirer d'une telle situation ».

¹³⁷⁹ C. trav. art. L 4131-3 : « Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux ».



doivent être accomplies (équipements défectueux, conditions climatiques particulières...), le salarié peut légitimement refuser d'exécuter sa prestation de travail, du moins en ses aspects dangereux¹³⁸⁰.

416. *Appréciation du bien-fondé de l'initiative du salarié.* En cas de contentieux portant sur le bien-fondé du recours au droit de retrait (dans le cadre d'une demande du salarié en rappel de salaire après que l'employeur aura refusé de rémunérer les heures non travaillées, ou dans celui d'une demande en annulation d'une sanction disciplinaire ou d'un licenciement¹³⁸¹ réprimant l'initiative prise par le salarié), il revient au juge d'apprécier si le salarié avait un « motif raisonnable » de se penser exposé à un « danger grave et imminent ». C'est donc la réalité et la légitimité d'une croyance du salarié qui doit être recherchée, ce dont il résulte que le juge ne peut se contenter de relever l'absence de danger pour dire illégitime le recours au droit de retrait ; il doit analyser la perception qu'a eu le salarié de la situation¹³⁸².

En réalité, comme le relève Madame Gardin¹³⁸³, le raisonnement compte deux étapes. La discussion porte d'abord sur l'existence même du danger grave et imminent à l'origine de l'initiative du salarié ; s'il est établi, le débat est clos puisque ce constat objectif emporte démonstration de ce que le salarié a agi sur la base d'un « motif raisonnable », sa crainte étant non seulement sincère mais de surcroît bien fondée (le salarié savait ou pressentait qu'il était exposé à un danger et tel était bien le cas) ; la preuve du danger emporte preuve du motif raisonnable ; le recours au droit de retrait était légitime¹³⁸⁴.

¹³⁸⁰ J.-M. Gasser parle d'un mécanisme « fondé sur le concept simple du "sauve qui peut" ».

¹³⁸¹ Depuis un arrêt du 28 janvier 2009, la Cour de cassation sanctionne de nullité le licenciement motivé par l'exercice légitime du droit de retrait (Cass. Soc. 28 janvier 2009, n°07-44556, Dr. Ouv. 2009, p. 286, note M. Estevez, JCP S 2009, 1226, note P.-Y. Verkindt).

¹³⁸² Les juges du fond ne peuvent donc pas dire mal-fondé l'usage du droit de retrait en se bornant à constater l'inexistence d'un danger grave et imminent. Ils doivent rechercher s'il existait un motif raisonnable de croire à l'existence de ce danger inexistant, sauf à encourir la cassation (Cass. Soc. 11 juillet 1989 n°86-43497, RJS 1989, n°687 ; Dr. Ouv. 1989, p. 492 ; Cass. Soc. 30 octobre 2001, n°99-43094 ; Cass. Soc. 23 mars 2005 n°03-42412 ; Cass. Soc. 5 juillet 2011, n°10-23319).

¹³⁸³ A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », RJS 2009 p. 599.

¹³⁸⁴ Voir par exemple Cass. Soc. 1^{er} mars 1995, n°91-43406, CSBP 1995, B 76 (le « défaut persistant de conformité des installations de l'entreprise avec les normes de sécurité » étant établi, les salariés « étaient fondés à se prévaloir d'une situation dangereuse ») ; Voir également Cass. Soc. 22 octobre 2008 n°07-



Si, en revanche, le juge écarte l'existence d'un danger grave et imminent, c'est que le salarié n'a pas usé de son droit de retrait à juste titre, et il faut déterminer si cette initiative mal fondée est excusable ou non ; c'est l'objet de la seconde étape de la discussion, qui consiste à identifier les « raisons d'agir » du salarié. A ce titre, il faut d'abord opérer un « contrôle de sincérité », c'est-à-dire déterminer si l'usage du droit de retrait malgré l'absence de danger finalement établie relève d'une erreur (le salarié était persuadé, à tort, qu'il était exposé à un danger), d'une prise de précaution (le salarié le craignait sans en être persuadé) ou d'une mauvaise foi (le salarié avait parfaitement conscience de ne courir aucun danger). Si la mauvaise foi est retenue, l'usage du droit de retrait est illégitime¹³⁸⁵ et la discussion s'achève. Si, au contraire, c'est d'erreur ou de précaution qu'il s'agit, il faut vérifier son caractère raisonnable à partir de la recherche d'une « apparence de danger »¹³⁸⁶ ; dans le cas d'une erreur, c'est un « contrôle de l'erreur raisonnable d'appréciation » qu'il faut opérer pour identifier quelle apparence a pu tromper le salarié en le convainquant de l'existence d'un danger en réalité inexistant et déterminer si l'erreur n'est pas excessivement grossière¹³⁸⁷, sans perdre de vue sur ce point que le salarié n'est pas un expert en matière de sécurité et que l'analyse doit être opérée in concreto, c'est-à-dire en tenant compte notamment de sa personnalité, de ses antécédents médicaux¹³⁸⁸, de son expérience. Dans le cas d'une prise de précaution, il faut s'assurer que l'apparence de danger était suffisante pour emporter un doute

43740 (les agresseurs d'un salarié, contrôleur de la SNCF, n'ayant pas été arrêtés, « présentaient un danger pouvant laisser craindre pour la sécurité des agents en service »).

¹³⁸⁵ Cf. en ce sens J. Grinsnir, qui vise « l'abus manifeste » (J. Grinsnir, « Sécurité et conditions de travail : le point sur les questions en évolution », Dr. Ouv. P 335), P. Chaumette, qui fait référence à « l'erreur consciente du salarié, son intention malicieuse » (P. Chaumette, « Le comité d'hygiène, de sécurité, et des conditions de travail et le droit de retrait du salarié », Dr. Soc. 1983 p. 425), M. Bonnechère, qui estime que « la théorie de l'abus de droit, qui impliquerait sans doute ici la mauvaise foi ou l'erreur grossière du salarié », doit être utilisée (M. Bonnechère, « Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », Dr. Ouv. 1994, p. 173).

¹³⁸⁶ A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », préc.

¹³⁸⁷ En ce sens, A. Gardin (art. préc.) estime qu'il faut déterminer si le salarié « a pu légitimement se tromper en confrontant les éléments objectifs et ses caractéristiques personnelles » ; Cf. également J. Grinsnir qui estime que « la notion de motif raisonnable vise uniquement à écarter les paniques irraisonnées et les abus manifestes ». Par exemple la présence de « courants d'air » ne peut constituer un motif raisonnable de craindre un danger grave et imminent (Cass. Soc. 17 octobre 1989, n°86-43272).

¹³⁸⁸ Il a été confirmé par la Cour de cassation que le danger grave et imminent n'est pas nécessairement « extérieur » à la personne du salarié ; le danger peut n'être constitué qu'en raison d'une pathologie du salarié, par exemple des difficultés respiratoires interdisant le travail au contact d'animaux et produits chimiques (Cass. Soc. 20 mars 1996, n°93-40111, RJS 1996, n°554 et concl. Y. Chauvy p. 319 ; JCP E, II, 850, note G. Lachaise ; Dr. Ouv. 1996, p. 505, note M. Bonnechère ; Dr. Soc. 1996, p. 684, note J. Savatier).



raisonnable en matière de sécurité et justifier que le danger soit présumé jusqu'à preuve du contraire. Si, au terme de ces contrôles il apparaît que l'usage du droit de retrait relevait d'une erreur compréhensible¹³⁸⁹ du salarié ou d'une précaution justifiée¹³⁹⁰, son exercice est légitime, peu important qu'en réalité aucun danger n'ait jamais menacé l'intéressé.

§2. Le droit de retrait, forme d'exception d'inexécution

417. Droit individuel de protection. Le droit de retrait est avant tout un instrument de protection individuelle, un outil de prévention des risques professionnels, de « préservation de la santé du travailleur »¹³⁹¹. Il est le prolongement du droit fondamental à la santé¹³⁹². En ce sens, comme le souligne Monsieur le Professeur Verkindt, il peut être qualifié de « véritable droit de la personne humaine »¹³⁹³. Il est une matérialisation du droit de chacun à la préservation de sa santé.

418. Moyen de pression. Mais, plus qu'un « simple » droit individuel du salarié, le droit de retrait est une véritable prérogative opposable à l'employeur¹³⁹⁴. Il constitue un

¹³⁸⁹ Par exemple, la crainte erronée d'un danger lié à la conviction du salarié d'un manque de sécurisation d'un échafaudage peut constituer un motif raisonnable (Cass. Soc. 23 juin 2004, n°02-45401) ; le déclenchement d'une alarme censée réagir à une dose anormale de radioactivité peut également caractériser un motif raisonnable de crainte, peu important qu'en fin de compte, il s'avère que l'alarme s'était déclenchée à tort (CA Nancy, 28 octobre 2008, signalé par A. Gardin).

¹³⁹⁰ Ainsi, le salarié confronté à un « dégagement de poussières par une machine plus important qu'à l'ordinaire », a un motif légitime de craindre un danger grave et imminent, et à se retirer de son poste de travail jusqu'à l'avis de la commission de sécurité sollicitée ; le doute était suffisant pour qu'un avis éclairé soit requis ; il l'était également pour justifier l'usage du droit de retrait à titre de précaution dans l'attente de cet avis (Cass. Soc. 26 novembre 1987, n° n°85-43600) ; de même, l'absence de vérification par le service compétent de la qualité des réparations (relatives au système de freinage) qu'il avait lui-même ordonnées sur un camion, justifie que le salarié refuse de prendre le risque de conduire le véhicule (Cass. Soc. 5 juillet 2000, n°98-43481).

¹³⁹¹ A. Bousiges, « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », Dr. Soc. 1991, p. 279.

¹³⁹² Sur le droit à la santé, voir supra, n°316 et s.

¹³⁹³ P-Y. Verkindt, JCP S 2009, 1226, «Avoir raison en matière de droit de retrait n'est pas sans risque mais la Cour de cassation veille ».

¹³⁹⁴ Pour T. Lahalle, « le "droit" de retrait est une prérogative individuelle » (T. Lahalle, « A propos du devoir d'abstention d'un membre d'équipage d'un avion », JCP S 2010, 1256) ; pour A. Gardin, « l'affirmation [par l'art L 4131-1] d'une prérogative au bénéfice du travailleur ne fait pas de doute » (A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », préc.).



moyen de pression du premier envers le second, destiné à obtenir de ce dernier le respect de l'obligation de sécurité. En refusant d'exécuter un travail dangereux, le salarié contraint l'employeur passif à agir pour faire cesser le danger, peu important d'ailleurs que la situation dangereuse soit apparue du fait de l'employeur (non-respect d'une norme de sécurité, consigne dangereuse, matériel défectueux...) ou qu'elle ait une source extérieure (circonstance climatique, environnementale...); le danger peut avoir une source extérieure, non imputable à l'employeur, mais le manquement à l'obligation de sécurité est constitué dès lors que celui-ci s'abstient de prendre en temps utile les mesures nécessaires pour l'écartier et le laisse ainsi subsister. Tout le sens du droit de retrait est de permettre de dépasser l'inertie de l'employeur pour le contraindre, sans recours au juge¹³⁹⁵, à user de son pouvoir dans un sens conforme aux exigences de sécurité, afin de « le mettre devant ses responsabilités »¹³⁹⁶. Le droit de retrait a pour objet, non seulement de permettre une « mise à l'abri » du salarié (c'est la préoccupation première), mais également d'aboutir à une mise en conformité des conditions de travail avec les règles de sécurité¹³⁹⁷ (préoccupation seconde). Cette nature de moyen de pression apparaît clairement dans un arrêt par lequel la Cour de cassation a approuvé un Conseil de prud'hommes d'avoir dit légitime l'usage du droit de retrait par plusieurs salariés, « *fondés à se prévaloir d'une situation dangereuse pour leur vie ou leur santé pour cesser leur travail* » après avoir constaté que cette cessation était motivée par le « *défaut persistant de conformité des installations de l'entreprise avec les normes de sécurité* », sans pour autant relever, ainsi que le soulignait le pourvoi de l'employeur, la gravité et l'imminence du danger¹³⁹⁸. Le droit de retrait avait été légitimement invoqué pour contraindre l'employeur à mettre fin à une situation dangereuse qu'il tardait à faire cesser.

¹³⁹⁵ Une initiative judiciaire est également possible ; c'est l'hypothèse de l'arrêt « Snecma » (voir supra, n°319).

¹³⁹⁶ G. Lachaise, « Le droit de retrait des salariés de leur poste de travail », JCP E 1991, p. 451.

¹³⁹⁷ Cf. A. Bousigues, qui écrit : « ne peut-on considérer que le retrait vise à faire en sorte que l'employeur remédie à la situation dangereuse ? En ce sens, ce serait aussi un moyen de pression » ; il s'agirait toutefois d'un « indirect » car « en premier lieu le salarié veut protéger sa santé » (A. Bousigues, « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », préc.).

¹³⁹⁸ Cass. Soc. 1^{er} mars 1995, n°91-43406, CSBP 1995, B 76 ; comme le relève Monsieur Miara à propos de cet arrêt, « le danger peut résulter d'une situation durable non combattue ou inefficacement combattue jusqu'ici » (S. Miara, Jurisclasseur fasc 20-10).



419. Forme d'exception d'inexécution. Si le droit de retrait peut ainsi être qualifié de prérogative, de moyen de pression, c'est parce qu'il adopte les traits caractéristiques et le régime de l'exception d'inexécution. Il est une forme d'exception d'inexécution¹³⁹⁹ en ce qu'il emporte suspension non du *contrat* mais de *l'obligation* du débiteur, en l'occurrence, l'obligation du salarié d'exécuter des tâches dangereuses (des tâches de remplacement pouvant donc lui être confiées¹⁴⁰⁰), en raison de l'inexécution par le cocontractant de ses obligations ou de l'une d'elles, en l'occurrence l'obligation de sécurité.

La mise en œuvre du droit de retrait emporte donc inexécution, à titre d'exception, de l'obligation d'effectuer la ou les tâche(s) dangereuse(s), et surtout emporte inexécution (partielle) de l'obligation de subordination puisqu'une désobéissance du salarié se trouve légitimée. En cela, le droit de retrait constitue un pouvoir d'initiative du salarié¹⁴⁰¹, qui lui permet d'aller à l'encontre des ordres de l'employeur, de dépasser (d'inexécuter) sa situation de subordination pour assurer -et faire assurer- sa sécurité à laquelle il n'a pas renoncé en contractant. Le droit de retrait marque une opposition au pouvoir patronal. Il implique un refus d'obéir qui « apparaît comme un cas d'insubordination », une « dérogation au devoir d'obéissance »¹⁴⁰². Il heurte frontalement le pouvoir de l'employeur dont il justifie la « mise sous contrôle »¹⁴⁰³ et caractérise ainsi une « altération de l'autorité de l'employeur »¹⁴⁰⁴, à double titre puisqu'au refus d'obéir, s'ajoute la volonté de guider l'usage du pouvoir patronal. Si l'on se réfère au contentieux qu'il suscite, c'est d'ailleurs bien ainsi que le droit de retrait est

¹³⁹⁹ Cf. en ce sens, C. Chabas, qui considère que le droit de retrait est « un cas d'exception d'inexécution » (C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, Thèse LGDJ, Coll Bibliothèque de Droit privé n°380, 2001, p. 334).

¹⁴⁰⁰ Cf. sur ce point Y. Duguet, « Danger grave et retrait du travail », RPDS 1992 p. 223 ; S. Miara, Jurisclasseur fasc 20-10).

¹⁴⁰¹ Sur le trait commun des pouvoirs d'initiative du salarié tenant au rejet de la subordination qu'ils impliquent, voir infra, n°525 et s.

¹⁴⁰² A. Bousigues, « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », préc. Cf. également en ce sens S. Miara, préc. Cf. encore J. Rivero et J. Savatier (*Droit du travail*, PUF, Thémis, 13^e ed., 1993) qui relèvent que « la situation dangereuse apparaît comme un fait justificatif d'une désobéissance du salarié ».

¹⁴⁰³ P-Y. Verkindt, préc.

¹⁴⁰⁴ A. Bousigues, préc.



perçu par certains employeurs ; des licenciements de salariés ayant usé de leur droit de retrait ont été motivés par leur « insubordination »¹⁴⁰⁵, par un « refus d'exécuter un ordre, de se soumettre aux instructions »¹⁴⁰⁶, par un « refus d'obéissance »¹⁴⁰⁷, ou même par la « remise en cause du pouvoir de l'employeur »¹⁴⁰⁸.

420. Si la loi rappelle le pouvoir du salarié de recourir au mécanisme de l'exception d'inexécution pour faire respecter son droit à la sécurité, au-delà de ce rappel ponctuel ce pouvoir existe, sur le fondement du contrat et indépendamment de toute disposition légale spécifique, afin de faire respecter chacun des droits nés du contrat.

Sous-section 2. Le recours à l'exception d'inexécution de droit commun

421. Faculté du salarié d'user de l'exception d'inexécution. La faculté reconnue au salarié de recourir à l'exception d'inexécution de droit commun n'est pas considérée comme une évidence et n'est quasiment pas étudiée par la doctrine travailliste¹⁴⁰⁹, ce qui peut sembler étonnant. La difficulté ne vient pas d'une incompatibilité entre le contrat de travail et la technique de l'exception d'inexécution. Le contrat de travail est ouvert au jeu de l'exception, ce qui est logique puisqu'il est un contrat synallagmatique soumis aux règles de droit commun et puisque le mécanisme en cause « sanctionne l'inexécution de tout contrat, voire de tout rapport synallagmatique »¹⁴¹⁰. Rien n'exclut l'exception d'inexécution en droit du travail. D'ailleurs, la faculté d'user de l'exception d'inexécution dans le cadre du contrat de travail est reconnue à l'employeur. En cas d'absence sans motif légitime du salarié (qui n'exécute pas sa prestation de travail),

¹⁴⁰⁵ Cass. Soc. 23 mars 2005, n°03-42412.

¹⁴⁰⁶ Cass. Soc. 9 mai 2000, n°97-44234, Bull. Civ. V, n°175 ; RJS 2000, n°683 ; TPS 2000, comm. 222 ; Dr. Ouv. 2001, p. 30, note A. De Senga ; CSBP, n°123, p. 684, note C. Charbonneau ; Dr. Soc. 2000, p. 778, note G. Couturier.

¹⁴⁰⁷ Cass. Soc. 20 janvier 1993, n°91-42028, Bull. Civ. V, n°22 ; RJS 1993 n°285 ; JCP E, II 494.

¹⁴⁰⁸ Cass. Soc. 28 janvier 2009, n°07-44556, Dr. Ouv. 2009, p. 286, note M. Estevez ; JCP S 2009, 1226, note P-Y. Verkindt.

¹⁴⁰⁹ Il semble que seule Madame Pochet a abordé la question de « l'abandon de poste résultant d'un manquement de l'employeur [qui] constitue une simple exception d'inexécution » (P. Pochet, « Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail », JCP S 2005, n°1435).

¹⁴¹⁰ C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, Thèse, LGDJ, Coll Bibliothèque de Droit privé, T. 321, 1999, p. 2.



outre l'éventuelle sanction disciplinaire que l'employeur pourrait décider d'infliger, il est certain que le salaire afférent aux heures ou aux journées non travaillées ne sera pas payé. Il est admis que cette retenue sur salaire ne constitue pas une sanction pécuniaire mais n'est que la « conséquence du caractère synallagmatique du contrat de travail »¹⁴¹¹. Confronté à l'inexécution par le salarié de son obligation d'exécuter sa prestation de travail, l'employeur s'abstient d'exécuter son obligation réciproque de paiement du salaire¹⁴¹². « Pas de travail, pas de salaire » ; la règle est connue.

A la règle réciproque n'est pas associée la même évidence. « Pas de salaire (ou autre : pas d'emploi conforme aux prévisions contractuelles, etc.), pas de travail » ? Il y a, à l'égard de ce principe, à tout le moins une réticence. Confronté à l'inexécution de ses obligations par l'employeur, le salarié peut, outre saisir le juge prud'homal, agir sur le terrain contractuel soit en prenant acte de la rupture, ce qui implique qu'il renonce à son emploi, soit en usant du droit de grève, ce qui implique que plusieurs salariés soient confrontés au même manquement et soient prêts à agir. Mais il ne pourrait pas suspendre individuellement l'exécution de ses obligations.

Il faudrait admettre que l'exception d'inexécution serait réservée au seul employeur, à l'exclusion du salarié. Ce ne serait pas le contrat de travail, mais la qualité de salarié, qui serait incompatible avec l'exception d'inexécution. Or, aucun motif légitime ne permet de refuser au salarié, partie au contrat synallagmatique de travail, l'usage de cette prérogative contractuelle. Certes, le recours à l'exception d'inexécution va à l'encontre du lien de subordination, du pouvoir de l'employeur. Mais la subordination n'est qu'une obligation contractuelle du salarié¹⁴¹³, susceptible comme toute obligation d'être suspendue par le jeu de l'exception d'inexécution en cas de manquement de l'employeur, notamment si celui-ci n'use pas de son pouvoir, qui n'est qu'une prérogative

¹⁴¹¹ J-F. Césaro, « Les conséquences d'un refus légitime de travailler sur la rémunération », JCP S 2008, 1466. L'auteur évoque « une déclinaison travailliste de l'exception d'inexécution ».

¹⁴¹² Et « la retenue sur salaire doit correspondre au temps exact de la cessation de travail » (Cass. Soc. 26 janvier 2011, n°08-45204, JCP S 2011, 1166, note C. Puigelier).

¹⁴¹³ Sur la nature d'obligation contractuelle du salarié que revêt la subordination, voir supra, n°26.



contractuelle¹⁴¹⁴, dans le respect des règles dont il est assorti¹⁴¹⁵. L'exception d'inexécution déploie dans le cadre du contrat de travail ses effets habituels qui conduisent, s'agissant d'un usage par un contractant subordonné, non seulement à un inaccomplissement de la prestation de travail mais également à un rejet -temporaire- de l'état de subordination¹⁴¹⁶.

Le recours par le salarié à l'exception d'inexécution ne se heurte à aucun obstacle juridique. Il peut en être fait usage face à tout type de manquement patronal¹⁴¹⁷ sous réserve, le cas échéant, d'un degré de gravité « suffisant »¹⁴¹⁸.

422. Admission par la Cour de cassation du recours du salarié à l'exception d'inexécution. Le désintérêt apparent de la doctrine travailliste pour le recours par le salarié à l'exception d'inexécution est d'autant plus surprenant que la Cour de cassation a clairement confirmé sa recevabilité. Un arrêt du 22 juin 2004 avait laissé entrevoir le principe. Un salarié invoquait l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement notifié pour « *abandon de poste* », en affirmant « *qu'il était en droit de considérer que l'employeur ne respectait pas ses engagements, ce qui l'autorisait dans cette situation conflictuelle à ne pas reprendre son travail tant qu'elle n'avait pas été réglée* », de sorte qu'il n'avait pas commis la faute grave retenue à son encontre par l'employeur et les juges du fond. A cela, la Cour de cassation avait répondu qu'il « *revient au juge d'apprécier la réalité et la gravité de la faute reprochée au salarié* »¹⁴¹⁹, c'est-à-dire l'abandon de poste. Or, comme l'a relevé Madame Pochet¹⁴²⁰, « sa réalité et sa gravité dépendent essentiellement de la raison de l'attitude du salarié, ce qui renvoie au grief imputé à l'employeur », ce qui pouvait conduire à admettre qu'en présence de

¹⁴¹⁴ Sur le fondement contractuel du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°34 et s.

¹⁴¹⁵ Sur la nature de manquement contractuel d'un usage excessif du pouvoir, voir supra, n°402 et s.

¹⁴¹⁶ Sur le rejet de l'état de subordination résultant de l'usage des différents pouvoirs d'initiative du salarié, voir infra, n°525 et s.

¹⁴¹⁷ Pour un inventaire complet des manquements patronaux autorisant le recours à l'exception d'inexécution, voir infra, n°494 et s.

¹⁴¹⁸ Sur la récurrence du critère de gravité suffisante pour l'usage des différents pouvoirs d'initiative du salarié, voir infra, n°480 et s.

¹⁴¹⁹ Cass. Soc. 22 juin 2004 n°02-42392, RJS 2004, n°1131.

¹⁴²⁰ P. Pochet, art préc.



manquements patronaux établis et suffisamment graves, « l'abandon de poste » du salarié devrait être requalifié en exception d'inexécution, dépourvue de caractère fautif, et que le licenciement se trouverait privé de cause réelle et sérieuse. Il n'était cependant pas évident que telles aient été les intentions de la Cour de cassation, d'autant qu'en l'espèce les griefs du salarié ont été jugés infondés (la prime de productivité réclamée n'était pas due), de sorte que le licenciement a été dit justifié par une faute grave.

Les doutes qui pouvaient subsister ont, depuis, été levés. Un salarié ayant fait l'objet d'une mise à pied disciplinaire qu'il estimait injustifiée avait « *refusé de reprendre le travail tant qu'il ne serait pas payé des salaires correspondant* », et l'employeur l'avait licencié pour « *refus de reprendre le travail* ». Saisie par l'employeur, la Cour de cassation a constaté que la Cour d'appel avait jugé que « *la mise à pied disciplinaire était injustifiée* » et l'a approuvée d'en avoir « ***justement déduit que le refus du salarié de reprendre le travail tant qu'il ne serait pas payé des salaires dont il avait été privé pendant cette période n'était pas fautif*** », la Cour de cassation ajoutant que « ***le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations*** »¹⁴²¹.

Le salarié peut valablement refuser d'exécuter ses obligations contractuelles en cas d'inexécution réciproque de l'employeur. Le principe se trouve désormais clairement énoncé ; il est d'autant mieux assis qu'une jurisprudence antérieure en avait fait, avant même son énoncé explicite, une application relativement abondante. Il a ainsi été jugé, à plusieurs reprises, que n'était pas fautif et ne justifiait donc pas le licenciement, le refus du salarié d'exécuter sa prestation de travail en raison d'un non-paiement du salaire¹⁴²²,

¹⁴²¹ Cass. Soc. 23 juin 2009, n°07-44844, Bull. Civ. V, n°158 ; JCP S 2009, 1419, note F.Dumont (dans son commentaire, l'auteur considère que le mécanisme évoque ceux de la prise d'acte et du droit de retrait, mais ne mentionne pas l'exception d'inexécution).

¹⁴²² Cass. Soc. 6 juin 2001, n°99-43484 : « *l'absence du salarié le 3 février 1997 avait été provoquée par le défaut de paiement de son salaire ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le comportement du salarié n'était pas fautif...* » ; Cass. Soc. 7 décembre 1999, n°97-42878, Bull. Civ. V, n°473 : « *la cour d'appel a constaté que l'employeur avait fait effectuer des heures supplémentaires qu'il n'avait pas rémunérées ; elle a dès lors décidé à bon droit que le salarié avait pu valablement, compte-tenu de l'inexécution de ses obligations par l'employeur, refuser d'exécuter les heures de travail supplémentaires demandées* » ; Cass. Soc. 19 janvier 1994, n°90-45845 : « *le comportement du salarié [refus de reprendre le travail à l'issue des congés, présenté comme une « mesure de représailles contre l'employeur »] avait été provoqué par la modification*



d'une modification imposée du contrat, notamment une modification de l'emploi¹⁴²³, ou encore, en raison de la tentative de l'employeur d'imposer le port d'une tenue de travail en contradiction avec les termes de la convention collective¹⁴²⁴.

Le principe a également fait l'objet d'applications *a contrario* ; à plusieurs reprises, ce n'est qu'après avoir conclu au caractère infondé des griefs invoqués par le salarié que les juges ont estimé que l'inexécution de sa prestation de travail était fautive et qu'en conséquence le licenciement était justifié, laissant ainsi entendre que le bien-fondé des griefs aurait retiré à « l'abandon de poste » son caractère fautif¹⁴²⁵.

423. Pouvoir d'initiative du salarié. Est ainsi reconnu au salarié le pouvoir de réagir aux manquements de l'employeur et d'user d'un moyen de contrainte pour tenter d'obtenir de lui le respect de ses obligations, sans avoir à saisir le juge prud'homal dans le cadre d'une action en exécution du contrat de travail. C'est un moyen de pression

substantielle de son contrat de travail [suppression d'un avantage en nature], imposée, sans justification, par l'employeur », de sorte que « le licenciement ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse » ; Cf. également Cass. Soc. 6 novembre 2002, n°00-41852, qui reproche à une Cour d'appel d'avoir dit justifié le licenciement motivé par un abandon de poste « sans rechercher si le comportement de la salariée n'était pas la conséquence du différend entre les parties au sujet des heures supplémentaires » (cassation).

¹⁴²³ Cass. Soc. 18 janvier 2000, n°97-45144 : cassation de l'arrêt ayant dit justifié le licenciement prononcé pour « abandon de poste et insubordination (...) alors que le refus du salarié de poursuivre l'exécution de son contrat de travail qui avait fait l'objet d'une modification imposée par l'employeur n'est pas fautif » ; Cass. Soc. 7 décembre 2004, n°01-46254 : « la cour d'appel qui a fait ressortir qu'à la date de l'abandon de poste reproché par l'employeur, la modification intervenue du contrat de travail [réduction des responsabilités] justifiait que le salarié ait refusé de poursuivre son exécution, en a exactement déduit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse » ; Cf. également Cass. Soc. 9 mars 2011, n°09-66134, JCP S 2011, 1324 : l'employeur ayant modifié unilatéralement les fonctions du salarié, celui-ci « était en droit de refuser l'exécution du contrat de travail modifié sans son accord », de sorte que son « absence (...) n'était pas fautive ».

¹⁴²⁴ Cass. Soc. 3 juin 2009 n°08-40346, Bull. Civ. V, n°144 ; JCP S 2009, 1476, note B. Bossu (« les salariés, qui refusaient de porter l'uniforme, ne se sont plus présentés sur leur poste de travail » et ont été licenciés pour faute grave. Ayant constaté que les conditions fixées par la convention collective n'étaient pas réunies, de sorte que le port d'un uniforme ne pouvait être imposé aux deux salariés en cause, « la cour d'appel a pu décider que les licenciements ne procédaient pas d'une cause réelle et sérieuse »).

¹⁴²⁵ Cass. Soc. 10 octobre 2001, n°99-45374 : « La cour d'appel a constaté [que] le salarié avait abandonné son poste de travail sans que soit établie l'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles ; qu'elle a pu décider qu'un tel comportement constituait une faute grave justifiant la rupture du contrat à durée déterminée » ; Cass. Soc. 28 juin 2006, n°04-48597 : « l'employeur était revenu sur sa décision de modifier les horaires de travail », de sorte que « l'abandon de poste constituait la faute grave visée dans la lettre de licenciement » ; Cass. Soc. 4 juin 2008, n°07-40588 : « cet abandon de poste, que le salarié ne pouvait justifier par le refus de l'employeur de satisfaire ses revendications salariales, rendait impossible la poursuite du contrat de travail et constituait une faute grave ».



extra-judiciaire qui est reconnu au salarié en vue d'obtenir l'exécution du contrat. « Arme défensive »¹⁴²⁶, « sorte de légitime défense contractuelle »¹⁴²⁷, l'exception d'inexécution fait, de surcroît, figure de contre-pouvoir du salarié, lui permettant de dépasser son état de subordination pour s'opposer à l'employeur qui méconnaît le contrat de travail. Le salarié prend une initiative que le contrat autorise et qui entraîne une opposition au pouvoir de l'employeur exercé de manière excessive. En cela, l'exception d'inexécution apparaît comme une prérogative exercée par un contractant à l'encontre de l'autre, à laquelle le rapport de subordination est impuissant à faire obstacle et devant laquelle, au contraire, il cède.

424. Sur le plan pratique, les faiblesses de l'exception d'inexécution ne peuvent cependant pas être occultées. Le salarié agit seul (à la différence d'un recours à la grève), en invoquant un droit relativement méconnu et qui n'est pas rappelé ni protégé par le Code du travail (au contraire du droit de retrait et du droit de grève), dans le cadre d'une relation de travail qui perdure (l'exception d'inexécution n'entraîne pas, contrairement à la prise d'acte, la rupture du contrat de travail). Son initiative a toute chance d'aboutir à son licenciement motivé notamment par un « abandon de poste », ce que tend à confirmer l'étude du contentieux¹⁴²⁸. L'intérêt pratique de l'exception d'inexécution pour obtenir, en cours d'exécution du contrat de travail dont la rupture n'est pas souhaitée, le respect par l'employeur de ses obligations contractuelles, est donc limité ; assorti d'un tel objectif, le mécanisme semble être une « arme illusoire pour le salarié »¹⁴²⁹ et il ne peut être raisonnablement conseillé à celui qui souhaite conserver son emploi. Son utilisation semble devoir être cantonnée à la situation dans laquelle le salarié est prêt à prendre le risque d'une rupture à l'initiative de l'employeur et à engager la procédure prud'homale qui lui permettra d'obtenir réparation des préjudices subis du fait de l'inexécution du contrat, puis de sa rupture, l'exception d'inexécution

¹⁴²⁶ C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, Thèse, LGDJ, Coll Bibliothèque de Droit privé n°321, 1999, p. 502.

¹⁴²⁷ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Précis Domat, 12^e édition, 2010.

¹⁴²⁸ Voir supra, n°422 ; le contentieux de l'exception d'inexécution est un contentieux du licenciement réprimant l'usage de l'exception d'inexécution ; Cf. en ce sens P. Pochet, qui relève que l'initiative du salarié « risque d'aboutir à un licenciement motivé par l'absence de fait de l'intéressé » (P. Pochet, « Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail », JCP S 2005, 1435)

¹⁴²⁹ A. Coeuret, dont les propos sont reproduits par C. Malecki, (Thèse préc.).



ouvrant ainsi un débat indemnitaire *a posteriori*.

425. En toute hypothèse, si les griefs du salarié sont jugés justifiés, l'employeur devrait être condamné au paiement des salaires afférents à la période de suspension du contrat de travail puisque c'est sa propre faute qui a contraint le salarié à ne plus exécuter sa prestation. Le régime de l'exception d'inexécution invoquée par le salarié à titre individuel serait ainsi aligné sur ce point sur celui du droit de retrait¹⁴³⁰ et sur celui de la grève – exception d'inexécution¹⁴³¹.

¹⁴³⁰ Sur le maintien du salaire pendant la période de suspension consécutive à l'usage du droit de retrait, voir *supra*, n°415.

¹⁴³¹ Sur le maintien du salaire pendant la période de suspension consécutive à l'usage collectif de l'exception d'inexécution, voir *supra*, n°412.



Chapitre 2. Le pouvoir de rupture de la subordination

426. Confronté aux manquements de l'employeur, le salarié a, outre la faculté de suspendre l'exécution du contrat de travail¹⁴³², celle de le rompre aux torts de son cocontractant, en usant du mécanisme de la résolution pour inexécution, dit « prise d'acte de la rupture ». Notion récente, du moins dans sa compréhension actuelle (section 1), la prise d'acte constitue une prérogative du salarié (section 2), celle de sanctionner d'une rupture immédiate les fautes de l'employeur.

Section 1. Reconnaissance de la prise d'acte

427. Après avoir tardivement consacré la prise d'acte (sous-section 1), la jurisprudence en a rapidement construit le régime en définissant ses conditions (sous-section 2) et son périmètre (sous-section 3) d'exercice.

Sous-section 1. Apparition de la prise d'acte

428. La pleine reconnaissance de cette prérogative est récente. Avant 2003, la jurisprudence la dissimulait derrière la notion de démission équivoque ou la fiction de l'imputation de la rupture.

429. ***Dissimulation derrière la notion de démission équivoque.*** Il a longtemps été considéré que l'expression de griefs à l'encontre de l'employeur par le salarié rompant le contrat de travail excluait sa « volonté claire et non équivoque de démissionner » et qu'il

¹⁴³² Sur l'exception d'inexécution invoquée par le salarié, voir supra, n°409 et s.



devait en être déduit que sa « démission » était nulle et qu'aucune rupture du contrat de travail n'était donc valablement intervenue¹⁴³³. Cependant, dès lors que dans les faits la relation de travail avait pris fin, il revenait au juge de qualifier cette rupture¹⁴³⁴, ce qui pouvait le conduire à considérer qu'en se prévalant à tort d'une démission du salarié, c'est l'employeur qui avait rompu le contrat de travail, par un licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse, puisque sans lettre motivée. Ce raisonnement était incohérent car il déduisait de la volonté équivoque du salarié de rompre le contrat *par la voie d'une démission* (équivoque relative au choix du mode de rupture, réelle puisque le salarié souhaitait rompre le contrat aux torts de l'employeur, non pour un motif personnel), une volonté équivoque de *rompre* le contrat (équivoque relative au principe même de la rupture, imaginaire puisque le salarié entendait effectivement rompre le contrat). Le raisonnement était également dangereux pour le salarié puisque, théoriquement, en l'absence de rupture valablement intervenue, l'employeur avait la possibilité de procéder à son licenciement motivé par son absence considérée comme injustifiée¹⁴³⁵.

430. *Dissimulation derrière la notion d'imputation de la rupture.* S'agissant du recours à la théorie de l'imputation de la rupture, le mécanisme repose sur le postulat que des fautes suffisamment graves d'un cocontractant peuvent emporter *en elles-mêmes* rupture du contrat de travail. Certains comportements fautifs d'une particulière gravité auraient pour effet de rompre le contrat de travail malgré l'absence de volonté exprimée en ce sens par l'auteur du comportement en cause. Dans ce cadre, l'initiative de la rupture fait référence à la démarche du salarié qui *constate* la rupture du contrat, induite par les fautes de l'employeur¹⁴³⁶. Le comportement fautif de ce dernier lui rend

¹⁴³³ Cf. le célèbre arrêt « Mocka » : Cass. Soc. 26 septembre 2002 n°00-41823, Bull. Civ. V, n°284.

¹⁴³⁴ Cass. Soc. 14 novembre 2000, n°98-42849, Bull. Civ. V, n°366 : « lorsque l'employeur et le salarié sont d'accord pour admettre que le contrat de travail a été rompu, chacune des parties imputant à l'autre la responsabilité de cette rupture, il incombe au juge de trancher le litige en décidant quelle est la partie qui l'a rompu ».

¹⁴³⁵ Cass. Soc. 10 juillet 2002, n°00-44386, Dr. Soc. 2002, p. 1014, obs. G. Couturier : « en l'absence de volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner, il appartient à l'employeur qui lui reproche un abandon de poste de le licencier ».

¹⁴³⁶ La prise d'acte ne faisait « qu'acter une rupture de fait » (F. Géa, « La prise d'acte est une rupture de droit », in « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte », controverse, RDT 2009, p. 688).



la rupture imputable. L'employeur est donc, non seulement responsable de la rupture (ses fautes justifient la rupture par l'autre partie), il en est surtout *l'auteur* (ses fautes rompent de fait le contrat de travail). Si la rupture n'est effective qu'avec l'initiative prise par le salarié, elle est réputée lui préexister : son véritable auteur est l'employeur qui, malgré les apparences, est celui qui a rompu le contrat de travail. En conséquence, la rupture dont le salarié a pris l'initiative doit être *qualifiée* de licenciement. La Cour de cassation a très tôt usé de cette notion¹⁴³⁷.

Dissimuler la prise d'acte derrière la notion de démission équivoque ou l'imputation de la rupture avait pour conséquence qu'elle ne produisait ses effets (rupture et indemnisation) non en tant que prérogative du salarié, mais par emprunt des prérogatives de l'employeur, censé avoir *lui-même* irrégulièrement rompu le contrat de travail.

431. Ce n'est que le 25 juin 2003 que la Cour de cassation a consacré la prise d'acte en tant que mode autonome de rupture en énonçant, à l'occasion de trois arrêts, que « *lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission* »¹⁴³⁸.

Sous-section 2. Conditions de la prise d'acte

432. Définition de la prise d'acte. De ces arrêts et de la construction jurisprudentielle ultérieure, il résulte que la prise d'acte s'entend de *toute manifestation de volonté du salarié de rompre le contrat accompagnée de griefs à l'encontre de l'employeur, quelle qu'en soit la forme.*

¹⁴³⁷ Voir notamment Cass. Soc. 22 octobre 1959, n°57-41001, Bull. n°1032.

¹⁴³⁸ Cass. Soc. 25 juin 2003, n°01-42679, n° 01-42335, n° 01-43578, Bull. Civ. V, n°209 ; RJS 2003, p. 647, note J-Y. Frouin ; Dr. Soc. 2004, p. 90, note J. Mouly ; Dr. Soc. 2003, p. 817, note G. Couturier et J-E. Ray ; JCP G 2005, I, 1172, note J-F. Césaro.



433. Volonté de rompre. La manifestation de volonté de rompre doit être caractérisée : comme pour la démission, l'employeur ne peut interpréter les propos¹⁴³⁹, comportements¹⁴⁴⁰ et écrits¹⁴⁴¹ ambivalents du salarié pour se prévaloir d'une prise d'acte que celui-ci n'a, en réalité, pas entendu mettre en œuvre. La prise d'acte ne se présume pas¹⁴⁴².

434. Existence de griefs. L'existence de griefs est essentielle ; c'est le critère distinctif entre prise d'acte et démission. Une prise d'acte est nécessairement une rupture motivée par des griefs du salarié envers l'employeur. En l'absence de grief, la rupture ne peut pas être qualifiée de prise d'acte. En revanche, peu importe, au stade de la *qualification* de la rupture, que ces griefs soient bien fondés ou non. La notion de grief ne se confond pas avec celle de manquement de l'employeur. Le concept de manquement revêt un caractère objectif ; il s'agit de déterminer si le comportement de l'employeur est ou non fautif. La notion de grief doit être rapprochée de celle de reproche ; elle revêt un caractère subjectif ; il s'agit de l'appréciation du salarié à l'égard de certains comportements de l'employeur, de sa perception des faits. Si les reproches du salarié sont injustifiés (s'ils ne correspondent à aucun manquement de l'employeur), c'est sur le terrain des *effets* de la prise d'acte que des conséquences en résulteront (la prise d'acte n'ouvrira pas droit à indemnisation¹⁴⁴³), mais la qualification de prise d'acte subsistera¹⁴⁴⁴.

¹⁴³⁹ Propos tenant par exemple à l'évocation d'une *tentation* de rupture du contrat de travail, en raison de reproches envers l'employeur.

¹⁴⁴⁰ Par exemple, comportement du salarié qui quitte brusquement l'entreprise après une altercation avec l'employeur, mais se présente le lendemain à son poste.

¹⁴⁴¹ Lettre dont les termes ne permettent pas de dégager avec certitude une volonté de rompre.

¹⁴⁴² Un arrêt de la Cour de cassation, non publié, va à l'encontre de ce principe : une salariée avait notifié à son employeur la suspension de son contrat de travail en raison du non-paiement de ses salaires, et avait saisi la juridiction prud'homale en résiliation judiciaire du contrat de travail. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir fixé la date de la rupture à la date de notification de la suspension du contrat qui, selon eux, caractérisait une prise d'acte de la rupture par la salariée (par ailleurs justifiée) qui « avait choisi de ne plus remplir sa prestation de travail ». Il apparaissait pourtant clairement que la volonté de la salariée n'avait pas été de prendre acte de la rupture (Cass. Soc. 19 décembre 2007, n°06-44873).

¹⁴⁴³ Sur les effets indemnitaires de la prise d'acte, voir infra, n°455 et s.

¹⁴⁴⁴ En ce sens, F. Géa rappelle que « l'action du salarié, qu'elle soit justifiée ou non, ne conserve pas moins sa nature juridique de prise d'acte » (F. Géa, « La rétractation de la prise d'acte, dysharmonie jurisprudentielle », Sem. Soc ; Lamy 26 octobre 2009, n°1418, p. 7).



435. Absence de formalisme. Aucune condition de forme ne s'impose¹⁴⁴⁵. Plusieurs conséquences en résultent.

D'abord, si l'écrit présente des atouts pratiques évidents, notamment en termes de preuve, il ne s'impose pas. Le standard de la lettre de prise d'acte n'est pas incontournable. Une notification verbale assortie d'une saisine de la juridiction prud'homale d'une demande, non pas de résiliation judiciaire du contrat de travail, mais d'indemnisation de la rupture survenue, vaudrait prise d'acte de la rupture¹⁴⁴⁶. De même, il a pu être jugé que l'annonce de son départ par le salarié aux clients de l'entreprise, suivie le même jour de la saisine du conseil de prud'hommes, constituait une prise d'acte de la rupture¹⁴⁴⁷. Si le salarié opte pour une notification écrite, il peut adresser sa lettre de prise d'acte sous forme recommandée avec accusé de réception, la remettre en mains propres à l'employeur ou encore la faire signifier par acte d'huissier¹⁴⁴⁸.

Ensuite, s'il est recouru à l'écrit, il n'est pas exigé que celui-ci soit notifié à l'employeur par le salarié lui-même ; l'avocat du salarié peut procéder à cette notification¹⁴⁴⁹, de même que le service juridique du syndicat professionnel dont le salarié est adhérent¹⁴⁵⁰.

Par ailleurs, l'intitulé de l'écrit par lequel le salarié notifie la rupture est indifférent : peu importe qu'il ne se qualifie pas de prise d'acte dès lors qu'il ressort de la lettre que la

¹⁴⁴⁵ Cass. Soc. 4 avril 2007, n°05-42847 : « *Attendu que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme...* ».

¹⁴⁴⁶ La Cour de cassation l'a admis implicitement, à l'occasion d'un arrêt l'ayant conduit à rechercher si « *la salariée avait pris acte de la rupture en saisissant la juridiction prud'homale* » (Cass. Soc. 16 février 2011, n°09-43220). En sens contraire cependant, cf. Cass. Soc. 9 avril 2008 n°06-46418 (un salarié ne reprend pas le travail suite à une altercation avec l'employeur et saisit le Conseil de prud'hommes, une semaine après, de demandes tendant à faire juger la rupture sans cause réelle et sérieuse. L'employeur le licencie deux mois plus tard. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir statué sur les motifs du licenciement, non sur une prise d'acte du salarié).

¹⁴⁴⁷ Cass. Soc. 19 mai 2010, n°09-41191.

¹⁴⁴⁸ Sur la signification par acte d'huissier, cf. Cass. Soc. 30 juin 2010, n°09-41456, Bull. Civ. V, n°155.

¹⁴⁴⁹ Cass. Soc. 4 avril 2007, préc. ; Cass. Soc. 15 octobre 2008, n°06-46034.

¹⁴⁵⁰ Cass. Soc. 27 septembre 2005, n°04-44881. En l'espèce, le comportement du salarié, qui avait continué à travailler, a conduit à écarter la lettre de prise d'acte émanant du syndicat, mais le procédé n'a pas été en lui-même condamné.



rupture dont le salarié prend l'initiative est motivée par des griefs envers l'employeur ; peu importe également que le salarié ait expressément recouru à une autre qualification, notamment celle de « résiliation »¹⁴⁵¹ ou même de « démission »¹⁴⁵². L'existence de griefs emporte à elle seule qualification de prise d'acte et prime sur l'intitulé formel de l'acte.

D'autre part, il n'est pas indispensable que la lettre de prise d'acte énonce les griefs du salarié ; la lettre de prise d'acte ne fixe pas les limites du litige¹⁴⁵³, de sorte que tous les griefs du salarié, même formulés après la rupture, doivent être étudiés par le juge. La règle s'applique tant à la situation dans laquelle il s'agit d'ajouter des griefs supplémentaires à ceux énoncés dans la lettre de rupture qu'à celle dans laquelle la lettre n'énonce *aucun* grief. Le salarié peut se contenter de notifier à l'employeur une prise d'acte non motivée en renvoyant à plus tard l'énoncé des griefs la justifiant (mais existant à la date de la rupture).

Enfin, l'absence de formalisme est telle que la qualification de prise d'acte n'est pas écartée lorsque l'absence d'énoncé de grief dans la lettre de rupture se combine avec l'usage de la qualification de « démission » ; si le salarié qui démissionne « sans réserve »¹⁴⁵⁴ est en mesure de démontrer que son départ de l'entreprise était

¹⁴⁵¹ Cass. Soc. 21 juin 2006, n°04-47247 : Cassation de l'arrêt ayant qualifié la rupture de démission, « *alors que le terme résiliation, qui évoque une rupture pour faute, excluait de retenir une démission* » et qu'il revenait donc à la Cour d'appel de « *rechercher si les faits invoqués par le salarié justifiaient la prise d'acte de la rupture* ».

¹⁴⁵² La démission assortie de grief est qualifiée de prise d'acte (Cass. Soc. 15 mars 2006, n°03-45031, Bull. Civ. V, n°109, JCP S 2006, 1356, note P-Y. Verkindt : « *Lorsqu'un salarié démissionne en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture constitue une prise d'acte et produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission. Cf. également Cass. Soc. 13 décembre 2006, n°04-40527, Bull. Civ. V, n°375 ; Cass. Soc. 14 octobre 2009, n°08-40576 ; Cass. Soc. 20 janvier 2010, n°08-43476, Bull. Civ. V, n°17 ; Cass. Soc. 17 novembre 2010, n°08-45647, Bull. Civ. V, n°264, JCP S 2011, 1107, note F. Dumont*).

¹⁴⁵³ Cass. Soc. 29 juin 2005, n°03-42804, RJS 2005 n° 959, Dr. Ouv. 2005, p. 533 obs. M. Sabatte, JCP E 2005, 1422, obs. C. Gaillard. L'arrêt énonce que « *L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige ; le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit* ». La règle a été rappelée : Cass. Soc. 4 juin 2008, n°07-42878 ; Cass. Soc. 10 décembre 2008, n°07-43097 ; Cass. Soc. 10 février 2010, n°08-43138.

¹⁴⁵⁴ La notion de démission « sans réserve » correspond à une démission pure et simple, par opposition à la démission « motivée ». C'est, en somme, la « vraie » démission.



directement motivé par des griefs à l'encontre de son employeur et non par des raisons personnelles (ce qui suppose qu'il puisse établir devant le juge que les « *circonstances antérieures ou contemporaines de la démission* » la rendaient « *équivoque à la date à laquelle elle a été donnée* »¹⁴⁵⁵), la qualification de prise d'acte sera retenue et les griefs du salarié seront étudiés. Quelle que soit la qualification initiale donnée à la rupture par le salarié, l'énoncé de griefs au moment de la rupture n'est jamais une condition de la qualification (ou de la requalification) de prise d'acte. Il suffit que des griefs *existent* à la date de la rupture dont le salarié a pris l'initiative et que celui-ci soit en mesure d'en apporter ultérieurement la preuve.

Sous-section 3. Périmètre de la prise d'acte

436. Périmètre « personnel » de la prise d'acte : ouverture à tous les salariés. Après avoir longtemps fermé aux salariés titulaires d'un mandat représentatif la voie de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur¹⁴⁵⁶, la Cour de cassation a finalement admis qu'ils ont la faculté de prendre acte de la rupture, implicitement d'abord¹⁴⁵⁷, puis de manière très claire¹⁴⁵⁸, avant de préciser les effets d'une telle prise d'acte, qui sont ceux d'un licenciement nul¹⁴⁵⁹. Il a également été précisé que le salarié déclaré inapte par le médecin du travail est recevable à prendre acte de la rupture de

¹⁴⁵⁵ La règle a été énoncée pour la première fois par la Cour de cassation à l'occasion de quatre arrêts du 9 mai 2007 : Cass. Soc. 9 mai 2007, n°05-40518 (société Cisternord), n°05-40315 (société Lacour), n°05-41324 (société Janier), n°05-42301 (société Kent), Bull. Civ. V, n°70, JCP S 2007, 1577.

¹⁴⁵⁵ Cass. Soc. 13 novembre 1986, n°84-41013, Bull. Civ. V, n° 520.

¹⁴⁵⁶ Cf. en matière de résiliation judiciaire : Cass. Soc. 21 mars 2001, n°99-41702 ; Cass. Soc. 31 janvier 2001, n°98-41260. Cf. en matière de prise d'acte Cass. Soc. 4 avril 2001, n°99-44095.

¹⁴⁵⁷ A deux reprises, la Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur les effets de la prise d'acte par un salarié protégé, sans être interrogée sur sa recevabilité et sans soulever ce moyen d'office : Cass. Soc. 13 juillet 2004, n°02-42681 ; Cass. Soc. 21 janvier 2003, n°00-44502.

¹⁴⁵⁸ Cass. Soc. 25 juin 2006, n°04-41204 et n°02-41205 (deux arrêts) : « *La prise d'acte de la rupture par le salarié protégé a pour effet de rompre le contrat de travail* ». Cf. également Cass. Soc. 10 février 2010, n°08-43138 ; Cass. Soc. 19 janvier 2011, n°09-42541 (« *si la procédure de licenciement du salarié titulaire d'un mandat électif ou de représentation est d'ordre public, ce salarié ne peut être privé de la possibilité de prendre acte de la rupture, en raison de faits qu'il reproche à son employeur* »).

¹⁴⁵⁹ Cass. Soc. 5 juillet 2006, n°04-46009, Bull. Civ. V, n°237 ; Dr. Soc. 2006, p. 815, note J-E. Ray ; JCP S. 2006, 1757, note J-Y Frouin. Sur ce point voir infra, n°459.



son contrat de travail¹⁴⁶⁰. Plus généralement, tout salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail, que celui-ci soit suspendu (à quelque titre que ce soit) ou non, qu'il soit titulaire d'un mandat représentatif ou non, quels que soient son ancienneté ou l'effectif de l'entreprise.

437. Périmètre « matériel » de la prise d'acte : rupture de tous contrats de travail. La prise d'acte est un mode de rupture de tout contrat de travail, à durée indéterminée comme à durée déterminée. S'agissant du contrat à durée déterminée, c'est la loi qui a institué la faculté de rupture « pour faute grave »¹⁴⁶¹, dont la jurisprudence a de longue date précisé qu'elle était une faculté ouverte également au salarié¹⁴⁶² (sans toutefois la nommer formellement « prise d'acte »), et non au seul employeur. La faculté de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée n'est rien d'autre qu'une « prise d'acte innommée » ; toutes deux revêtent la même nature, celle d'une résiliation pour inexécution. Seules, leurs conséquences indemnitaires diffèrent, la rupture du contrat à durée déterminée conduisant à prendre en compte la date constitutive du terme du contrat et les salaires qui auraient dû être versés jusqu'à cette date.

Section 2. Nature de la prise d'acte

438. La prise d'acte permet au salarié de sanctionner l'employeur fautif en lui imposant la rupture immédiate du contrat de travail (sous-section 1) tout en sauvegardant ses droits puisque cette rupture peut ouvrir droit à indemnisation (sous-section 2).

Sous-section 1. Une prérogative de rupture du contrat

439. Si la prise d'acte est plus qu'un simple mode de rupture et revêt la nature d'une prérogative du salarié, c'est en ce que la rupture résulte de sa décision souveraine,

¹⁴⁶⁰ Cass. Soc. 21 janvier 2009, n°07-41822, Bull.Civ. V, n°18 ; JCP S 2009, 1251, note P-Y Verkindt ; Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-44250.

¹⁴⁶¹ C. trav. art. L 1243-1.

¹⁴⁶² Cass. Soc. 18 juillet 2001, n°99-42992, RJS 2001, n°1264 ; Cass. Soc. 22 mai 1996, Dr. Soc. 1996, p. 981, obs. G. Couturier ; Cass. Soc. 6 décembre 1994, RJS 1995, n°5.



indépendamment des pouvoirs du juge ou de l'employeur (§1), en ce qu'elle est immédiate (§2) et qu'elle est « disciplinaire » puisque sanctionnant une faute de l'employeur (§3).

§1. Une décision souveraine

440. *Décision du salarié.* La prise d'acte emporte rupture du contrat de travail : son effet premier est de mettre fin au contrat. Quelle que soit l'issue du débat judiciaire quant à ses effets indemnitaires qui conduiront ou non au versement de dommages et intérêts au salarié¹⁴⁶³, la rupture est définitivement consommée avec l'initiative prise par celui-ci. C'est lui seul qui décide de la rupture du contrat¹⁴⁶⁴. Le salarié se trouve ainsi investi d'une capacité d'initiative, d'un « pouvoir »¹⁴⁶⁵ lui permettant de tirer unilatéralement les conséquences des fautes commises par l'employeur. Comme le relève Monsieur Géa, la prise d'acte revêt la nature d'un « acte juridique qui entraîne la rupture du contrat de travail, de par le pouvoir reconnu à la volonté individuelle du salarié »¹⁴⁶⁶, acte auquel s'ajoute par ailleurs une « prétention de droit », celle d'obtenir l'indemnisation de la rupture. Le mécanisme est remarquable : c'est une faculté de sanction de l'employeur qui est reconnue au salarié, celui-ci jugeant seul de l'opportunité d'agir¹⁴⁶⁷. Ainsi que le souligne Monsieur Sabatte, il en résulte « une situation beaucoup plus équilibrée qu'elle ne l'a jamais été au regard de la rupture du contrat de travail »¹⁴⁶⁸ ; en effet, au pouvoir de l'employeur de rompre le contrat en raison d'une faute reprochée au salarié, sous le contrôle a posteriori du juge qui, sauf exception, ne peut remettre en cause le principe de la rupture, répond le pouvoir du

¹⁴⁶³ Sur ce point, voir infra, n°455 et s.

¹⁴⁶⁴ C'est également le cas lorsqu'il recourt à la démission ; mais celle-ci ne revêt pas la nature de prérogative qui s'attache à la prise d'acte en raison de ses motifs, qui ne tiennent pas à une sanction de l'employeur. Sur ce point, voir infra, n°451 et s.

¹⁴⁶⁵ A. Martinon, « Des effets du jugement d'ouverture d'une procédure collective », JCP S 2009, 1560.

¹⁴⁶⁶ F. Géa, « La prise d'acte de la rupture, dynamiques d'une construction jurisprudentielle », RJS 2010, p. 559.

¹⁴⁶⁷ Par ailleurs, sur la liberté de choix du salarié entre les différents pouvoirs d'initiative dont il dispose pour réagir à une faute de l'employeur, voir infra, n°530.

¹⁴⁶⁸ M. Sabatte, « La rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié à l'épreuve de la jurisprudence », Dr. Ouv. 2005, p. 533.



salarié de rompre le contrat en raison d'une faute reprochée à l'employeur, sous un contrôle similaire du juge, limité aux conséquences indemnitaires de la rupture.

441. *Élément distinctif de la résiliation judiciaire.* Ce pouvoir de décision du salarié distingue la prise d'acte de la résiliation judiciaire, cette dernière étant la rupture décidée *par le juge à la demande* du salarié. Dans le cadre d'une action en résiliation judiciaire, le salarié *sollicite* du juge prud'homal qu'il prononce la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur, mais il ne prend pas lui-même l'initiative de rompre, et la saisine du conseil de prud'hommes ne vaut pas rupture du contrat¹⁴⁶⁹. Le salarié, en tant que demandeur à l'instance, s'en remet au juge, à charge pour ce dernier de décider souverainement si, compte-tenu des manquements de l'employeur invoqués par le salarié, il y a lieu ou non de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail. S'il considère que la demande du salarié n'est pas justifiée, le juge ne peut que le débouter, et le contrat se poursuit ; il ne peut prononcer la rupture du contrat en l'assortissant des effets d'une démission¹⁴⁷⁰. La résiliation judiciaire permet donc au salarié d'éviter le risque principal de la prise d'acte qui consiste à rompre définitivement le contrat de travail sans avoir la certitude d'obtenir ensuite une indemnisation à ce titre¹⁴⁷¹ ; mais en contrepartie, le salarié renonce à exercer sa prérogative de rupture unilatérale et laisse le juge décider « à sa place » de la rupture. Prise d'acte et résiliation judiciaire sont deux voies distinctes ouvertes au salarié qui entend rompre le contrat aux torts de l'employeur, entre lesquelles il choisit librement.

442. *Élément distinctif du licenciement.* Par ailleurs, parce qu'elle est une décision souveraine du salarié, la prise d'acte ne se confond pas avec le licenciement. La rupture aux torts de l'employeur résulte de la *responsabilité* qui est la sienne compte-tenu des fautes commises ; la prise d'acte ne repose plus sur l'attribution de *l'imputabilité* de la rupture à l'employeur. La fiction selon laquelle l'employeur aurait, de fait, rompu le

¹⁴⁶⁹ Ainsi qu'à dû le rappeler la Cour de cassation (Cass. Soc. 21 mars 2007, n°05-45392, Bull. Civ. V, n°52 ; Cass. Soc. 28 mars 2007 n°05-44042 ; Cass. Soc. 22 février 2006, n°03-47639, Bull. Civ. V, n°81).

¹⁴⁷⁰ Cass. Soc. 26 septembre 2007, n°06-42551, Bull. Civ. V, n°138, JCP S 2008, 1067, note J.-Y. Frouin ; Cass. Soc. 10 décembre 2008, n°07-42567.

¹⁴⁷¹ Sur les effets indemnitaires de la prise d'acte, voir *infra*, n°455 et s.



contrat de travail par ses manquements n'est plus¹⁴⁷². La prise d'acte n'a pas d'incidence sur la *qualification* de la rupture¹⁴⁷³. L'employeur n'est pas réputé avoir licencié « malgré lui » le salarié. Il n'est donc plus possible de parler d'« autoliquidation »¹⁴⁷⁴. Le salarié est l'unique auteur de la rupture du contrat de travail. La prise d'acte est une prérogative propre du salarié, un pouvoir d'initiative qui lui est reconnu. Elle n'est pas l'emprunt ou le détournement du pouvoir de licencier de l'employeur¹⁴⁷⁵. L'employeur qui manque à ses obligations contractuelles ne se sanctionne pas lui-même ; c'est le salarié qui le sanctionne.

443. Une « vraie » rupture : inopérance de toute rupture ultérieure. Une fois le contrat rompu par la prise d'acte, aucune autre rupture ne peut survenir. L'affirmation peut sembler au premier abord superflue tant il est évident qu'un contrat rompu ne peut plus l'être de nouveau ; un cumul de ruptures n'aurait pas de sens. Ce serait occulter la force de la réticence qu'ont manifestée les employeurs à reconnaître l'existence et l'efficacité de la prise d'acte. Nombre d'entre eux, refusant manifestement d'admettre que leur salarié ait valablement pu les sanctionner en leur notifiant la rupture pour faute du contrat de travail, nonobstant le lien de subordination censé ne confier qu'à eux-mêmes un tel pouvoir de sanction, ont cru devoir nier les effets de la prise d'acte et pouvoir sanctionner d'un licenciement l'absence du salarié de son poste de travail suite à cette rupture qu'ils refusaient de reconnaître. Une telle initiative était vouée à l'échec, et c'est très naturellement que la Cour de cassation a jugé que « *le contrat étant rompu par la prise d'acte du salarié, l'initiative prise ensuite par l'employeur de licencier le salarié est non avenue* »¹⁴⁷⁶. La difficulté née du cumul d'initiatives de rupture est résolue par l'application d'un strict principe chronologique. Quels que soient les motifs invoqués par

¹⁴⁷² Sur la théorie de l'imputation de la rupture voir supra, n°430.

¹⁴⁷³ La formule ancienne selon laquelle la prise d'acte justifiée « s'analyse en » un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cf. notamment Cass. Soc. 22 septembre 1993, Dr. Soc. 1993, p. 877 ; Cass. Soc. 8 novembre 1994, Bull. Civ. V, n° 294 ; Cass. Soc. 14 novembre 1995, Dr. Soc. 1996, p. 98) a été délaissée au profit d'une nouvelle formule selon laquelle elle « *produit les effets* » d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 25 juin 2003, trois arrêts préc. ; jurisprudence constante).

¹⁴⁷⁴ J-E. Ray, Dr. Soc. 2003, p. 817.

¹⁴⁷⁵ Il n'y a donc pas lieu de solliciter du juge qu'il ordonne à l'employeur de délivrer une lettre de licenciement : Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-40338, cassant l'arrêt d'une Cour d'appel ayant fait droit à cette demande saugrenue.

¹⁴⁷⁶ Cass. Soc. 20 décembre 2006, n°05-44791.



l'employeur au soutien de la mesure de licenciement¹⁴⁷⁷, celui-ci est inopérant et ne sera pas pris en compte. Le licenciement notifié postérieurement à la notification d'une prise d'acte est sans effet.

La prise d'acte emporte véritablement rupture du contrat de travail, définitivement et irrévocablement¹⁴⁷⁸ ; l'employeur ne peut l'occulter et tenter de dévier le débat judiciaire pour le centrer sur les fautes qu'il reprocherait au salarié (analyse des motifs du licenciement), plutôt que sur ses propres fautes qui lui sont reprochées par le salarié (analyse des griefs motivant la prise d'acte)¹⁴⁷⁹.

La règle s'applique également lorsque la procédure de licenciement a été engagée antérieurement ou concomitamment à la prise d'acte de la rupture. Même survenue en cours de procédure de licenciement, c'est la prise d'acte qui emporte rupture du contrat de travail. Qu'elle soit notifiée le jour même de la convocation à un entretien préalable au licenciement¹⁴⁸⁰, après la convocation (par exemple trois¹⁴⁸¹ ou quatre¹⁴⁸² jours plus tard), ou même suite à la tenue de l'entretien préalable¹⁴⁸³, ou encore après l'émission

¹⁴⁷⁷ Y compris un motif économique (Cf. par exemple Cass. Soc. 30 juin 2010, n°09-41456, Bull. Civ. V, n°155, RJS 2010, n°730 ; JCP S 2010, 1398, note F. Dumont), ou encore un motif lié à l'inaptitude du salarié, constatée par le médecin du travail (Cf. par exemple Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-44250).

¹⁴⁷⁸ C'est d'ailleurs pourquoi le salarié ne peut pas la rétracter unilatéralement (Cass. Soc. 14 octobre 2009, n°08-42878 ; Cass. Soc. 10 novembre 2009, n° 08-40863 ; Cass. Soc. 30 juin 2010, n°09-41456, RJS 2010 n°730, JCP S 2010, n°1398, note F. Dumont)

¹⁴⁷⁹ L'instantanéité de la rupture résultant de la prise d'acte peut se révéler très avantageuse pour le salarié, notamment dans un contexte conflictuel qui serait caractérisé par des manquements réciproques, puisqu'en prenant de vitesse l'employeur, le salarié s'assure que seuls les manquements de celui-ci seront examinés.

¹⁴⁸⁰ Cass. Soc. 16 novembre 2005, n°03-45392, Bull. Civ. V, n°324. Les juges du fond avaient refusé de statuer sur la prise d'acte, considérant que « *la convocation à l'entretien préalable au licenciement étant antérieure ou concomitante à la lettre de prise d'acte de la rupture adressée à la société, les relations contractuelles ont cessé du fait du licenciement* ». La Cour de cassation a cassé l'arrêt, en considérant que « *peu important la convocation du salarié à un entretien préalable à un éventuel licenciement* », il revenait à la Cour d'appel de « *rechercher si les griefs allégués dans la lettre de rupture étaient ou non fondés* ».

¹⁴⁸¹ Cass. Soc. 12 juillet 2006, n°05-40239

¹⁴⁸² Cass. Soc. 28 juin 2006, n°04-43431.

¹⁴⁸³ Ce point n'a semble-t-il pas encore été confirmé par la Cour de cassation, hormis dans un cas particulier où la prise d'acte postérieure à l'entretien préalable était motivée par l'agression verbale commise par l'employeur à l'encontre du salarié et de son conseiller... pendant l'entretien préalable au licenciement (Cass. Soc. 26 octobre 2011, n°09-72547).



de deux avis d'inaptitude par le médecin du travail¹⁴⁸⁴, la prise d'acte emporte rupture immédiate du contrat de travail et rend inopérant le licenciement envisagé mais non encore notifié¹⁴⁸⁵ par l'employeur.

§2. Une rupture immédiate

444. La prise d'acte emporte rupture immédiate du contrat de travail, à la date de sa notification (I) et n'exige pas le respect d'un préavis (II).

I. Rupture du contrat à la date de notification

445. *Date de la rupture – cessation immédiate du contrat de travail.* La rupture du contrat de travail survient à la date de la notification de la prise d'acte. La date de la rupture n'est ni ramenée à celle des manquements de l'employeur¹⁴⁸⁶, ni retardée à une échéance ultérieure ; la prise d'acte « *entraîne la cessation immédiate du contrat de travail* »¹⁴⁸⁷. Le salarié a le pouvoir de décider de la rupture du contrat de travail avec effet immédiat. Il peut sanctionner l'employeur d'une rupture instantanée. A compter de la notification de la prise d'acte, la rupture est immédiatement effective et irrévocable, sous réserve de l'éventuel préavis que le salarié déciderait d'effectuer, bien qu'il n'y soit pas tenu¹⁴⁸⁸. La notification marque la fin des relations contractuelles, entraîne l'obligation pour l'employeur de remettre sans délai au salarié les divers documents de fin de contrat¹⁴⁸⁹ dont, notamment, l'attestation destinée à Pôle Emploi faisant mention

¹⁴⁸⁴ Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-44250.

¹⁴⁸⁵ Si, en revanche, le licenciement a été notifié, la prise d'acte postérieure est sans effet (Cf. par exemple : Cass. Soc. 9 janvier 2008, n°06-44897).

¹⁴⁸⁶ Puisque la prise d'acte est désormais clairement émancipée de la théorie de l'imputation de la rupture. Le principe même de cette distinction est de désigner *l'auteur* (et non le responsable) de la rupture, qui par ses comportements fautifs, a *de fait* rompu le contrat. Le salarié ne ferait que dévoiler une rupture préexistante. Sur ce point voir supra, n°430.

¹⁴⁸⁷ Cass. Soc. 31 octobre 2006, n°05-42158 ; n°04-48234 ; n°04-46280 (trois arrêts). Le principe a été réaffirmé, voir notamment : Cass. Soc. 28 mars 2007, n°05-44125 ; Cass. Soc. 30 janvier 2008, n°06-14218, Bull. Civ. V, n°28 ; Cass. Soc. 25 février 2009, n°06-46436 ; Cass. Soc. 20 janvier 2010, n°08-43476, Bull. Civ. V, n°17.

¹⁴⁸⁸ Voir infra, n°447 et s.

¹⁴⁸⁹ Le refus de l'employeur justifie la saisine du juge des référés (Cass. Soc. 4 juin 2008, n°06-45757).



du « motif exact de la rupture du contrat de travail, tel qu'il ressort de la prise d'acte du salarié »¹⁴⁹⁰, fait courir l'éventuel délai de renonciation à la clause de non concurrence¹⁴⁹¹.

446. Élément distinctif de la résiliation judiciaire. L'immédiateté de la rupture est également¹⁴⁹² un élément distinctif entre prise d'acte et résiliation judiciaire. Pour cette dernière, si le juge accueille les demandes du salarié, il prononcera la rupture du contrat à la date de sa décision¹⁴⁹³. Le salarié qui estime être confronté à des manquements de l'employeur d'une gravité suffisante pour se résoudre à saisir la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire doit néanmoins poursuivre l'exécution de son contrat de travail pendant toute la durée de la procédure de première instance (éventuelle audience de départage comprise) comme d'appel¹⁴⁹⁴. Là, réside l'inconvénient majeur de la résiliation judiciaire qui ne permet d'obtenir la rupture du contrat de travail qu'avec un délai « d'attente » très long, pouvant atteindre plusieurs années. Eviter le risque de la prise d'acte en lui préférant l'action en résiliation judiciaire a pour contrepartie une renonciation à l'immédiateté de la rupture. Le salarié peut toutefois mettre fin à l'exécution du contrat de travail en prenant acte de la rupture en cours de procédure¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹⁰ Cass. Soc. 27 septembre 2006, n°05-40208, Bull. Civ. V, n°292. En conséquence, l'employeur ne peut indiquer sur l'attestation ASSEDIC que le motif de la rupture est la démission du salarié (une saisine du juge des référés pour obtenir une attestation rectifiée serait possible). Concrètement, il doit cocher la case « 60, autre motif », et préciser qu'il s'agit d'une prise d'acte. De plus, la formulation retenue par la Cour de cassation semble indiquer que l'employeur doit préciser les motifs invoqués par le salarié au soutien de sa prise d'acte, dès lors que ceux-ci sont clairement identifiés.

¹⁴⁹¹ Cass. Soc. 8 juin 2005, 03-43321, Bull. Civ. V, n°194 ; Cass. Soc. 13 juin 2007, n°04-42740, JCP S 2007, 1674, note G. Blanc-Jouvan ; Cass. Soc. 25 mars 2010, n°08-42302.

¹⁴⁹² Deux autres éléments de distinction existent : la détention ou non d'un pouvoir souverain de rupture (voir supra, n°440 et s.), et le caractère « disciplinaire » ou non de la rupture (voir infra, n°451 et s.)

¹⁴⁹³ Ou, le cas échéant, à la date du licenciement prononcé postérieurement à la saisine (Cass. Soc. 15 mai 2007, n°04-43663, Bull. Civ. V, n°76, JCP S 2007, 1490, note P-Y. Verkindt).

¹⁴⁹⁴ Sauf dans l'hypothèse où le conseil de prud'hommes aurait prononcé la résiliation du contrat et aurait assorti cette décision de l'exécution provisoire sur le fondement de l'article 515 du Code de procédure civile. L'infirmité de la décision par la cour d'appel devrait alors entraîner la réintégration du salarié.

¹⁴⁹⁵ La Cour de cassation juge que « la prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail en sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant » et que, « s'il appartient au juge de se prononcer sur la seule prise d'acte, il doit fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de la demande de résiliation judiciaire devenue sans objet qu'à l'appui de sa prise



II. Rupture du contrat pouvant survenir sans préavis

447. Absence d'obligation d'exécuter un préavis. Eminemment contentieuse, survenant dans un contexte par hypothèse déjà hautement dégradé et devenu très conflictuel à la suite de l'initiative du salarié¹⁴⁹⁶, la prise d'acte s'accommode mal du respect d'un préavis. Utilisable en réaction à des manquements graves de l'employeur, elle doit permettre au salarié de se libérer sans délai d'une situation de travail devenue intenable ; aucun préavis n'est dû à l'employeur fautif. Imposer au salarié qui recourt à la prise d'acte le respect d'un préavis méconnaîtrait la finalité de ce mode de rupture. C'est donc très justement que la Cour de cassation, après l'avoir sous-entendu¹⁴⁹⁷, a clairement confirmé que « *la prise d'acte de la rupture entraîne la cessation immédiate du contrat de travail de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis* »¹⁴⁹⁸. L'une des implications¹⁴⁹⁹ du principe selon lequel la prise d'acte « entraîne la cessation immédiate du contrat de travail » est donc d'exclure l'obligation de respecter un préavis.

448. Élément distinctif de la démission. L'absence de préavis obligatoire distingue la prise d'acte de la démission, laquelle en est assortie. Cette différence de traitement se justifie par les motifs de la rupture. Alors que la prise d'acte repose sur un motif « disciplinaire », la démission est la rupture du contrat par le salarié pour des motifs personnels¹⁵⁰⁰, de sorte qu'il n'existe pas dans ce second cas de motif de dispenser le

d'acte » (Cass. Soc. 31 octobre 2006, n°05-42158, n°04-48234, n°04-46280, Bull. Civ. V, n°321, JCP S 2006, 1948, note P-Y. Verkindt). Le salarié qui souhaite prendre acte de la rupture de son contrat de travail est libre de le faire sans être entravé dans ce choix par l'action antérieurement engagée en résiliation judiciaire.

¹⁴⁹⁶ Voir en ce sens J-Y. Frouin, JCP S 2007, 1568, qui note que « de par sa nature, la prise d'acte consiste en une rupture brutale et immédiate ».

¹⁴⁹⁷ Cass. Soc. 4 juin 2008, n°06-45757 : l'employeur doit remettre l'attestation Assedic et le certificat de travail au salarié dès la notification de la prise d'acte, il ne peut les retenir jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il estime être celui d'un préavis à respecter par le salarié.

¹⁴⁹⁸ Cass. Soc. 26 mai 2010, n°08-70253 ; Cass. Soc. 12 juillet 2010, n°08-45584 ; Cf. également Cass. Soc. 18 mai 2011, n°09-69175 ; Cass. Soc. 28 septembre 2011, n°09-67510, JCP S 2011, Act. 379. ; JCP S 2011, 1558, note F. Dumont.

¹⁴⁹⁹ Mais pas la première ; à l'origine, c'est pour trancher les cas de succession de ruptures en déclarant non avenu le licenciement postérieur à la prise d'acte, que la Cour de cassation a énoncé le principe de « cessation immédiate : voir supra, n°443 et s.

¹⁵⁰⁰ Sur la nature « disciplinaire » de la rupture résultant de la prise d'acte et la distinction qui en résulte avec la démission, voir infra, n°451 et s.



salarié du préavis qu'il doit à l'employeur.

449. Faculté d'exécuter un préavis. Pour autant, bien que n'y étant pas tenu, le salarié qui prend acte de la rupture peut souhaiter exécuter un préavis, en général d'une durée égale à celle du préavis de démission, ce qui lui permet de se prémunir contre les éventuelles conséquences indemnitaires d'un défaut de préavis¹⁵⁰¹. Rien ne l'en empêche ; le préavis est une faveur à la partie qui ne rompt pas le contrat de travail, en l'occurrence l'employeur, qui ne peut se prévaloir d'aucun préjudice résultant de l'exécution d'un préavis facultatif.

Par ailleurs, le respect d'un préavis n'est pas de nature à influencer dans le débat relatif aux effets indemnitaires de la prise d'acte ; contrairement à ce qui a pu être avancé, l'exécution d'un préavis n'a pas pour effet de démontrer l'absence de gravité des fautes de l'employeur ni, par conséquent, de faire produire à la prise d'acte les effets d'une démission. Respecter un préavis de prise d'acte ne caractérise pas une contradiction dans le comportement du salarié ; la circonstance que le salarié s'astreint à supporter les manquements de l'employeur quelques semaines ou mois supplémentaires n'est pas de nature à en nuancer la gravité¹⁵⁰². Pas plus qu'un salarié qui demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur et qui doit attendre, tout en exécutant son contrat de travail, le jugement définitif prononçant la résiliation n'est mal-fondé en ses demandes parce qu'il continue à travailler, le salarié qui opte pour la prise d'acte n'est irrecevable ou mal-fondé en ses demandes parce qu'il exécute le préavis de démission. La question de l'exécution ou de l'inexécution du préavis n'a rien à voir avec la réalité et la gravité des manquements

¹⁵⁰¹ Voir infra, n°450.

¹⁵⁰² Par exemple, il est acquis que le défaut de paiement du salaire caractérise un manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte (voir notamment Cass. Soc. 19 décembre 2007, n°06-44873 ; Cass. Soc. 18 juin 2008 n°07-41125), y compris si le non-paiement concerne la partie variable de la rémunération (Cass. Soc. 25 avril 2007, n°05-44903 ; Cass. Soc. 9 février 2011 n°09-41145). Imaginons deux salariés confrontés au défaut de paiement de leurs commissions, qui forment sans résultat des réclamations auprès de leur employeur, puis qui prennent acte de la rupture après trois mois d'une telle situation, l'un sans préavis, l'autre en respectant un préavis d'une durée égale au préavis de démission. On ne voit pas selon quelle logique, seul le premier verrait sa prise d'acte produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le second se voyant opposer que le respect du préavis indique que les manquements reprochés à l'employeur ne sont pas suffisamment graves pour justifier de tels effets.



reprochés par le salarié à son employeur. C'est ce qu'a confirmé la Cour de cassation en rappelant que « *si la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail, de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis, la circonstance que l'intéressé a spontanément accompli ou offert d'accomplir celui-ci est sans incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués à l'appui de la prise d'acte* »¹⁵⁰³.

La prise d'acte peut avoir pour *effet* d'entraîner une rupture immédiate du contrat de travail, mais elle ne *suppose pas nécessairement* une rupture immédiate¹⁵⁰⁴.

450. Sanction de l'inexécution d'un préavis dans le cadre d'une prise d'acte jugée injustifiée. Réserver au salarié la possibilité de consentir à effectuer un préavis lorsqu'il prend acte de la rupture était d'autant plus indispensable que le risque indemnitaire qui pèse sur lui en cas d'inexécution du préavis est très lourd. En effet, si la prise d'acte produit les effets d'une démission et si l'employeur le demande, le salarié ayant pris acte de la rupture sans préavis sera condamné au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis¹⁵⁰⁵, d'un montant nécessairement égal aux salaires qui auraient été perçus au cours de la période de préavis non exécutée, l'indemnité étant forfaitaire et indépendante du préjudice réellement subi par l'employeur¹⁵⁰⁶.

Là est la faiblesse du régime actuel du préavis de prise d'acte. Le caractère automatique et forfaitaire de la sanction de son inexécution en cas d'échec de la prise d'acte est inadapté à ce mode de rupture et entraîne des conséquences excessives. L'inadaptation tient à ce qu'aucune distinction n'est faite selon la bonne ou mauvaise foi du salarié. Le caractère automatique de la sanction peut se justifier en matière de démission par le fait qu'au moment de la rupture, l'obligation du salarié de respecter un préavis était d'ores

¹⁵⁰³ Cass. Soc. 2 juin 2010, n°09-40215, JCP S 2010, 1309, note N. Dauxerre.

¹⁵⁰⁴ Ce qui ne contredit pas le principe énoncé par la Cour de cassation selon lequel la prise d'acte « *permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du contrat de travail* » (Cass. Soc. 30 mars 2010, n°08-44236, Bull. Civ. V, n°80). Les manquements de l'employeur peuvent rendre impossible la poursuite pérenne du contrat sans rendre impossible l'exécution d'un préavis de quelques semaines.

¹⁵⁰⁵ Cass. Soc. 2 juillet 2008, n° 07-42299 ; Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-44142 ; Cass. Soc. 8 juin 2011, n°09-43208, JCP S 2011, Act. n°262.

¹⁵⁰⁶ Cass. Soc. 23 octobre 1991, n°88-41278 ; Cass. Soc. 17 février 2004, n°01-42427.



et déjà acquise, de sorte que le non-respect de ce préavis caractérise une faute manifeste. A l'inverse, en matière de prise d'acte, lorsqu'il prend l'initiative de rompre le contrat de travail, le salarié ne peut connaître l'issue du contentieux à venir ; il est donc dans l'incapacité de savoir si le non-respect d'un préavis lui sera reproché. Certes, si ce reproche lui est adressé, c'est que son initiative de prendre acte de la rupture a été jugée mal-fondée. Mais il y a alors lieu de distinguer selon que le salarié a fait preuve de mauvaise foi (en usant de la prise d'acte précisément pour « échapper » au délai de préavis de démission) ou d'une légèreté blâmable (par exemple, en invoquant un manquement manifestement bénin), ce qui pourrait justifier sa condamnation à la mesure du préjudice établi par l'employeur ou, à l'inverse, a agi de bonne foi, soit en raison de manquements de son employeur dont il a échoué à rapporter la preuve suffisante (a fortiori depuis qu'il est considéré que le doute profite à l'employeur¹⁵⁰⁷), soit en raison de manquements établis mais jugés insuffisamment graves (cette appréciation étant soumise à l'aléa inhérent à la subjectivité de l'appréciation souveraine des juges du fond, parfois déroutante¹⁵⁰⁸), ce qui devrait conduire à écarter toute condamnation à son encontre. La démarche du salarié comporte toujours un aléa¹⁵⁰⁹ ; c'est pourquoi l'échec de la prise d'acte n'est pas en lui-même synonyme d'abus ou de légèreté ; il ne devrait donc pas entraîner à lui seul la condamnation au paiement d'une indemnité forfaitaire de préavis.

¹⁵⁰⁷ Cass. Soc. 19 décembre 2007, n°06-44754.

¹⁵⁰⁸ Ainsi, le défaut de paiement de cinquante-quatre heures supplémentaires a pu être jugé insuffisant pour justifier la prise d'acte (Cass. Soc. 5 décembre 2007, n°06-40714), avant que le défaut de paiement de soixante-dix heures supplémentaires soit au contraire jugé suffisamment grave (Cass. Soc. 11 février 2009, n°07-44687) ; une prise d'acte a pu être jugée injustifiée alors qu'elle était motivée par un défaut de paiement des salaires, régularisé... postérieurement à la rupture (Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°07-43916). A l'inverse, la Cour de Cassation a pu considérer, censurant l'appréciation des juges du fond, que la décision de l'employeur de placer un salarié en congé avec maintien de son salaire durant une procédure de licenciement économique dans le cadre d'un redressement judiciaire, caractérise un manquement à ses obligations, justifiant la prise d'acte (Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°07-44203).

¹⁵⁰⁹ En ce sens, Monsieur le Conseiller Gosselin relève qu'il « appartient au salarié, et à son conseil, d'apprécier les chances qu'il a de convaincre le juge de la gravité des faits reprochés avant de prendre acte de la rupture. Il faut reconnaître que cette appréciation n'est pas toujours aisée » (H. Gosselin, « A propos de la rétractation de la prise d'acte », in « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte », controverse, RDT 2009, p. 688).



§3. Une rupture « disciplinaire »

451. La sanction d'un comportement fautif de l'employeur. Si la faculté du salarié de décider seul¹⁵¹⁰ d'une rupture immédiate¹⁵¹¹ du contrat ne correspond pas à l'attribution d'une faveur ou d'un privilège mais plutôt à la reconnaissance d'une prérogative, c'est parce que cette rupture immédiate est notifiée en réaction à un comportement de l'employeur fautif ou considéré comme tel par le salarié (la faute s'entend de l'agissement de l'employeur considéré par le salarié comme fautif, sous le contrôle du juge¹⁵¹²). Le propre de la prise d'acte est de sanctionner un manquement, réel ou non, de l'employeur¹⁵¹³. Elle est un pouvoir de réaction à une faute ; le salarié prend l'initiative d'une rupture « disciplinaire » ; il se sépare de l'employeur dont il considère que le comportement ne permet plus la poursuite du contrat de travail.

452. Élément distinctif de la démission. Cette nature « disciplinaire » résultant de l'existence de griefs distingue la prise d'acte de la démission qui repose sur des motifs purement personnels. Les deux notions ne se confondent pas ; chacune a son domaine propre. Le salarié a recours à la démission si sa décision de rompre résulte de considérations personnelles ou à la prise d'acte si sa décision est provoquée par une faute qu'il reproche à l'employeur. Ces deux modes de rupture coexistent ; ils répondent à des finalités distinctes. L'essor de la prise d'acte ne doit donc pas être perçu comme menaçant la démission dans son existence même. Au contraire, la consécration de la prise d'acte rend toute sa place à la démission en clarifiant son domaine. Le salarié dispose de deux modes de rupture distincts et autonomes entre lesquels il choisit, selon le motif de sa décision.

Dès lors, la définition actuelle de la démission apparaît insuffisante. La démission est en effet traditionnellement définie comme « l'acte par lequel le salarié manifeste sa volonté

¹⁵¹⁰ Sur le pouvoir souverain du salarié de décider de la rupture, voir supra, n°440 et s.

¹⁵¹¹ Sur l'immédiateté de la rupture, voir supra, n°444 et s.

¹⁵¹² Le mal-fondé des griefs du salarié ne déqualifie pas la rupture (voir supra, n°440) mais conduisant au rejet des demandes indemnitaires (voir infra, n°455 et s.).

¹⁵¹³ Sur la typologie des fautes de l'employeur justifiant la prise d'acte, voir infra, n°494 et s.



claire et non équivoque de rompre le contrat de travail ». Elaborée dans un contexte où la démission était la seule voie de rupture du contrat de travail ouverte au salarié, cette définition n'est plus pertinente car elle ne tient pas compte de l'actuel critère distinguant la démission de la prise d'acte. Avec la reconnaissance de la prise d'acte, le critère de la volonté (claire et non équivoque) de rompre, que l'on peut encore désigner comme le critère de l'initiative (de la rupture), n'est plus suffisant puisque commun aux deux modes de rupture désormais ouverts au salarié. Pour être complète, la définition de la démission devrait reposer sur le critère de l'absence de griefs du salarié à l'encontre de son employeur, qui seul permet de la distinguer de la prise d'acte. Ainsi, la démission se définirait comme « l'acte par lequel le salarié manifeste sa volonté claire et non équivoque de rompre le contrat de travail pour *des motifs purement personnels* » ou encore, comme « l'acte par lequel le salarié manifeste sa volonté claire et non équivoque de rompre le contrat de travail *sans invoquer de manquements à l'encontre de son employeur* ».

453. Élément distinctif de la démission nulle. Le caractère « disciplinaire » de la prise d'acte la distingue également de la démission nulle. La démission nulle est un acte inexistant compte-tenu de l'absence de volonté réelle (de volonté « claire et non équivoque ») du salarié de rompre le contrat. Le salarié a indiqué démissionner mais son consentement à cet acte unilatéral était vicié, par violence¹⁵¹⁴, dol¹⁵¹⁵ ou erreur¹⁵¹⁶, de sorte que sa volonté réelle était de poursuivre l'exécution du contrat de travail et, qu'en s'y opposant, l'employeur s'est rendu auteur d'une nouvelle rupture. La nullité de la

¹⁵¹⁴ Cf. par exemple Cass. Soc. 11 mars 2009, n°07-42881 (« démission » consécutive à des menaces de licenciements) ; Cass. Soc. 13 novembre 1986, Bull. Civ. V, n°520 (« démission » consécutive à des menaces de poursuites pénales).

¹⁵¹⁵ Cf. par exemple Cass. Soc. 22 mai 2002, n°00-41708 (démission du salarié obtenue par l'employeur avec la complicité d'une autre entreprise qui, après l'avoir embauché, met fin abusivement à la période d'essai prévue).

¹⁵¹⁶ La jurisprudence l'admet implicitement à travers la notion de démission non sérieuse ; une démission rapidement rétractée peut être jugée nulle, de sorte que le salarié n'aura pas rompu le contrat. Cf. notamment Cass. Soc. 11 mars 2009, n°07-42090 (salarié ayant rétracté la démission notifiée par écrit le jour même, en indiquant avoir pris cette initiative "sur un coup de colère") ; Cass. Soc. 25 mars 2009, n°07-44925 (la rétractation de la démission, sept jours après avoir été donnée, impose au juge du fond de rechercher la volonté claire et non équivoque de rompre du salarié) ; Cass. Soc. 26 octobre 2011, n°10-14139 (démission donnée dans les locaux de l'entreprise par une salariée « manifestement émue et fragilisée par son état de grossesse et qu'elle s'était rétractée par lettre du même jour »).



démission ne repose pas sur l'existence de griefs envers l'employeur mais sur un vice du consentement¹⁵¹⁷ ; elle peut être reconnue sans qu'aucune faute durant l'exécution du contrat de travail ne soit imputée à l'employeur.

La situation dans laquelle le salarié invoque la nullité de sa démission est distincte de celle qui le conduit à prendre acte de la rupture puisque cette dernière repose sur la volonté réelle de rompre, tout en motivant cette rupture par les fautes de l'employeur. La prise d'acte n'est pas une démission contrainte ; elle est une prérogative autonome du salarié librement mise en oeuvre¹⁵¹⁸.

454. Élément déterminant : assimilation à la prise d'acte de toute rupture motivée par des griefs à l'encontre de l'employeur. Le caractère « disciplinaire » de la rupture est la spécificité de la prise d'acte de sorte que, dès lors qu'au moment où il prend l'initiative de rompre le contrat de travail, le salarié nourrit des griefs à l'encontre de l'employeur, la rupture, quelle qu'en soit la forme, doit être qualifiée de prise d'acte. La prise d'acte exerce un effet « d'attractivité » à l'égard de toute rupture motivée par des fautes reprochées à l'employeur. L'existence de griefs suffit à caractériser la prise d'acte, peu important que le salarié ait rompu le contrat par la voie d'une « démission motivée » ou même d'une « démission sans réserve » (démission non assortie de l'énoncé d'un grief). L'assimilation de la démission « motivée » ou « sans réserve » à la prise d'acte n'est pas une incohérence et n'a pas pour effet de confondre les notions. Il s'agit d'une simple question de formalisme ou plutôt, d'absence de tout formalisme¹⁵¹⁹ ; ni le recours

¹⁵¹⁷ La cour de cassation le rappelle à travers le principe énoncé pour la première fois par quatre arrêts du 9 mai 2007 (Cass. Soc. 9 mai 2007, n°05-40518 ; n° 05-40315 ; n°05-41324 ; n° 05-42301, JCP S 2007, n°1577) : « Lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission ». Annulation de la démission et restitution de sa véritable qualification de prise d'acte sont deux démarches distinctes.

¹⁵¹⁸ C'est pourquoi le salarié qui a indiqué démissionner ne peut à la fois « invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission et demander que cet acte de démission soit analysé en une prise d'acte » (Cass. Soc. 17 mars 2010, n°09-40465, Sem. Soc. Lamy 2010, n°1441 note M. Hautefort ; JCP S 2010, 1359, note A. Martinon).

¹⁵¹⁹ Sur l'absence de formalisme en matière de prise d'acte, voir supra, n°435.



erroné à une qualification autre que celle de prise d'acte, ni l'absence d'énoncé des griefs dans la lettre de rupture ne font obstacle à l'existence de la prise d'acte. Seule compte la volonté de tirer les conséquences d'un comportement fautif de l'employeur.

Sous-section 2. Une sauvegarde des droits du salarié

455. Indemnisation potentielle. La rupture du contrat de travail est susceptible de donner lieu à indemnisation du salarié s'il est jugé que les manquements de l'employeur le justifient. Si, au contraire, il est considéré que les griefs du salarié ne correspondent à aucun manquement de l'employeur¹⁵²⁰ ou correspondent à un manquement d'une gravité insuffisante¹⁵²¹, la rupture du contrat n'est pas remise en cause, mais aucune indemnité n'est due au salarié. La prise d'acte n'ouvre pas un droit automatique à indemnisation ; le salarié devra convaincre le juge prud'homal du bien-fondé de son initiative, compte-tenu des fautes commises par l'employeur. L'indemnisation du salarié qui prend acte de la rupture n'est que potentielle et présente un certain aléa.

Cette potentialité d'indemnisation est cependant essentielle : elle préserve l'effet utile de la prérogative de rupture reconnue au salarié, puisque celui-ci peut se retirer de la relation contractuelle dont la poursuite s'est révélée impossible dans des conditions indemnitaires acceptables, sous réserve de l'aléa judiciaire. Le salarié confronté au manquement grave de son employeur n'est plus acculé à l'alternative consistant soit à démissionner (donc à subir une perte de l'emploi sans indemnisation), soit à se résoudre à la poursuite du contrat sans réclamation ; la prise d'acte lui permet de rompre immédiatement le contrat tout en préservant ses droits à indemnisation.

456. Définition de l'indemnisation par rattachement aux effets indemnitaires de la démission ou du licenciement sans cause. Parce que le régime de la prise d'acte a été élaboré à l'ombre du mécanisme d'imputation de la rupture¹⁵²², ses effets indemnitaires

¹⁵²⁰ Sur la distinction entre les notions de grief et de manquement, voir supra, n°434.

¹⁵²¹ Sur la notion de gravité suffisante et son application, voir infra, n°482 et s ; 494 et s.

¹⁵²² Sur la théorie de l'imputation de la rupture voir supra, n°430.



ont toujours été définis par référence à ceux de la démission ou du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Tel est toujours le cas aujourd'hui, malgré la reconnaissance de la prise d'acte comme mode autonome de rupture, distinct des *qualifications* de démission ou de licenciement. Les arrêts du 25 juin 2003 ont en effet défini les effets de la prise d'acte en forme d'emprunt alternatif, en énonçant que « *lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission* »¹⁵²³.

457. Effets d'une démission. Si la prise d'acte produit les effets d'une démission, la rupture n'emportera aucune conséquence indemnitaire. Le salarié ne pourra pas prétendre aux indemnités de rupture, et encore moins aux indemnités prévues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il ne pourra pas non plus prétendre au bénéfice de l'assurance chômage¹⁵²⁴. Au contraire, il sera exposé au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis¹⁵²⁵.

458. Effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si, à l'inverse, la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, un certain nombre d'indemnités sont dues au salarié. En premier lieu, les indemnités dites de rupture sont dues dans les conditions du droit commun : le salarié peut prétendre au paiement de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement¹⁵²⁶ et de l'indemnité de préavis, calculée à partir de la durée du préavis de licenciement¹⁵²⁷. En revanche,

¹⁵²³ Cass. Soc. 25 juin 2003, n°01-42679, n° 01-42335, n° 01-43578, Bull. Civ. V, n°209 ; RJS 2003, p. 647, note J-Y. Frouin ; Dr. Soc. 2004, p. 90, note J. Mouly ; Dr. Soc. 2003, p. 817, note G. Couturier et J-E. Ray ; JCP G 2005, I, 1172, note J-F. Césaró.

¹⁵²⁴ Une difficulté existant quant à l'hypothèse d'un salarié admis au bénéfice de l'assurance chômage consécutivement à la prise d'acte qui, *in fine*, produit les effets d'une démission. Dans la rigueur des principes, les allocations-chômage versées entre la rupture et la décision du conseil de prud'hommes sont indues et doivent pouvoir donner lieu à répétition.

¹⁵²⁵ Voir supra, n°450.

¹⁵²⁶ A condition que les conditions d'ancienneté légales ou conventionnelles soient remplies.

¹⁵²⁷ Cass. Soc. 19 mai 2009, n°07-41780 ; Cass. Soc. 26 mai 2010, n°08-70253 ; Cass. Soc. 16 mars 2011 n°09-67836. L'indemnité est due même si le salarié avait été dispensé par l'employeur d'exécuter le préavis de « démission » motivée (Cass. Soc. 20 janvier 2010, n°08-43471, Bull. Civ. V, n°17) ou, à l'inverse, si l'employeur avait demandé au salarié d'exécuter le préavis et s'était heurté à un refus (Cass. Soc. 16 mars 2011, n°08-42218).



l'indemnité prévue en cas de non-respect de la procédure de licenciement n'est pas due¹⁵²⁸. En second lieu, la prise d'acte justifiée ouvre droit aux indemnités prévues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Comme en matière de licenciement, selon l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise, le plancher d'indemnisation de six mois de salaire prévu par l'article L 1235-3 du Code du travail sera applicable ou non. Par ailleurs, le salarié peut obtenir réparation du préjudice résultant « *d'un comportement fautif de l'employeur à l'occasion de la rupture du contrat de travail* »¹⁵²⁹.

459. Cas des salariés protégés. Puisque les effets de la prise d'acte justifiée sont les mêmes que ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la question de l'indemnisation des salariés bénéficiant d'une protection particulière contre le licenciement devait se poser. C'est à l'égard des salariés titulaires d'un mandat de représentation du personnel que la Cour de cassation a d'abord eu l'occasion de se prononcer. Elle juge que la prise d'acte produit les effets soit d'une démission, soit d'un licenciement nul comme intervenu en violation du statut protecteur¹⁵³⁰. La prise d'acte ouvrira donc droit, outre aux indemnités de rupture et aux indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse prévues à l'article L 1235-3 du Code du travail, à la réparation du préjudice résultant de la violation du statut protecteur par le versement d'une indemnité égale au montant des salaires que le salarié aurait perçus entre la prise d'acte et la fin de sa période de protection. L'employeur qui contraint le salarié protégé à rompre lui-même son contrat compte-tenu des fautes commises à son encontre se trouve donc tout autant sanctionné que s'il avait pris l'initiative de le licencier sans autorisation administrative, ce qui est heureux puisque se trouvent ainsi

¹⁵²⁸ Cass. Soc. 4 avril 2007, n°05-43926.

¹⁵²⁹ Cass. Soc. 16 mars 2010, n°08-44094, Bull. Civ. V, n°66. La salariée avait qualifié sa demande de « dommages-intérêts pour licenciement brusque et vexatoire ».

¹⁵³⁰ Cass. Soc. 5 juillet 2006, n°04-46009, Bull. Civ. V, n°237 ; Dr. Soc. 2006, p. 815, note J-E. Ray ; JCP S. 2006, 1757, note J-Y Frouin : « *Lorsqu'un salarié titulaire d'un mandat électif ou de représentation prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit, soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le salarié la justifiaient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission* ». La solution de la nullité avait été appliquée avant même les arrêts fondateurs du 25 juin 2003 (Cass. Soc. 21 janvier 2003, n°00-44502, Bull. Civ. V, n°13). Elle a depuis été réaffirmée : Cass. Soc. 8 juillet 2008, n°07-42099 ; Cass. Soc. 11 février 2009, n°07-44687 ; Cass. Soc. 27 janvier 2010, n°08-44897 ; Cass. Soc. 10 février 2010, n°08-43138 ; Cass. Soc. 10 novembre 2010, n°09-66809 ; Cass. Soc. 19 janvier 2011, n°09-42541 ; Cass. Soc. 2 février 2011, n°09-72591 ; Cass. Soc. 16 février 2011, n°10-15529).



réprimées les manœuvres de contournement du statut protecteur¹⁵³¹.

Par ailleurs, il a été jugé que la prise d'acte notifiée par un salarié déclaré inapte, suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, produit les effets, soit d'une démission, soit d'un licenciement prononcé en violation de l'obligation de reclassement de l'employeur, ouvrant droit à l'indemnité de douze mois de salaire minimum prévue par l'article L 1226-15¹⁵³². Cette règle se justifie pleinement dès lors que les fautes commises par l'employeur sont concomitantes ou postérieures à la déclaration d'inaptitude (dès lors que l'employeur sait ou pressent qu'il va devoir procéder à des recherches de reclassement), puisqu'en contraignant le salarié à rompre le contrat, elles évincent l'exécution de l'obligation de reclassement. En revanche, le salarié déclaré inapte qui prendrait acte de la rupture en invoquant des fautes commises antérieurement à la déclaration d'inaptitude et à l'accident du travail ou à la maladie professionnelle, n'aurait vraisemblablement droit qu'aux indemnités « classiques ».

Enfin, se pose la question des effets indemnitaires de la prise d'acte par un salarié protégé à un autre titre, notamment au titre d'un arrêt de travail consécutif à un accident du travail ou une maladie professionnelle, ou au titre d'un congé de maternité. Il semble que la prise d'acte justifiée doive produire les effets d'un licenciement nul dès lors que les faits la justifiant sont liés à la cause de la protection.

460. Perspective d'évolution : vers des effets indemnitaires propres. Depuis 2003, la prise d'acte est reconnue comme un mode autonome de rupture. Elle n'est pas

¹⁵³¹ Sur ce point, Monsieur le Professeur Mouly note que si « l'apparence, c'est celle d'un départ volontaire du salarié, la réalité c'est celle d'une rupture dont l'employeur est le véritable responsable (...). Il n'y a donc aucune raison pour que l'employeur qui recourt à ces manœuvres frauduleuses soit exonéré de sa responsabilité. On ne voit pas pourquoi l'employeur qui, insidieusement, oblige le salarié à partir serait mieux traité que celui qui prend ouvertement la décision de le licencier. Il y aurait là une prime à l'hypocrisie parfaitement détestable » (J. Mouly, « "Coup de vent" sur le statut des salariés protégés », Dr. Soc. 2005, p. 861). Dans le même sens, Monsieur Millet considère que l'employeur est « l'arroseur arrosé, car il ne pouvait ignorer que, par ces actes ou omissions, il n'a pas seulement manqué à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail, mais il a tenté, sans succès, d'isoler le salarié protégé de la communauté des travailleurs qu'il représente », de sorte qu'il est ensuite « malvenu de se plaindre si le juge judiciaire (...) le condamne pour violation du statut protecteur » (L. Millet, « Le double usage par le représentant du personnel de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail », Dr. Ouv. 2007, p. 75).

¹⁵³² Cass. Soc. 21 janvier 2009, n°07-41822, JCP S 2009, 1251, note P-Y Verkindt.



requa­li­fi­ée par le juge en démis­sion ou en licen­ci­ement sans cause réelle et sérieuse. Dès lors, plus rien ne justifie son rattachement à ces modes de rupture distincts pour la détermination de ses effets. Réminiscence de l'originelle distinction entre initiative et imputabilité de la rupture, l'alternative entre effets d'une démission ou d'un licenciement n'a plus lieu d'être aujourd'hui.

Il serait souhaitable de définir des effets propres de la prise d'acte, affranchis de la référence au binôme licenciement-démission. Quant aux effets indemnitaires, l'impact pratique serait réduit et il s'agirait simplement de conserver le régime actuel en le déconnectant, pour plus de cohérence, de la référence au licenciement et à la démission. La prise d'acte jugée injustifiée n'ouvrirait droit à aucune indemnisation. La prise d'acte justifiée ouvrirait droit à des dommages et intérêts au titre de la perte de l'emploi, calculés en fonction du préjudice subi mais d'un montant au moins égal à six mois de salaire (l'application de ce plancher se justifiant par le comportement fautif de l'employeur), et à une indemnité spécifique de prise d'acte d'un montant égal au montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement (comme c'est le cas pour l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle), majoré d'une somme égale au montant des salaires qui auraient été perçus au cours de la période de préavis de licenciement si celui-ci avait trouvé à s'appliquer. La prise d'acte produirait ainsi les mêmes effets qu'elle produit actuellement par rattachement aux autres modes de rupture, mais de manière autonome, ce qui simplifierait le raisonnement. Cette autonomie permettrait, de surcroît, d'élaborer un régime propre du préavis de prise d'acte¹⁵³³ et de définir les conditions du bénéfice de l'assurance-chômage¹⁵³⁴.

¹⁵³³ Sur le régime actuel du préavis de prise d'acte, voir supra, n°447 ets.

¹⁵³⁴ Le salarié ayant pris acte de la rupture pourrait être admis au bénéfice de l'assurance-chômage dès la rupture, sous condition de saisir effectivement le juge prud'homal pour soumettre à son appréciation le bien-fondé de la prise d'acte (ce qui permettrait d'éviter le risque de fraude consistant à prendre acte de la rupture dans le seul but d'être admis au bénéfice de l'assurance-chômage, puis à ne pas saisir le juge, afin que la prise d'acte ne produise jamais les effets d'une démission). Si la prise d'acte est jugée justifiée, le droit aux prestations de Pôle Emploi se trouve consolidé (et l'employeur serait condamné au remboursement. Cf. sur ce point Cass. Soc. 3 mai 2007, n°05-44694, RJS 2007, n°820). Si, au contraire, la prise d'acte est jugée injustifiée, il y aurait lieu de distinguer entre le salarié de bonne foi, qui pourrait conserver les allocations versées, et le salarié ayant pris acte de mauvaise foi, qui serait tenu de les rembourser.



Titre 2. Régime des pouvoirs contractuels d'initiative du salarié

461. Les différents pouvoirs d'initiative détenus par le salarié suivent un régime présentant de nombreux points de convergence. D'une part, leurs motifs de mise en œuvre sont communs ; les fautes de l'employeur justifiant leur usage sont toujours les mêmes (Chapitre 1). D'autre part, ils produisent un effet commun ; tous ont pour spécificité d'opérer un rejet, temporaire ou définitif, de la subordination (Chapitre 2).



Chapitre 1. Identité des manquements patronaux justifiant la réaction du salarié

462. L'étude de la jurisprudence démontre que les conditions requises de la faute patronale pour justifier la mise en œuvre par le salarié de l'un de ses pouvoirs d'initiative¹⁵³⁵ sont constantes. Si les moyens d'action du salarié sont multiples, la faute de l'employeur qu'ils sanctionnent présente toujours les mêmes traits : elle doit être établie (Section 1) et présenter un certain degré de gravité (Section 2).

Section 1. Des manquements établis de l'employeur

463. Les manquements de l'employeur doivent être « établis ». La formule est récurrente dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'exception d'inexécution¹⁵³⁶, comme en matière de prise d'acte¹⁵³⁷. Elle a plusieurs implications. Les manquements de l'employeur doivent être réels (Sous-section 1), prouvés (Sous-section 2) et imputables à l'employeur (Sous-section 3).

Sous-section 1. Réalité des manquements

464. Les griefs invoqués par le salarié à l'encontre de son employeur doivent porter sur des manquements de ce dernier. La réalité d'un comportement fautif de l'employeur doit

¹⁵³⁵ Le salarié dispose d'une part de pouvoirs de suspension du contrat et de la subordination (supra, n°409 et s.) et d'autre part d'un pouvoir de rupture du contrat et de la subordination (supra, n°426 et s.).

¹⁵³⁶ Voir notamment Cass. Soc. 10 octobre 2001, n°99-45374.

¹⁵³⁷ Voir notamment, parmi de nombreux arrêts, Cass. Soc. 13 décembre 2006, n°05-44073, Bull. Civ. V, n°374, JCP S 2007, 1121, note C. Puigelier ; Cf. également Cass. Soc. 19 novembre 2008, n°07-41460 ; Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°08-43602.



être établie. Cette démonstration implique que les faits invoqués par le salarié au soutien de son initiative, d'une part, soient réels (les faits décrits doivent correspondre à la réalité ; le juge vérifie que le grief ne manque pas en fait), et, d'autre part, présentent un caractère fautif (le juge s'assure que le comportement reproché à l'employeur est illicite). Il faut démontrer tant le comportement que son caractère fautif. C'est ce que confirme la Cour de cassation en rappelant que le juge vérifie « *la réalité et le caractère fautif des faits allégués* »¹⁵³⁸, en d'autres termes que les manquements sont « *avérés* »¹⁵³⁹.

Si les griefs du salarié ne correspondent pas à des manquements réels de l'employeur, son initiative sera jugée mal fondée et il sera exposé aux conséquences de cet échec : la prise d'acte produira les effets d'une démission¹⁵⁴⁰ ; l'exception d'inexécution permettra à l'employeur de le sanctionner au titre de « l'abandon de poste »¹⁵⁴¹ ; la grève ne donnera pas lieu à paiement des périodes non travaillées¹⁵⁴² (sans pour autant qu'une sanction soit possible, compte-tenu de l'application du régime propre de la grève qui repose sur l'existence de revendications).

465. Ainsi, il a été jugé que la prise d'acte produit les effets d'une démission lorsque le salarié invoque une atteinte aux contours matériels de la sphère de subordination¹⁵⁴³ mais qu'en réalité les tâches nouvelles imposées par l'employeur relèvent de la nature contractuelle du travail (de sorte que, pour la Cour de cassation, seules les « conditions de travail » sont modifiées, non le contrat)¹⁵⁴⁴.

¹⁵³⁸ Cass. Soc. 26 novembre 2008, n°07-40254.

¹⁵³⁹ Cass. Soc. 10 juillet 2008, n°06-45430.

¹⁵⁴⁰ Cf. par exemple Cass. Soc. 11 mars 2009, n°07-44998.

¹⁵⁴¹ Cf. pour un exemple, Cass. Soc. 10 octobre 2001, n°99-45374 : « le salarié avait abandonné son poste de travail sans que soit établie l'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles ; [la Cour d'appel] a pu décider qu'un tel comportement constituait une faute grave justifiant la rupture du contrat à durée déterminée du salarié ».

¹⁵⁴² Cass. Soc. 22 janvier 1975, n°73-40548.

¹⁵⁴³ Sur les contours matériels de la sphère de subordination, voir supra, n°64 et s.

¹⁵⁴⁴ Cass. Soc. 13 décembre 2006, n°05-44073, Bull. Civ. V, n°374 ; JCP S 2007, 1121 (la réduction des moyens, attributions et responsabilités alléguée par le salarié ne caractérisant pas une modification du contrat de travail par son employeur, les « *griefs invoqués par le salarié (...) n'étaient pas établis* ») ; Cass. Soc. 7 février 2007, n°05-43680 (attribution ponctuelle de tâches correspondant à la qualification).



De même, le salarié ne peut recourir à l'exception d'inexécution en invoquant une atteinte aux contours temporels de la sphère de subordination¹⁵⁴⁵ si l'employeur était revenu sur la modification des horaires qu'il avait prétendu imposer ; cette initiative du salarié justifie le licenciement¹⁵⁴⁶.

Il n'existe pas non plus de manquement autorisant le recours du salarié à l'un de ses pouvoirs d'initiative lorsqu'est reprochée à l'employeur une décision qui résulte de son pouvoir d'organisation issu du contrat de travail¹⁵⁴⁷, notamment une décision de modification des cadences de travail ; la grève déclenchée en opposition à une telle mesure ne revêt pas la nature d'une exception d'inexécution exercée collectivement et n'ouvre donc pas droit au paiement des jours de grève¹⁵⁴⁸.

Dans le même sens, s'agissant de griefs relatifs au salaire, il n'existe aucun manquement de l'employeur et l'initiative du salarié est vouée à l'échec dès lors que celui-ci revendique un rappel de commissions résultant d'une erreur de calcul de sa part¹⁵⁴⁹, le paiement d'un complément de salaire en cours d'arrêt-maladie prévu par une convention collective non applicable¹⁵⁵⁰, le versement d'une prime de productivité qui n'était pas due¹⁵⁵¹, une augmentation de salaire non obligatoire¹⁵⁵², ou invoque à tort le non-respect du salaire conventionnel¹⁵⁵³.

466. En définitive, l'exigence de réalité des manquements de l'employeur permet d'éliminer deux types de griefs. Elle écarte tout d'abord ceux résultant d'une erreur d'appréciation du salarié, en fait (erreur quant à la survenance des faits reprochés) ou

¹⁵⁴⁵ Sur les contours temporels de la sphère de subordination, voir supra, n°103 et s.

¹⁵⁴⁶ Cass. Soc. 28 juin 2006, n°04-48597.

¹⁵⁴⁷ Sur la source contractuelle du pouvoir de l'employeur et sur sa finalité organisationnelle, voir supra, n°32 et s. (source) et 220 et s. (finalité).

¹⁵⁴⁸ Cass. Soc. 22 janvier 1975, n°73-40548, Bull. n°25.

¹⁵⁴⁹ Cass. Soc. 16 février 2011, n°09-67448 (en matière de prise d'acte de la rupture) ; Cass. Soc. 8 décembre 2009, n°07-45209 (en matière de prise d'acte également).

¹⁵⁵⁰ Cass. Soc. 11 mars 2009, n°07-44998 (en matière de prise d'acte).

¹⁵⁵¹ Cass. Soc. 22 juin 2004, n°02-42392, RJS 2004, n°1131 (en matière d'exception d'inexécution).

¹⁵⁵² Cass. Soc. 4 juin 2008 n°07-40588 (en matière d'exception d'inexécution).

¹⁵⁵³ Cass. Soc. 6 janvier 2010 n°08-42502 (en matière de prise d'acte).



en droit (erreur quant à leur licéité). Elle écarte ensuite les griefs mensongers ; le salarié ne peut se contenter « d'inventer » un manquement pour étayer sa prise d'acte ou sa décision de suspension du contrat.

Les manquements doivent être réels. Ils doivent également être prouvés.

Sous-section 2. Preuve des manquements

467. Charge de la preuve. Quel que soit le pouvoir d'initiative mis en œuvre par le salarié, c'est à ce dernier qu'il revient d'apporter la preuve des manquements reprochés à l'employeur. La charge de la preuve lui incombe. Sauf régime probatoire dérogatoire tel que celui des heures supplémentaires¹⁵⁵⁴, il la supporte seul. S'il échoue à prouver les manquements reprochés à l'employeur, il sera jugé que ceux-ci ne sont pas établis¹⁵⁵⁵ (la formule « non établis » renvoyant, selon les arrêts, à des manquements soit inexistantes soit non prouvés).

468. Bénéfice du doute. La Cour de cassation fait une application très stricte de cette règle puisqu'en matière de prise d'acte¹⁵⁵⁶, elle va jusqu'à considérer que le doute, s'il subsiste, profite à l'employeur. Cette règle sévère ressort d'un arrêt du 19 décembre 2007 : « *Mais attendu que la Cour d'appel, qui a constaté qu'il **subsistait un doute sur la réalité des faits** invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte de la rupture, **ce dont il résultait qu'il n'établissait pas les faits** qu'il alléguait à l'encontre de son employeur*

¹⁵⁵⁴ Cass. Soc. 17 juillet 2007, n°06-40630. Il revient au juge d'apprécier la réalité des heures supplémentaires invoquées dans le respect des dispositions de l'ancien article L 212-1-1 du Code du travail (devenu l'article L 3171-4).

¹⁵⁵⁵ Cf. Cass. Soc. 9 février 2011, n°09-42229 (« le salarié ne rapportait pas la preuve de ses allégations s'agissant du non-paiement de salaires et de l'absence d'affiliation aux régimes de protection sociale et de complément de retraite », de sorte que sa prise d'acte produisait les effets d'une démission) ; Cass. Soc. 27 juin 2007, n°05-45417 (« le salarié, qui avait anticipé une éventuelle modification, constamment démentie par l'employeur, de son contrat de travail, n'établissait pas les faits invoqués ». Sa prise d'acte était injustifiée).

¹⁵⁵⁶ On peut supposer que la Cour de cassation transposerait la règle en matière d'exception d'inexécution, individuelle ou collective.



*comme cela lui incombait, n'encourt pas les griefs du moyen »*¹⁵⁵⁷.

469. Modes de preuve. Reste que le salarié risque, dans de nombreux cas, de rencontrer des difficultés à réunir les éléments de preuve nécessaires à l'établissement des manquements de l'employeur. Il lui revient de fournir les « *éléments* » à partir desquels le juge « *forme sa conviction* »¹⁵⁵⁸. S'agissant d'un fait juridique, la preuve est libre. Le salarié pourra donc avoir recours, pour établir les manquements de l'employeur, à tout moyen de preuve : témoignage, écrit, enregistrement (loyalement obtenu), etc. En toute hypothèse, le salarié aura intérêt à se préoccuper de la question de la preuve des manquements qu'il invoque au soutien de sa prise d'acte avant de la notifier à son employeur et de perdre tout accès à l'entreprise...

Sous-section 3. Imputabilité des manquements

470. Pour être établis, les manquements de l'employeur doivent lui être imputables. Les faits fautifs dénoncés par le salarié doivent avoir été commis soit par l'employeur personnellement (§1), soit par un préposé titulaire d'une certaine autorité (§2). Par exception, en matière de comportements violents, les agissements de tout salarié de l'entreprise engagent la responsabilité de l'employeur (§3). Enfin, des règles spécifiques s'appliquent en cas de mise à disposition (§4).

§1. Manquement personnel de l'employeur

471. L'initiative du salarié peut se fonder sur des faits commis par l'employeur lui-même. L'employeur, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, est alors responsable en sa qualité d'auteur des faits fautifs.

¹⁵⁵⁷ Cass. Soc. 19 décembre 2007, n°06-44754, Bull. Civ. V, n°219 Le salarié invoquait dans son pourvoi la violation par les juges d'appel de l'ancien article L 122-14-3, alinéa 2, du Code du travail (devenu L 1235-1), lequel dispose : « *le juge (...) forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et, au besoin, après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles (...) si un doute subsiste, il profite au salarié* ».

¹⁵⁵⁸ C. trav. art L 1235-1.



472. Employeur personne physique. S'agissant de l'employeur personne physique, les manquements qu'il commet personnellement lui sont imputables et peuvent justifier la réaction du salarié. Il en va notamment ainsi lorsque l'employeur se rend coupable de violences sur la personne du salarié¹⁵⁵⁹, s'abstient de lui verser les salaires qui lui sont dus ou lui impose une modification des termes du contrat de travail.

472-1. Employeur personne morale. S'agissant de l'employeur personne morale, les manquements commis par ses dirigeants, qui ont le pouvoir de l'engager, lui sont personnellement imputables. La règle vaut pour tous types de manquements : retards répétés dans le versement des salaires, modification unilatérale du contrat de travail... Un manquement de la personne morale elle-même est également envisageable lorsqu'elle distille une politique « criminogène » (par exemple, si elle institutionnalise des pratiques discriminatoires en matière d'évolution professionnelle).

§2. Manquement du préposé délégataire d'autorité

473. L'initiative du salarié peut également se fonder sur des manquements commis par un préposé de l'entreprise, notamment par un salarié investi de responsabilités hiérarchiques. En d'autres termes, elle peut se fonder sur le « *manquement de celui dont [l'employeur] doit répondre* »¹⁵⁶⁰ : l'employeur est alors responsable du fait d'autrui. Ainsi, des actes de maltraitance morale commis par un directeur de magasin à l'encontre d'une salariée justifient la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. Celui-ci, en effet, est « *directement engagé par les agissements d'un cadre titulaire d'une délégation de pouvoir et assurant sa représentation à l'égard du personnel placé sous ses ordres* »¹⁵⁶¹. De même, l'employeur est engagé par les agissements de toute personne exerçant de fait une autorité dans l'entreprise. Il a ainsi été jugé que l'employeur peut valablement être condamné à indemniser le préjudice moral subi par une salariée suite aux « *aux mauvais traitements dont elle était victime de la part de l'épouse du gérant* », car

¹⁵⁵⁹ Cass. Soc. 10 mai 2001, n°99-41524 ; Cass. Soc. 8 juin 2011, n°09-71306.

¹⁵⁶⁰ P. Pochet, « La résiliation judiciaire du contrat de travail à l'initiative du salarié », JCP S 2006, n° 1942

¹⁵⁶¹ Cass. Soc. 15 mars 2000, RJS 2000, n° 626 (Il s'agissait en l'espèce d'une demande de résiliation judiciaire, mais la règle est transposable à la prise d'acte et aux autres pouvoirs d'initiative du salarié).



l'employeur « *doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de droit ou de fait, une autorité sur les salariés* »¹⁵⁶² ; de même, les « *insultes proférées par la mère de l'employeur qui n'avait aucune fonction dans l'entreprise* »¹⁵⁶³, ou les actes de harcèlement moral commis par le salarié d'un prestataire intervenant dans l'entreprise et exerçant une autorité de fait sur les salariés de celle-ci¹⁵⁶⁴, peuvent justifier la rupture aux torts de l'employeur. La règle est applicable en matière de prise d'acte et d'exception d'inexécution : le salarié victime de maltraitances commises par un dirigeant de fait rendant impossible la poursuite du contrat peut valablement le rompre ou le suspendre. Les manquements qu'il invoque sont imputables à l'employeur.

§3. Comportement violent de tout salarié

474. En matière de violence physique ou morale, les agissements de tout salarié de l'entreprise sont susceptibles de justifier la rupture ou la suspension du contrat par le salarié victime aux torts de l'employeur. Tenu d'une obligation de sécurité de résultat, l'employeur répond des agissements anormaux des salariés qu'il emploie.

475. Inaction de l'employeur. La faute de l'employeur est flagrante lorsqu'est caractérisée une inaction de sa part, tenant à une absence de mesures préventives ou à un défaut d'intervention pour faire cesser une situation de maltraitance signalée. Sa passivité caractérise une faute personnelle d'abstention, constitutive du manquement justifiant la mise en œuvre d'un pouvoir d'initiative par le salarié. Ainsi, un employeur qui refuse d'intervenir pour faire cesser les agissements de harcèlement sexuel que lui signale la victime, alors même que l'auteur des faits a été pénalement condamné, et qui ne peut « *justifier d'aucune démarche auprès de la victime ni d'aucune sanction prononcée ou même envisagée* » à l'encontre du salarié harceleur, manque gravement à ses obligations. Son « *laxisme à l'égard d'un salarié ayant causé à un autre salarié un préjudice reconnu définitivement par une juridiction pénale (...) justifie la prise*

¹⁵⁶² Cass. Soc. 10 mai 2001, RJS 2001, n°990.

¹⁵⁶³ Cass. Soc. 3 novembre 2011, n°10-15124

¹⁵⁶⁴ Cass. Soc. 1^{er} mars 2011, n°09-69616, JCP E 2011, 1566, note P. Fadeuilhe



d'acte »¹⁵⁶⁵. De même, « l'absence de mesures propres à mettre un terme aux agissements » expressément qualifiés de harcèlement par le salarié victime justifie la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur¹⁵⁶⁶.

476. Responsabilité sans faute. S'il avait pu être jugé dans un premier temps que le salarié ne pouvait valablement rompre ou suspendre son contrat de travail du fait des violences subies, dès lors que l'employeur n'était pas resté inactif pour y mettre fin¹⁵⁶⁷, la jurisprudence la plus récente, tirant toutes les conséquences de la nature d'obligation de résultat que revêt l'obligation de sécurité, considère que « l'employeur, 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 »¹⁵⁶⁸.

§4. Manquement dans le cadre d'une mise à disposition

477. Manquement de l'entreprise employeur. Le salarié mis à disposition auprès d'une entreprise utilisatrice peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail ou le suspendre en cas de manquement de son employeur (l'entreprise d'origine) à ses obligations, par exemple en matière de versement de la rémunération. La mise à disposition ne fait pas obstacle à l'exercice de ses droits par le salarié en cas de manquement de son cocontractant.

478. Manquement de l'entreprise utilisatrice. En revanche, dès lors que l'initiative du salarié se fonde sur un manquement de l'entreprise utilisatrice à ses obligations,

¹⁵⁶⁵ CA Versailles, 30 juin 2005, n°04-3194.

¹⁵⁶⁶ Cass. Soc. 21 février 2007, n°05-41741, Jurisprudence Sociale Lamy 2007, n°211.

¹⁵⁶⁷ Cf. Cass. Soc. 22 mars 2006, n°03-44750, RJS 2006, n° 722 : l'employeur « avait entrepris de remédier à la situation dont se plaignait la salarié et avait en définitive licencié pour faute grave la personne auteur du harcèlement », de sorte qu'aucun manquement ne lui était imputable et ne justifiait la rupture du contrat de travail à ses torts.

¹⁵⁶⁸ Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°09-41099 ; Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-40144 ; Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-44019 (violences qualifiées de « harcèlement »).



notamment en matière de détermination des conditions d'exécution du travail, telles que définies par l'article L 1251-21 du Code du travail¹⁵⁶⁹ en matière de travail temporaire, aucune faute n'est en principe imputable à l'employeur. Le salarié ne pourrait pas rompre ou suspendre le contrat en invoquant un comportement, même fautif, de l'entreprise utilisatrice qui n'est pas juridiquement l'employeur. Cependant, si l'employeur, informé des difficultés rencontrées par le salarié mis à disposition au sein de l'entreprise utilisatrice, ne réagit pas, soit en intervenant auprès de l'utilisateur pour faire cesser les inexécutions, soit en mettant lui-même fin à la mise à disposition, le salarié devrait pouvoir valablement prendre acte de la rupture ou suspendre le contrat sur le fondement de cette abstention fautive de son employeur. Il ne serait pas justifié de priver le salarié mis à disposition de toute faculté de réaction lorsqu'il se trouve confronté à des manquements de l'utilisateur reconnus comme suffisamment graves, au motif que ces fautes ne sont pas commises par l'employeur qui, pour sa part, fait preuve de passivité.

479. Remplissant la triple condition à laquelle ils seront reconnus établis, les manquements invoqués par le salarié à l'appui de la prise d'acte de la rupture ou de l'exception d'inexécution doivent également présenter un degré de gravité suffisant.

Section 2. Des manquements présentant une certaine gravité

480. Bien que diversement exprimée d'un pouvoir d'initiative à l'autre (Sous-section 1), l'exigence d'une certaine gravité de la faute de l'employeur est constante, tant dans son existence que dans son degré de rigueur, et permet d'établir une typologie commune des manquements patronaux justifiant l'une ou l'autre des initiatives du salarié (Sous-section 2). Elle aboutit à un cantonnement de l'initiative du salarié, certains manquements pourtant établis ne permettant pas une réaction individuelle en raison de

¹⁵⁶⁹ C. trav. art L 1251-21: « Pendant la durée de la mission, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail (...). Pour l'application de ces dispositions, les conditions d'exécution du travail comprennent limitativement ce qui a trait à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et aux jours fériés, à la santé et la sécurité au travail, au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs ».



leur gravité jugée insuffisante (Sous-section 3).

Sous-section 1. Diversité des exigences de gravité

481. La jurisprudence énonce une condition de gravité qui varie selon que le salarié recourt à la prise d'acte (§1), à l'exception d'inexécution sous forme de grève (§2) ou à celle de droit commun (§3). Le droit de retrait, compte-tenu de sa finalité, fait l'objet d'un régime spécifique (§4).

§1. L'exigence de gravité en matière de prise d'acte

482. L'exigence d'un manquement « suffisamment grave ». Il est de jurisprudence bien arrêtée que, pour justifier les effets indemnitaires de la prise d'acte¹⁵⁷⁰, les manquements de l'employeur doivent, non seulement être établis, mais également être « *suffisamment graves* »¹⁵⁷¹. Cette exigence de gravité suffisante n'apparaît pas formellement dans les arrêts du 25 juin 2003, fondateurs de la prise d'acte « moderne », qui ont simplement affirmé que la prise d'acte n'ouvrait droit à indemnisation que si « *les faits invoqués la justifiaient* »¹⁵⁷². Toutefois, la règle de gravité suffisante qui avait été affirmée avant eux, dès 1993¹⁵⁷³, a été réaffirmée peu après, lorsque la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que « *le seul décalage d'une journée ou deux de certains paiements s'expliquant par des jours fériés ne pouvait être considéré comme suffisamment grave pour justifier la rupture* »¹⁵⁷⁴. La règle a depuis été confirmée de manière constante ; la Cour de cassation recherche des manquements « *suffisamment*

¹⁵⁷⁰ Sur les effets indemnitaires de la prise d'acte, voir supra, n°455 et s.

¹⁵⁷¹ Certains auteurs s'étaient prononcés en faveur d'un critère beaucoup plus strict, estimant que seul un « manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations essentielles » devrait pouvoir justifier la prise d'acte ; ce critère n'a pas été retenu.

¹⁵⁷² Cass. Soc. 25 juin 2003, 3 arrêts, préc.

¹⁵⁷³ Cass. Soc. 13 janvier 1993, n°89-44257 La Cour de cassation considérait que la rupture du contrat de travail imputée à l'employeur par le salarié n'était pas justifiée dès lors que « les manquements commis par l'employeur n'étaient pas suffisamment graves ».

¹⁵⁷⁴ Cass. Soc. 19 janvier 2005, n°03-45018, RJS 3-2005 n°254.



graves »¹⁵⁷⁵ ou d'une « *gravité suffisante* »¹⁵⁷⁶.

La preuve de la seule matérialité de faits fautifs ne suffit pas à l'efficacité de la prise d'acte¹⁵⁷⁷ ; la gravité suffisante de ces faits doit être démontrée. Reprenant une formule similaire à celle retenue par le Conseil d'Etat en matière de licenciement des représentants du personnel¹⁵⁷⁸, la Cour de cassation fixe un seuil de gravité des manquements de l'employeur. Le juge effectue un contrôle de légitimité de la rupture. Il « se substitue rétroactivement au salarié pour l'appréciation de l'opportunité de la rupture, caractérisée par sa nécessité »¹⁵⁷⁹. Il faut cependant constater que la formule retenue par la jurisprudence ne peut constituer un critère et n'a, en elle-même, aucune signification ; tout manquement ne justifie pas la rupture, car une certaine gravité est requise ; mais à la question de savoir quel est le degré de gravité nécessaire, il est simplement répondu : une gravité suffisante pour justifier la rupture... Aussi, est-ce l'étude des applications de la règle, plus que celle de son énoncé théorique, qui permet de distinguer les fautes justifiant ou non la prise d'acte selon la jurisprudence¹⁵⁸⁰, ce qui est facteur d'aléa, donc de risque pour le salarié.

483. Une précision au critère : l'impossibilité de poursuivre le contrat. Une précision au critère de gravité suffisante a été apportée. La Cour de cassation a affirmé, faisant écho à une position doctrinale¹⁵⁸¹, que la faute de l'employeur invoquée par le salarié doit, pour justifier la prise d'acte, être « *de nature à faire obstacle à la poursuite du*

¹⁵⁷⁵ Cass. Soc. 27 septembre 2006, n°04-46786 ; Cass. Soc. 2 juillet 2008, n°07-41372 ; Cass. Soc. 15 octobre 2008, n°0742400 ; Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°07-43916 ; Cass. Soc. 21 janvier 2009, n°07-41822, JCP S 2009, 1251, note P-Y Verkindt ; Cass. Soc. 28 sept 2010, n°09-42276 ; Cass. Soc. 9 novembre 2010 n°09-41470 ; Cass. Soc. 9 février 2011, n°09-43164 ; Cass. Soc. 16 février 2011, n°09-67429 ; Cass. Soc. 16 mars 2011, n°08-42218.

¹⁵⁷⁶ Cass. Soc. 10 juillet 2008, n°06-45430 ; Cass. Soc. 20 janvier 2010, n°08-45498 ; Cass. Soc. 5 octobre 2010, n°09-41895 ; Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°08-43602 ; Cass. Soc. 12 janvier 2011, n°09-69801 ;

¹⁵⁷⁷ En ce sens, cf. L. Draï, JCP S 2007, 1122.

¹⁵⁷⁸ Dont le licenciement est subordonné à l'existence d'une faute « suffisamment grave ».

¹⁵⁷⁹ A. Cothenet, « Le contrôle des motifs de la prise d'acte », in « variations autour de la prise d'acte », RDT 2007, p. 159.

¹⁵⁸⁰ Sur l'étude de la typologie des manquements justifiant la prise d'acte, voir infra, n°494 et s.

¹⁵⁸¹ Voir notamment F. Bousez, JCP S 2007, 1185, et J-Y Frouin, RJS 2007, p. 795.



contrat de travail »¹⁵⁸². Les faits à l'origine de l'arrêt étaient cependant assez spécifiques : c'est pour censurer une cour d'appel ayant jugé justifiée la prise d'acte motivée par un défaut de validation d'un projet de reclassement externe dans le délai prévu par un plan de départs volontaires mis en place dans l'entreprise (c'est-à-dire motivée par un manquement d'une gravité assez relative¹⁵⁸³), que la Cour de cassation a énoncé ce principe. La règle, dont il a été confirmé qu'elle ne concerne pas la question du préavis¹⁵⁸⁴, n'a pas été réaffirmée et semble être de portée limitée.

484. Incidence exceptionnelle de la bonne foi de l'employeur. Par ailleurs, la mauvaise foi de l'employeur ou le caractère volontaire de la faute n'ont pas à être établis par le salarié¹⁵⁸⁵ ; ils ne sont pas indispensables à la reconnaissance de la gravité suffisante des manquements et ne sont donc pas des conditions du succès de la prise d'acte. La faute de l'employeur peut présenter un degré de gravité justifiant la rupture du contrat même si elle résulte d'un comportement involontaire (par exemple, une négligence, spécialement en matière de sécurité), ou même si l'employeur a agi de bonne foi (par exemple, en imposant une modification de la relation de travail à laquelle il se pensait habilité à procéder mais qui, en réalité, portait atteinte au contrat de travail).

Cependant, la démonstration de sa bonne foi par l'employeur peut, de manière exceptionnelle, avoir une incidence dans le débat relatif à la gravité de ses manquements. Tel est le cas dans l'hypothèse où la faute reprochée à l'employeur résulte d'une erreur, qui, elle-même, était excusable¹⁵⁸⁶ et remédiable au jour de sa

¹⁵⁸² Cass. Soc. 30 mars 2010, n°08-44236, Bull. Civ. V, n°80.

¹⁵⁸³ En revanche, il a été jugé que le rejet de la candidature du salarié au départ volontaire, s'il ne repose pas sur des critères objectifs et pertinents de sorte qu'il caractérise une inégalité de traitement au regard des salariés dont la candidature a été acceptée, caractérise un manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte » (Cass. Soc. 31 mai 2011, n°10-10890).

¹⁵⁸⁴ Cass. Soc. 2 juin 2010, n°09-40215, JCP S 2010, 1309, note N. Dauxerre. Sur la question du préavis de prise d'acte et de l'absence d'incidence de son exécution sur l'appréciation de la gravité des fautes imputées à l'employeur, voir supra, n°447 et s.

¹⁵⁸⁵ En matière d'exception d'inexécution collective, une solution inverse est retenue, le manquement de l'employeur devant notamment être « délibéré » : voir infra, n°488.

¹⁵⁸⁶ L'employeur ne pourrait se prévaloir d'une erreur grossière témoignant d'une méconnaissance manifeste de ses obligations.



commission¹⁵⁸⁷, par exemple, une erreur dans le calcul d'un élément de salaire¹⁵⁸⁸. Dans une telle situation, la bonne foi de l'employeur est de nature à nuancer la gravité du manquement commis, sans pour autant automatiquement l'exclure ; la bonne foi n'est qu'un élément d'appréciation, au même titre que l'importance de l'erreur, les conditions de sa commission¹⁵⁸⁹ et l'attitude des parties après sa découverte (en particulier, la diligence et la bonne volonté de l'employeur pour régulariser l'erreur ou, au contraire, la précipitation du salarié à prendre acte de la rupture sans laisser à l'employeur la possibilité de régulariser alors qu'il n'avait pas exclu de le faire¹⁵⁹⁰).

§2. L'exigence de gravité en matière d'exception d'inexécution sous forme de grève

485. Si le recours collectif à l'exception d'inexécution, parce qu'il est qualifié de grève, n'est soumis qu'à une condition d'expression de revendications professionnelles sans exigence de gravité, en revanche, l'indemnisation de la période de cessation de travail est subordonnée à l'existence d'une « *situation contraignante telle que [les salariés] ont été obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, directement lésés*

¹⁵⁸⁷ Si l'erreur est irrémédiable, la bonne foi de l'employeur est indifférente car les conséquences de l'erreur sont trop importantes.

¹⁵⁸⁸ Il semble que le terrain du salaire soit le seul à se prêter à l'analyse de la bonne ou mauvaise foi de l'employeur, dans la mesure où les autres catégories de manquements entraînent des conséquences irrémédiables : atteinte à la santé, modification du contrat déjà mise en œuvre (régularisable pour l'avenir, mais définitive pour le passé, puisque le préjudice subi par le salarié du fait de la sujétion illégitime n'est pas réparé par sa seule cessation), atteinte consommée à une liberté ou à la vie privée...

¹⁵⁸⁹ Cf. par exemple, pour une erreur dans le calcul du salaire s'expliquant par « la difficulté technique du mi-temps thérapeutique et de ses conséquences [qui] excluait la mauvaise foi de l'employeur » : Cass. Soc. 21 janvier 2009, n°07-41822, JCP S 2009, 1251, note P-Y Verkindt.

¹⁵⁹⁰ C'est en se fondant sur le caractère « prématuré » de la prise d'acte que certains arrêts l'ont dite mal fondée, dans des situations où le salarié se prévalait à juste titre d'une irrégularité dans le paiement de certains éléments de salaire, résultant apparemment d'une erreur commise de bonne foi et que l'employeur n'avait pas exclu de régulariser : Cass. Soc. 2 juillet 2008, n°07-41372 (prise d'acte motivée par un défaut de paiement de commissions, notifiée alors qu'un rendez-vous destiné à discuter de cette question était programmé avec l'employeur) ; Cass. Soc. 12 janvier 2011, n°09-69801 (défaut de paiement d'indemnités de petits déplacements, de repas et de transport, n'ayant donné lieu à aucune réclamation du salarié préalablement à la prise d'acte, ce dont la Cour d'appel a conclu « *qu'en prenant acte de la rupture, [le salarié] a privé son employeur de la possibilité de régulariser la situation et d'éviter la rupture du lien contractuel* »). En revanche, une cour d'appel ne peut rejeter les demandes du salarié en lui reprochant d'avoir pris acte de la rupture avec une « *hâte fautive* » après avoir constaté la réalité d'une modification volontaire du contrat de travail par l'employeur (modification des critères d'attribution d'une prime) : Cass. Soc. 26 septembre 2007, n°06-43202.



par suite d'un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations »¹⁵⁹¹. La jurisprudence soumet l'indemnisation des salariés à la réunion de plusieurs conditions.

486. Notion de contrainte. En premier lieu, les fautes de l'employeur doivent être réputées placer les salariés dans l'obligation de réagir. Comme en matière de prise d'acte¹⁵⁹², le mécanisme repose sur l'idée que l'exécution du contrat de travail n'est pas possible en l'état des fautes de l'employeur. C'est « l'état de nécessité » qui justifie l'initiative des salariés de suspendre leurs contrats¹⁵⁹³.

487. Gravité du manquement. La situation contraignante dans laquelle se trouvent les salariés doit résulter d'un « manquement grave » de l'employeur à ses obligations. Sur ce point également, le régime de l'exception d'inexécution exercée collectivement et celui de la prise d'acte¹⁵⁹⁴ se rejoignent : dans les deux cas, il est nécessaire que la faute imputée à l'employeur présente un certain degré de gravité, qui n'est pas précisément défini au plan théorique, mais qui peut être cerné à partir des applications de la règle¹⁵⁹⁵.

488. Caractère délibéré du manquement. Les deux mécanismes se distinguent, en revanche, en ce qu'en matière de grève la jurisprudence exige que les manquements de l'employeur soient, non seulement graves, mais également délibérés. En d'autres termes, une faute volontaire de l'employeur est exigée pour caractériser une situation contraignante pour les salariés. Ainsi, le maintien d'une prime au rendement illicite malgré les demandes de suppression réitérées des salariés, caractérise un manquement délibéré justifiant le recours collectif à l'exception d'inexécution¹⁵⁹⁶. A l'inverse, le non-paiement des salaires, s'il constitue un manquement grave, ne permet pas de

¹⁵⁹¹ Cass. Soc. 20 février 1991, n°89-41148, Dr. Soc. 1991, p. 318, note J. Savatier ; Cass. Soc. 28 octobre 1997, n°96-41776, RJS 1997, n°1416 ; Cass. Soc. 5 janvier 2005, n°03-40075.

¹⁵⁹² Voir supra, n°482 et s.

¹⁵⁹³ Certains arrêts ayant admis l'indemnisation des grévistes dont le mouvement était motivé par le non-paiement de leurs salaires ont insisté sur le « caractère alimentaire » des salaires dus par l'employeur (Cf. Cass. Soc. 14 mars 1979, n°76-41143 ; Cass. Soc. 28 octobre 1997, n°88-45790).

¹⁵⁹⁴ Voir supra, n°482 et s.

¹⁵⁹⁵ Voir infra, n°494 et s.

¹⁵⁹⁶ Cass. Soc. 21 mai 1997, n°95-42542, TPS 1997, comm. 211.



caractériser un manquement délibéré, dès lors qu'il s'explique par les « *difficultés financières de l'entreprise, placée sous le régime du redressement judiciaire* »¹⁵⁹⁷. Il semble devoir en aller de même en cas de non-paiement d'une partie du salaire résultant d'une erreur de l'employeur (par exemple, dans l'application des textes législatifs ou conventionnels relatifs au calcul des majorations applicables aux heures supplémentaires...). La bonne foi de l'employeur fait obstacle à l'indemnisation de la cessation du travail¹⁵⁹⁸.

Cette notion de manquement délibéré ne se retrouve pas en matière de prise d'acte, même si les causes justificatives invoquées par l'employeur sont parfois examinées. Il a ainsi été jugé que le « *seul décalage d'une journée ou deux de certains paiements s'expliquant par des jours fériés* »¹⁵⁹⁹, ou une erreur de calcul due à des « *difficultés techniques* »¹⁶⁰⁰, ne constituait pas un manquement suffisamment grave de l'employeur pour justifier la prise d'acte. Mais c'est pour évaluer la gravité du manquement que ces données sont prises en compte à titre d'éléments d'appréciation parmi d'autres¹⁶⁰¹ ; ils ne correspondent pas à une exigence autonome tenant au caractère volontaire des fautes commises par l'employeur.

489. Atteinte aux droits essentiels. Par ailleurs, les manquements commis par l'employeur doivent, pour justifier l'initiative des salariés et leur indemnisation, les « *léser dans leurs droits essentiels* ». Si la formule semble faire référence à l'exigence d'un préjudice d'une certaine gravité subi par les salariés, en réalité, c'est plus l'importance du droit méconnu que l'étendue de la méconnaissance, qui est analysée ; il en résulte que l'exigence recoupe celle de gravité du manquement de l'employeur puisque la gravité de la faute est à la mesure du degré de protection reconnu au droit auquel il a été

¹⁵⁹⁷ Cass. Soc. 28 octobre 1997, n°96-41776 ; Cass. Soc. 26 janvier 2000 n°98-44177 A l'inverse, si le redressement judiciaire a débouché sur un plan de continuation, « qui met fin à la période d'observation et fait recouvrer au débiteur la totalité de ses droits », le retard dans le paiement des salaires caractérise un manquement grave et délibéré : Cass. Soc. 7 juin 2006, JCP S 2006, 1648, note R. Vatinet.

¹⁵⁹⁸ Cf. Pour une référence expresse à la mauvaise foi de l'employeur : Cass. Soc. 4 décembre 2007, n°06-42463.

¹⁵⁹⁹ Cass. Soc. 19 janvier 2005, n°03-45018, RJS 2005, n°254.

¹⁶⁰⁰ Cass. Soc. 21 janvier 2009, n°07-41822, JCP S 2009, n°1251, note P-Y Verkindt.

¹⁶⁰¹ Voir supra, n°482 et s.



porté atteinte¹⁶⁰². L'incidence pratique de cette condition supplémentaire, d'ailleurs parfois éludée¹⁶⁰³, semble donc inexistante, ce que confirme le constat¹⁶⁰⁴ de l'identité des manquements justifiant, d'une part, la prise d'acte pour laquelle une telle condition n'est pas requise¹⁶⁰⁵ et, d'autre part, l'exception d'inexécution collective.

§3. L'exigence de gravité en matière d'exception d'inexécution de droit commun

490. Absence d'exigence formelle de gravité. Contrairement aux règles applicables à la prise d'acte¹⁶⁰⁶ et à la grève - exception d'inexécution¹⁶⁰⁷, en matière d'exception d'inexécution exercée individuellement, la jurisprudence n'énonce aucune condition expresse de « gravité » ou de « gravité suffisante ». Doit-on en déduire que tout manquement établi de l'employeur justifie l'initiative du salarié, peu important son degré de gravité ? Certains arrêts semblent aller en ce sens, en mettant l'accent sur la matérialité des fautes de l'employeur. Ainsi, pour approuver une cour d'appel d'avoir dit non fautive la cessation du travail par un salarié qui revendiquait le paiement des salaires dont il avait été privé au cours d'une mise à pied jugée injustifiée, la Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel « *le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations* »¹⁶⁰⁸, sans autre précision relative à une exigence de gravité du manquement. Dans le même sens, par une décision plus ancienne, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé par un employeur contre l'arrêt ayant jugé non fautif le refus du salarié d'exécuter des heures supplémentaires en raison du défaut de paiement des heures précédemment effectuées,

¹⁶⁰² Un arrêt fait d'ailleurs référence à la fois aux « droits essentiels » des salariés et aux « obligations essentielles de l'employeur » : Cass. Soc. 26 février 1992, n°90-40760.

¹⁶⁰³ Voir notamment Cass. Soc. 24 avril 2003, n°02-41308 ; Cass. Soc. 18 mai 2005, n°02-42993, RJS 2005, n°1108 ; Cass. Soc. 3 mai 2007, n°05-44776 ; Cass. Soc. 16 décembre 2009, n°07-41768.

¹⁶⁰⁴ Voir infra, n°494 et s.

¹⁶⁰⁵ Si le préjudice subi par le salarié est susceptible d'influer sur l'appréciation de la gravité du manquement, ce n'est qu'à titre informel.

¹⁶⁰⁶ Voir supra, n°482 et s.

¹⁶⁰⁷ Voir supra, n°485 et s.

¹⁶⁰⁸ Cass. Soc. 23 juin 2009, n°07-44844, Bull. Civ. Vn n°158 ; JCP S 2009, 1419, note F.Dumont.



c'est-à-dire « *compte-tenu de l'inexécution de ses obligations par l'employeur* »¹⁶⁰⁹.

491. Absence d'application d'une exigence implicite de gravité. De plus, au-delà de l'absence d'énoncé formel d'une condition de gravité qui pourrait ne relever que de l'ellipse, l'étude de la jurisprudence révèle que la Cour de cassation n'a jamais fait d'application implicite d'une telle condition¹⁶¹⁰ ; à ce jour, elle n'a, semble-t-il, jamais désapprouvé l'initiative du salarié en présence d'un manquement de l'employeur établi mais jugé de peu de gravité. Lorsque l'initiative du salarié a été dite injustifiée, c'est en raison de ce qu'aucun manquement n'était imputable à l'employeur ; au contraire son initiative a toujours été jugée bien-fondée lorsqu'un manquement était établi.

492. Quel contrôle de gravité ? Il semble cependant peu probable que la position de la Cour de cassation soit d'admettre le recours à l'exception d'inexécution en réaction à tout manquement établi de l'employeur, indépendamment de son degré de gravité. Il n'est pas impossible que l'absence d'application d'une certaine exigence de gravité tienne à ce que l'occasion de le faire ne se soit jamais présentée. On peut supposer qu'en présence d'un manquement patronal bénin, la suspension du contrat de travail par le salarié ne serait pas admise, sur le fondement d'une insuffisance de gravité ou, éventuellement, sur celui de l'abus de droit.

On peut aussi imaginer que les exigences de gravité exprimées par la Cour de cassation, si elles étaient formulées, seraient moins strictes en matière d'exception d'inexécution qu'en matière de prise d'acte. L'atténuation du degré d'exigence se justifierait, compte-tenu de la différence que présentent les deux initiatives sur le plan de leurs conséquences ; la suspension du contrat ne revêt pas le caractère définitif qui s'attache à sa rupture. Il semble donc logique de ne pas encadrer la première aussi strictement que

¹⁶⁰⁹ Cass. Soc. 7 décembre 1999, n°97-42878, Bull. Civ. V, n°473.

¹⁶¹⁰ En revanche, une cour d'appel a eu l'occasion de formuler une exigence implicite de gravité en rejetant les demandes de deux salariés ayant cessé le travail au motif que « *si les manquements de l'employeur à ses obligations sont établis par sa condamnation par le tribunal de police (...) pour diverses infractions à la législation du travail, ils n'autoriseraient pas pour autant les salariés à abandonner leur poste de travail* » (CA. Montpellier, Soc. 2 décembre 1998. L'arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation sur une autre question : Cass. Soc. 27 mars 2001, n°99-41276).



la seconde. Cependant, si l'on raisonne par analogie avec les conditions restrictives requises en matière de grève – exception d'inexécution¹⁶¹¹, il n'est pas certain que la jurisprudence s'engage dans le sens d'une exigence de gravité atténuée en matière d'exception d'inexécution individuelle.

§4. L'exigence de gravité en matière de droit de retrait

493. La notion de gravité se retrouve en matière d'exception d'inexécution qualifiée de droit de retrait. C'est cependant au danger encouru, et non au manquement de l'employeur, qu'elle s'applique, l'initiative du salarié étant subordonnée par la loi à « *un motif raisonnable de penser d'une situation de travail (...) qu'elle présente un danger grave et imminent* »¹⁶¹². Peu importe la gravité de la faute de l'employeur ; une faute légère (voire inexistante, pour autant qu'un motif légitime de crainte existe¹⁶¹³) suffit à justifier l'initiative du salarié si le danger qu'elle génère est grave. Ce point distingue le droit de retrait des autres pouvoirs d'initiative du salarié. Il s'explique par la finalité spécifique du droit de retrait.

Sous-section 2. Constance de l'exigence de gravité

494. Bien que faisant l'objet de formulations diverses selon les pouvoirs d'initiative, la condition de gravité présente une constance marquée. Sur le plan théorique elle exprime un degré de rigueur largement commun, avec peut-être une légère souplesse s'agissant de l'exception d'inexécution exercée individuellement¹⁶¹⁴. Surtout, sur le plan pratique elle révèle une uniformité des fautes patronales justifiant l'une ou l'autre des réactions extra-judiciaires du salarié. Schématiquement, l'une quelconque des initiatives du salarié peut faire suite à un manquement de l'employeur tenant à une atteinte à la sphère de subordination (§1), à un dépassement de l'habilitation contractuelle dans le

¹⁶¹¹ Sur l'exigence de gravité en matière de grève-exception d'inexécution, voir supra, n°485 et s.

¹⁶¹² C. trav. art. L 4131-1, préc. n°415.

¹⁶¹³ Voir supra, n°416.

¹⁶¹⁴ Voir supra, n°490 et s.



cadre des prérogatives exercées (§2) ou à un défaut de paiement adéquat du salaire (§3).

§1. Les manquements tenant à une atteinte à la sphère de subordination

495. Conséquence de l'exigence de détermination, l'obligation contractuelle de subordination n'existe que dans un certain domaine ; la sphère de subordination ainsi définie par les parties¹⁶¹⁵ marque les frontières matérielles¹⁶¹⁶, temporelles¹⁶¹⁷ et géographiques¹⁶¹⁸ de l'obligation du salarié. Le pouvoir de l'employeur s'exerce dans ce domaine qu'il ne peut remettre en cause. L'atteinte aux contours de la sphère de subordination caractérise une faute de l'employeur justifiant le recours du salarié à l'un de ses pouvoirs d'initiative.

496. Atteinte aux contours matériels de la sphère de subordination. L'atteinte aux contours matériels de la sphère de subordination, qu'elle résulte du retrait de tâches caractéristiques de l'emploi¹⁶¹⁹ ou, au contraire, de l'ajout (ou de la substitution) de fonctions ne relevant pas de la nature de l'emploi convenu¹⁶²⁰, caractérise une faute de l'employeur justifiant la réaction du salarié. Une jurisprudence abondante le confirme en matière de prise d'acte, principalement dans l'hypothèse d'un déclassement par retrait des fonctions et responsabilités du salarié¹⁶²¹, ou encore dans celle d'une rétrogradation

¹⁶¹⁵ Voir supra, n°62 et s.

¹⁶¹⁶ Voir supra, n°64 et s.

¹⁶¹⁷ Voir supra, n°103 et s.

¹⁶¹⁸ Voir supra, n°191 et s.

¹⁶¹⁹ Voir supra, n°96 et s.

¹⁶²⁰ Voir supra, n°91 et s.

¹⁶²¹ Cf. notamment Cass. Soc. 26 janvier 2005, n°02-47271 (salarié employé en qualité de « directeur » affecté à un poste de « directeur adjoint » La cour d'appel a « constaté que la nature et l'étendue des responsabilités opérationnelles du salarié se sont trouvées modifiées et, d'autre part, relevé que le nouveau poste cantonnait le salarié dans des attributions d'analyse et de contrôle des chaînes de coûts », de sorte que la prise d'acte était justifiée) ; Cass. Soc. 9 janvier 2008, n°06-45230 (salarié employé en qualité d'informaticien et juriste par un cabinet d'expertise, ayant subi une « modification des fonctions caractérisée par un allègement unilatéral de sa responsabilité et la suppression de la maintenance informatique, de la gestion du cabinet, de l'animation et de la coordination de l'équipe ») ; Cass. Soc. 10 décembre 2008, n°06-45882 (déclassement caractérisé par la perte des fonctions d'encadrement d'une équipe) ; Cass. Soc. 13 mai 2009, n°08-41675 (perte d'attributions résultant d'une redéfinition du périmètre d'activité du salarié) ; Cass. Soc. 26 mai 2010, n°08-44995 (salariée occupant de fait un poste de



explicitement imposée au salarié, notamment à titre de sanction disciplinaire¹⁶²². Il a également été confirmé par la Cour de cassation que le salarié confronté à un tel manquement de l'employeur pouvait valablement choisir de suspendre le contrat de travail dans le cadre de l'exception d'inexécution¹⁶²³ jusqu'à la renonciation de l'employeur aux modifications apportées à l'emploi. Bien que ce point n'ait pas encore été confirmé, il semble que la règle soit transposable au recours collectif à l'exception d'inexécution, s'agissant de salariés confrontés à une modification collective de leurs fonctions (hypothèse dans laquelle l'employeur prétend par exemple transformer l'emploi de tous les salariés d'une même catégorie professionnelle) ; dans une telle situation, les salariés, « lésés » dans ce qui peut être considéré comme un « droit essentiel » au respect de l'intégrité de leur emploi, pourraient valablement suspendre collectivement l'exécution de leur contrat de travail pour contraindre l'employeur à mettre fin à son comportement fautif, sans perte de salaire au titre de la période de cessation de travail.

497. Atteinte aux contours temporels de la sphère de subordination. Il est acquis que l'atteinte aux contours temporels de la sphère de subordination imputable à l'employeur autorise le recours par le salarié à l'un de ses pouvoirs d'initiative.

Le principe s'applique en premier lieu aux atteintes portées au volume de subordination,

directrice, réaffectée à un poste de « *chef de service d'une équipe éducative de base* » dépourvu « *des attributions de gestion qu'elle exerçait auparavant* ») ; Cass. Soc. 2 juin 2010, n°09-40215 (salarié « *successivement dessaisi de ses attributions de directeur commercial, de directeur du développement, de responsable de l'exploitation puis, après un retour dans des fonctions de directeur commercial, à nouveau [dessaisi de] cette responsabilité au profit d'un nouveau recrutement* ») ; Cass. Soc. 3 novembre 2010, n°09-67928 (salariée employée en qualité de « *responsable des ressources humaines* » privée, à son retour de congé de maternité, de « *ses fonctions managériales* » et de ses fonctions de suivi des dossiers juridiques désormais exclusivement pris en charge par le service juridique) ; Cass. Soc. 2 mars 2011, n°09-40547 (salarié « *éloigné de la sphère dirigeante par sa mise à l'écart des réunions stratégiques* »).

¹⁶²² Cass. Soc. 28 avril 2011, n°09-70619.

¹⁶²³ Cass. Soc. 18 janvier 2000, n°97-45144 (salarié engagé « *en qualité de professeur de français chargé des classes de première et terminale* », affecté à la prise en charge de « *classes de 4^{ème} et 5^{ème}* », ayant refusé d'assurer ses fonctions. La Cour de cassation censure l'arrêt ayant dit justifié le licenciement notifié pour « *abandon de poste et insubordination* » au motif que « *le refus du salarié de poursuivre l'exécution de son contrat de travail qui avait fait l'objet d'une modification imposée par l'employeur n'est pas fautif* ») ; Cass. Soc. 7 décembre 2004, n°01-46254 (« *à la date de l'abandon de poste reproché par l'employeur la modification intervenue du contrat de travail [retrait de responsabilités] justifiait que le salarié ait refusé de poursuivre son exécution* »).



c'est-à-dire à la durée du travail¹⁶²⁴. La modification unilatérale des prévisions contractuelles, qu'il s'agisse d'une réduction ou, au contraire, d'une augmentation unilatérale de la durée du travail, à l'égard d'un salarié travaillant à temps plein ou à temps partiel, justifie la rupture du contrat de travail dans le cadre de la prise d'acte¹⁶²⁵. Elle justifie également la suspension du contrat de travail ; si la règle n'a pas été expressément confirmée s'agissant du recours individuel à l'exception d'inexécution, elle l'a été à l'égard du recours collectif, la Cour de cassation ayant à deux reprises approuvé une Cour d'appel d'avoir jugé que la réduction unilatérale du temps de travail d'une partie des salariés (accompagnée dans les deux cas d'une baisse de rémunération) caractérisait le manquement grave et délibéré et la situation contraignante justifiant la grève – exception d'inexécution¹⁶²⁶.

En second lieu, l'atteinte aux périodes de subordination, identifiées par les horaires de travail¹⁶²⁷, peut justifier une réaction du salarié, à condition toutefois, en l'état de la jurisprudence qui réserve à l'employeur un certain pouvoir de modification des horaires¹⁶²⁸, que soit caractérisée une modification excédant les limites jurisprudentielles (interversion entre horaire de jour et horaire de nuit, entre horaire continu et discontinu, fixe et variable, travail le dimanche...). Le salarié qui subit une

¹⁶²⁴ Sur la détermination du volume de subordination, voir supra, n°104 et s.

¹⁶²⁵ La Cour de cassation n'a eu l'occasion de le confirmer que dans des hypothèses de réduction unilatérale de la durée travail, tant à l'égard de salariés employés à temps partiel (Cass. Soc. 8 juillet 2010, n°09-40965 ; Cass. Soc. 12 juillet 2010, n°09-40051) qu'à temps plein (Cass. Soc. 4 mai 2011, n°10-14767 ; Cass. Soc. 29 novembre 2011, n°10-14198).

¹⁶²⁶ Cass. Soc. 4 octobre 2005, n°04-44795, RJS 2005, n°1757 : « attendu que les juges du fond ont relevé que l'employeur avait de façon unilatérale procédé à une réduction du temps de travail d'une partie des salariés, ce qui avait pour résultat une réduction de leur rémunération ; qu'ils ont ainsi caractérisé la situation contraignante dans laquelle les salariés se sont trouvés, les obligeant à cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels directement lésés par le manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations ». Cf. également Cass. Soc. 24 avril 2003, n°02-41308 : cassation de l'arrêt d'une cour d'appel ayant débouté les salariés de leur demande de rappels de salaire au titre des jours de grève « sans rechercher, comme elle y était invitée, si la réduction unilatérale du temps de travail et de la rémunération de neuf salariés, fût-ce au titre d'un test (...) ne constituait pas un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations, plaçant les salariés dans une situation contraignante qui les obligeait à cesser le travail pour faire respecter leurs droits, directement lésés par cette mesure, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

¹⁶²⁷ Sur la détermination des périodes de subordination, voir supra, n°155 et s.

¹⁶²⁸ Sur l'étendue du pouvoir reconnu à l'employeur en matière de fixation et de modification des horaires de travail, voir supra, n°164 et s.



telle modification de ses horaires peut valablement rompre le contrat de travail¹⁶²⁹. Rien ne justifierait qu'il ne puisse pas également le suspendre, à titre individuel¹⁶³⁰ comme à titre collectif¹⁶³¹.

498. Atteinte aux contours géographiques de la sphère de subordination. Enfin l'atteinte aux contours géographiques de la sphère de subordination¹⁶³², résultant selon la jurisprudence actuelle d'un changement imposé de lieu de travail emportant changement de « *secteur géographique* »¹⁶³³, caractérise également une faute de l'employeur autorisant le salarié à faire usage de ses pouvoirs d'initiative. La modification illicite du lieu de travail justifie la prise d'acte de la rupture¹⁶³⁴, comme elle devrait justifier l'inexécution du contrat à titre d'exception¹⁶³⁵.

499. Nature de l'appréciation jurisprudentielle : la gravité nécessairement suffisante d'une « modification du contrat ». Il ressort de l'étude de la jurisprudence que l'atteinte aux contours de la sphère de subordination justifie toujours la réaction du salarié dès lors qu'elle peut être qualifiée de « *modification du contrat* » au regard des critères jurisprudentiels sans qu'il soit nécessaire de s'interroger ensuite sur l'étendue,

¹⁶²⁹ Cf. en matière de substitution d'un horaire de nuit à un horaire de jour : Cass. Soc. 20 janvier 2010, n°08-43236 ; Cass. Soc. 7 décembre 2010, n°09-67652) ; Cf. en matière de non-respect des règles applicables au contrat de travail à temps partiel : Cass. Soc. 20 juin 2007, n°05-43161 (non-respect du délai de prévenance lors des modifications successives de l'horaire) ; Cass. Soc. 6 janvier 2010, n°08-41596 (modification des horaires non prévue par une clause valable du contrat de travail) ; Cass. Soc. 8 juillet 2010, n°09-40965 (modifications incessantes de la durée du travail « laissant [la salariée] dans l'incertitude quant à la répartition hebdomadaire de son horaire de travail »).

¹⁶³⁰ La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Un arrêt a concerné une suspension du contrat de travail par un salarié qui invoquait une modification de ses horaires par l'employeur, mais il a été constaté que l'employeur avait renoncé à la modification, ce dont il résultait que la poursuite de la suspension du contrat n'était pas justifiée (Cass. Soc. 28 juin 2006, n°04-48597).

¹⁶³¹ Mais ce point n'a pas encore été jugé.

¹⁶³² Sur la détermination des contours géographiques de la sphère de subordination, voir supra, n°191 et s.

¹⁶³³ Sur la notion jurisprudentielle de « secteur géographique », voir supra, n°200 et s.

¹⁶³⁴ Cass. Soc. 4 avril 2007, n°05-42847 ; Cf. a contrario dans des hypothèses de modification du lieu de travail au sein du même « secteur géographique », ne justifiant donc pas la prise d'acte selon la jurisprudence : Cass. Soc. 18 mars 2009, n°07-44891 ; Cass. Soc. 5 octobre 2010, n°09-41895.

¹⁶³⁵ Bien qu'elle n'ait pas eu à se prononcer sur la suspension du contrat en réaction à sa modification *géographique*, la Cour a énoncé à l'occasion d'une modification des fonctions le principe général selon lequel « *le refus du salarié de poursuivre l'exécution de son contrat de travail qui avait fait l'objet d'une modification imposée par l'employeur n'est pas fautif* » (voir supra, n°496).



le degré de gravité de cette modification du contrat. La modification unilatérale du contrat de travail, lorsqu'elle est établie, constitue *en elle-même* un manquement suffisamment grave pour justifier sa rupture ou sa suspension. L'analyse des juges du fond est binaire : soit le comportement reproché à l'employeur peut être qualifié de modification du contrat, soit il ne peut pas l'être, et de ce seul constat découle celui, soit de l'existence d'une faute nécessairement suffisamment grave, soit de l'absence de toute faute. Il n'y a pas de place pour une analyse supplémentaire ; il n'existe pas de modification du contrat insuffisamment grave pour justifier l'initiative prise par le salarié¹⁶³⁶.

L'automaticité de la gravité suffisante d'une modification unilatérale du contrat apparaît très clairement à travers certaines formulations adoptées par la Cour de cassation. Il a ainsi été affirmé, pour approuver une Cour d'appel d'avoir jugé justifiée la prise d'acte d'un salarié dont les attributions avaient été réduites, que « *la modification du contrat de travail intervenue sans l'accord exprès du salarié constitue un manquement aux obligations contractuelles de l'employeur **qui fait produire** à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* »¹⁶³⁷. De même, à plusieurs reprises, pour casser un arrêt ayant débouté le salarié de ses demandes consécutives à la prise d'acte, la Cour de cassation a souligné que la Cour d'appel avait caractérisé « *une modification unilatérale du contrat de travail **dont elle devait déduire** que la prise d'acte de la rupture par le salarié était justifiée* »¹⁶³⁸. Enfin, le pourvoi d'un employeur contre l'arrêt ayant jugé justifiée la prise d'acte d'un salarié a été rejeté au motif que la Cour d'appel avait constaté que le contrat de travail « *avait été modifié, **de sorte que** [la] prise d'acte de la rupture était justifiée* »¹⁶³⁹.

¹⁶³⁶ La Cour de cassation l'a rappelé en censurant l'arrêt d'une cour d'appel ayant jugé que la modification unilatérale des règles de calcul de la rémunération variable d'un salarié dont elle constatait la réalité et l'illicéité, était toutefois d'une gravité insuffisante pour justifier la prise d'acte « dans la mesure où, en fin de compte, [le salarié] était assuré d'une rémunération qui, partie fixe et partie variable cumulées, était supérieure à l'ancienne » (Cass. Soc. 5 mai 2010, n°07-45409, RJS 2010 n°583, JCP S 2010 n°1298, note D. Corrigan-Carsin).

¹⁶³⁷ Cass. Soc. 2 mars 2011, n°09-40547.

¹⁶³⁸ Cass. Soc. 30 novembre 2010, n°09-42625. La formule figure également dans des arrêts rendus en matière de modification de la rémunération (Cf. Cass. Soc. 5 mai 2010, n°07-45409, RJS 2010 n°583 ; JCP S 2010, 1298, note D. Corrigan-Carsin ; Cass. Soc. 30 mars 2011, n°10-10793).

¹⁶³⁹ Cass. Soc. 26 mai 2010, n°08-44995.



La seule stratégie défensive que puisse adopter l'employeur dans le cadre d'un contentieux consécutif à la rupture ou à la suspension du contrat motivée par une modification du contrat de travail est de contester la réalité même de cette modification. La prise d'acte ou l'inexécution ne seront pas justifiées dès lors que seules les « *conditions de travail* » ont été modifiées¹⁶⁴⁰, que le salarié a anticipé une éventuelle modification du contrat¹⁶⁴¹, qu'il l'avait acceptée¹⁶⁴², ou dès lors que l'employeur y avait renoncé au moment de la réaction du salarié¹⁶⁴³. Si, au contraire, la modification est établie, les jeux sont faits.

§2. Les manquements tenant au dépassement des termes de l'habilitation à l'exercice d'un pouvoir

500. Investi par le contrat de travail d'un pouvoir¹⁶⁴⁴ destiné à permettre l'exécution des prévisions contractuelles par la mise en place d'une organisation adaptée¹⁶⁴⁵ et recouvrant à cette fin diverses prérogatives¹⁶⁴⁶, l'employeur commet une faute lorsqu'il excède les termes de l'habilitation contractuelle. L'usage, en fait, d'une prérogative qui, juridiquement, ne lui a pas été concédée (I), l'usage défailant d'une prérogative concédée résultant du non-respect des règles et limites dont celle-ci est assortie (II), ou encore la méconnaissance des limites générales du pouvoir (III), sont autant de fautes de l'employeur justifiant la réaction du salarié.

I. Usage de fait par l'employeur d'une prérogative non concédée.

501. L'employeur ne peut valablement exercer que les prérogatives qui découlent de son pouvoir contractuel d'organisation du travail. User dans les faits d'une prérogative

¹⁶⁴⁰ Cf. Cass. Soc. 7 février 2007, n°05-43680 ; Cass. Soc. 2 juillet 2008, n°07-40225 (en matière de prise d'acte).

¹⁶⁴¹ Cass. Soc. 27 juin 2007, n°05-45517 (en matière de prise d'acte).

¹⁶⁴² Cass. Soc. 12 mars 2008 n°06-45973 (en matière de prise d'acte).

¹⁶⁴³ Cf. Cass. Soc. 28 juin 2006, n°04-48597 (en matière d'exception d'inexécution).

¹⁶⁴⁴ Sur la source contractuelle du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°32 et s.

¹⁶⁴⁵ Sur la finalité du pouvoir concédé à l'employeur, voir supra, n°220 et s.

¹⁶⁴⁶ Sur les principales prérogatives découlant du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°223 et s.



qu'en droit il ne détient pas¹⁶⁴⁷, c'est-à-dire prétendre imposer au salarié l'exécution d'un ordre qu'il n'a pas été habilité à donner, caractérise une faute de sa part. Le salarié peut valablement refuser de se conformer à la directive de l'employeur, et si celui-ci persiste dans son attitude il devrait pouvoir prendre l'initiative d'une suspension ou d'une rupture du contrat de travail. La jurisprudence est cependant quasi-inexistante sur ce point.

502. En ce sens néanmoins, sans aller jusqu'à admettre que toute directive de l'employeur tendant à imposer ou à interdire une certaine tenue vestimentaire au salarié est illégitime et justifie la prise d'acte ou l'exception d'inexécution (ce qui devrait être le cas si l'on admet que les parties n'ont concédé à l'employeur aucune prérogative en la matière¹⁶⁴⁸), la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer le bien fondé de la suspension de leur contrat de travail par deux salariés qui refusaient de porter l'uniforme que l'employeur prétendait leur imposer en violation de la convention collective applicable¹⁶⁴⁹ ; c'est la persistance de l'employeur à vouloir user d'une prérogative qu'il n'était pas autorisé à exercer (en l'espèce, en application de la convention collective ; mais le raisonnement est transposable au contrat de travail), source d'une sujétion illégitime du salarié, qui a justifié l'initiative de ce dernier.

Un parallèle peut être fait avec la question de la surveillance des salariés par l'employeur ; le recours à un mode de surveillance non admis par les parties, telle la vidéosurveillance (à l'encontre de la jurisprudence actuelle¹⁶⁵⁰) ou la filature, devrait permettre au salarié de suspendre ou rompre le contrat de travail aux torts de l'employeur.

Au-delà de ces exemples, les diverses directives farfelues auxquelles peut être confronté le salarié et qui n'ont de borne que l'imagination des employeurs (dont la pratique

¹⁶⁴⁷ Sur la distinction entre pouvoir de fait et pouvoir juridique, voir supra, n°3.

¹⁶⁴⁸ Voir supra, n°272 et s.

¹⁶⁴⁹ Cass. Soc. 3 juin 2009, n°08-40346, Bull. Civ. V, n°144; JCP S 2009, 1476, note B. Bossu. La convention collective autorisait l'employeur à imposer le port de l'uniforme pour certaines catégories de salariés seulement, dont ne faisaient pas partie les deux salariés en cause.

¹⁶⁵⁰ Voir supra, n°261 et s.



démontre l'étendue : exercices sportifs imposés aux salariés d'une usine préalablement à leur prise de poste, ordre de participer au tournage d'un film de promotion de l'entreprise...), devraient également justifier, en cas de volonté de l'employeur d'en imposer l'exécution, la suspension ou la rupture du contrat de travail, compte-tenu de la méconnaissance flagrante de l'habilitation contractuelle qu'elles manifestent.

503. Contrôle du juge. Le contrôle des juges du fond sur ce point devrait être cantonné à celui de la réalité de l'usage par l'employeur d'une prérogative non concédée ; à cette faute, devrait toujours être associé le constat d'une gravité suffisante pour justifier l'initiative du salarié, en raison de « l'excès de pouvoir » manifeste qu'elle caractérise. Il n'est cependant pas impossible qu'au contraire, les juges du fond décident de se livrer à une analyse de la directive illégitimement notifiée et des circonstances d'espèce pour élaborer une distinction entre les excès établis, certains pouvant être jugés insuffisamment graves.

II. Usage défaillant d'une prérogative concédée.

504. Lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui ont effectivement été concédées, l'employeur doit se conformer aux règles et limites spécifiques à chacune d'elles définies par l'habilitation contractuelle. L'usage d'une prérogative en violation des règles qui en régissent l'exercice constitue une faute de l'employeur sur le fondement de laquelle le salarié peut valablement décider de suspendre ou de rompre le contrat de travail.

505. Usage défaillant d'une prérogative de direction « technique » ou « des personnes ». La Cour de cassation le juge de manière constante dans l'hypothèse d'un défaut de fourniture de travail¹⁶⁵¹ ou d'un défaut de fourniture des moyens de

¹⁶⁵¹ Cf., en matière de prise d'acte : Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°07-44203 (prise d'acte justifiée par le défaut de fourniture de travail, dans le cadre d'un congé rémunéré pendant le cours d'une procédure de licenciement pour motif économique) ; Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-43984 (prise d'acte justifiée par le défaut de fourniture de travail à la salariée de retour de congé sabbatique, dispensée d'activité avec maintien de salaire) ; Cass. Soc. 30 juin 2009, n°08-42751 (prise d'acte justifiée par le défaut de fourniture de travail à l'issue des congés payés du salarié, lequel « n'a plus été sollicité » sans être pour autant licencié) ; Cass. Soc. 10 novembre 2009, n°08-42769 (salarié victime d'une interdiction d'accès aux locaux de l'entreprise décidée par l'employeur) ; Cass. Soc. 3 novembre 2010 n°09-65254, Bull. Civ. V, n°252 ; JCP



travailler¹⁶⁵², qui caractérisent une « incompétence négative » puisque l'employeur s'abstient d'exercer ses facultés d'attribution des tâches et des outils de travail au salarié. Il devrait en aller de même à l'égard de toutes les autres prérogatives rattachables au pouvoir de direction « technique »¹⁶⁵³ ou « des personnes »¹⁶⁵⁴ de l'employeur, par exemple en cas de fixation de cadences excessives, de détermination d'objectifs irréalisables¹⁶⁵⁵, ou encore de mise en œuvre de modes d'évaluation illicites.

506. Usage défaillant d'une prérogative disciplinaire. De même, l'usage défaillant du pouvoir dans ses manifestations disciplinaires justifie la réaction du salarié. La Cour de cassation l'a confirmé en matière de notification par l'employeur d'une sanction qu'il n'a pas été habilité à infliger. Ainsi, il a été jugé que la notification d'une sanction pécuniaire¹⁶⁵⁶ ou celle d'une sanction non prévue par l'échelle instituée par la convention collective¹⁶⁵⁷ était constitutive d'une faute suffisamment grave pour justifier

S 2011, 1006, note J-Y. Frouin (salarié remplacé dans ses fonctions, auquel plus aucun travail n'était fourni).

¹⁶⁵² Cf. en matière de grève-exception d'inexécution : Cass. Soc. 26 février 1992, n°90-40760 (indemnisation des jours de grève justifiée par le manquement grave de l'employeur qui avait « enlevé les moyens permettant à l'établissement de fonctionner normalement » et qui s'était ainsi « dérobé à ses obligations essentielles en privant ses salariés des moyens d'accomplir leur prestation de travail ») ; Cf. en matière de prise d'acte : Cass. Soc. 30 juin 2009, n°08-42751 (salarié employé en qualité de chauffeur de poids lourds, dont le camion était « dans un garage fermé à clé et inaccessible » de sorte qu'il « ne pouvait plus accéder à son outil de travail » ; l'employeur avait doublement manqué à ses obligations, en s'abstenant de fournir au salarié, d'une part, du travail et, d'autre part, un outil de travail).

¹⁶⁵³ Sur les prérogatives résultant du pouvoir de direction « technique » de l'employeur, voir supra, n°224 et s.

¹⁶⁵⁴ Sur les prérogatives résultant du pouvoir de direction « des personnes » de l'employeur, voir supra, n°236 et s.

¹⁶⁵⁵ La Cour de cassation admet la réaction du salarié lorsque l'irréalisme des objectifs entraîne des conséquences sur la rémunération variable (Cf. Cass. Soc. 30 mars 2011, n°09-42737 ; en l'espèce, le caractère irréaliste des objectifs n'a pas été démontré).

¹⁶⁵⁶ Cass. Soc. 23 novembre 2010, n°09-42748, JCP S 2011 n°1124, note L. Draï (prise d'acte justifiée par l'usage défaillant du pouvoir disciplinaire, caractérisé notamment par la notification d'une sanction pécuniaire, mais également par la notification d'une mise à pied constituant une sanction disproportionnée et l'invocation de faits prescrits). Cf. également, dans le domaine proche de la résiliation judiciaire : Cass. Soc. 11 janvier 2006, n°03-43587, JCP S 2006, 1209 (rupture aux torts de l'employeur justifiée par la notification d'une sanction pécuniaire consistant en un « remboursement des contraventions afférentes à un véhicule professionnel mis au service du salarié »).

¹⁶⁵⁷ Cass. Soc. 24 novembre 2010, n°09-42267 (prise d'acte justifiée par la notification d'une « suspension » d'une durée de trois mois excédant la durée maximum fixée par la convention collective à huit jours). La règle est transposable au cas des sanctions non prévues par le règlement intérieur. Il est constant que la notification d'une sanction non prévue par le règlement intérieur, notamment une mise à pied d'une durée excédant la durée maximum prévue par ce texte, est nulle. Même si ce point n'a, semble-



la rupture du contrat.

Il a été également jugé que la notification d'une sanction injustifiée pouvait permettre la suspension du contrat de travail par le salarié. La Cour de cassation a ainsi été appelée à se prononcer au sujet d'un salarié qui, ayant subi une mise à pied disciplinaire qu'il estimait injustifiée, avait « *refusé de reprendre le travail tant qu'il ne serait pas payé des salaires correspondant à cette mise à pied* » ; la Cour d'appel a été approuvée d'avoir dit sans cause réelle et sérieuse le licenciement motivé par ce refus de reprendre le travail : « *la Cour d'appel, après avoir (...) décidé que la mise à pied disciplinaire était injustifiée, en a justement déduit que le refus du salarié de reprendre le travail tant qu'il ne serait pas payé des salaires dont il avait été privé pendant cette période n'était pas fautif* »¹⁶⁵⁸. Le salarié avait usé à juste titre de l'exception d'inexécution.

De même, la sanction de faits prescrits¹⁶⁵⁹, ou la sanction disproportionnée¹⁶⁶⁰, peut permettre au salarié de valablement rompre le contrat de travail aux torts de l'employeur.

507. Usage défaillant d'une prérogative de direction économique. Enfin, l'usage défaillant du pouvoir de direction économique devrait également pouvoir justifier une réaction des salariés, intéressés à son bon exercice¹⁶⁶¹. La jurisprudence semble cependant quasi inexistante sur ce point. Un Conseil de prud'hommes avait toutefois condamné la société Philips France au paiement des jours de grève menée par les salariés, après avoir constaté que celle-ci était motivée par leur opposition au projet de licenciements collectifs mis en œuvre par l'employeur et que celui-ci avait, au préalable,

t-il, pas encore été jugé, le salarié qui subirait une telle sanction pourrait valablement rompre le contrat ou le suspendre jusqu'à annulation de la sanction par l'employeur.

¹⁶⁵⁸ Cass. Soc. 23 juin 2009, n°07-44844, Bull. Civ. V, n°158, JCP S 2009, 1419, note F.Dumont.

¹⁶⁵⁹ Cass. Soc. 23 novembre 2010, n°09-42748, JCP S 2011, 1124, note L. Drai (prise d'acte justifiée notamment par l'invocation de faits prescrits au soutien d'une sanction disciplinaire, mais également par la notification d'une sanction pécuniaire et d'une mise à pied jugée disproportionnée).

¹⁶⁶⁰ Cass. Soc. 23 novembre 2010, n°09-42748, JCP S 2011, 1124, note L. Drai (prise d'acte justifiée notamment par la notification d'une mise à pied jugée disproportionnée ainsi que par l'invocation de faits prescrits au soutien d'une sanction disciplinaire et par la notification d'une sanction pécuniaire).

¹⁶⁶¹ Sur le pouvoir de direction économique dans les rapports entre employeur et salarié, voir supra, n°286 et s.



« *organisé progressivement la réduction de l'activité de production* » du site pourtant « *performant au sein d'une activité bénéficiaire d'un groupe très riche* »¹⁶⁶² ; l'attitude de l'employeur qui avait « *créé les conditions de la destruction [des] contrats de travail* » caractérisait un usage défaillant du pouvoir de direction économique justifiant la réaction des salariés. Cette décision isolée a cependant été infirmée en appel¹⁶⁶³.

508. Contrôle du juge. Dans ces différentes hypothèses, le juge exerce un pouvoir d'appréciation étendu. Le bien-fondé de l'initiative du salarié ne résulte pas automatiquement de la réalité d'un usage défaillant par l'employeur de l'une de ses prérogatives. Le juge apprécie le degré de gravité de la défaillance reprochée à l'employeur (par exemple, en matière d'usage défaillant du pouvoir disciplinaire, en analysant les motifs invoqués au soutien des sanctions injustifiées, la fréquence de ces sanctions, etc.), en tenant compte des circonstances et de ses conséquences notamment. Toute défaillance de l'employeur ne justifie pas la rupture ou la suspension du contrat de travail. L'exigence de gravité associée aux différents pouvoirs d'initiative du salarié joue ici pleinement son rôle de filtre des initiatives individuelles de ce dernier¹⁶⁶⁴.

III. Méconnaissance des limites générales du pouvoir.

509. Par ailleurs, au-delà du respect de chacune des limites qui s'attachent de manière spécifique aux unes ou aux autres de ses diverses prérogatives, l'employeur doit se conformer aux limites générales encadrant son pouvoir d'organisation. Leur violation caractérise une faute qui justifie l'initiative du salarié de suspendre ou rompre le contrat de travail. La règle s'applique à chacune de ces limites, qu'il s'agisse de l'exigence de respect de la finalité du pouvoir¹⁶⁶⁵ (A), de l'exigence de respect de la personne du salarié¹⁶⁶⁶ (B) ou de l'exigence de bonne foi dans l'exercice du pouvoir¹⁶⁶⁷ (C).

¹⁶⁶² CPH Evreux (Ref), 7 janvier 2009, RG n°08/00103.

¹⁶⁶³ CA Rouen, 23 juin 2009.

¹⁶⁶⁴ Sur le cantonnement de l'initiative du salarié résultant de l'exigence de gravité, voir *infra*, n°523 et s.

¹⁶⁶⁵ Sur cette limite générale du pouvoir de l'employeur, voir *supra*, n°292 et s.

¹⁶⁶⁶ Sur cette limite générale du pouvoir de l'employeur, voir *supra*, n°316 et s.

¹⁶⁶⁷ Sur cette limite générale du pouvoir de l'employeur, voir *supra*, n°341 et s.



A. Méconnaissance de l'exigence de respect de la finalité du pouvoir

510. L'usage du pouvoir à des fins détournées, notamment aux fins de modification unilatérale du contrat de travail¹⁶⁶⁸ ou aux fins d'empiètement sur la vie personnelle du salarié¹⁶⁶⁹, constituent des fautes de l'employeur qui justifient la réaction du salarié, celui-ci pouvant suspendre ou rompre le contrat. Une jurisprudence abondante le confirme en matière de modification du contrat de travail¹⁶⁷⁰ ; le contentieux est en revanche plus réduit en matière d'atteinte à la vie personnelle, qui se traduit essentiellement par un contentieux du licenciement. Il est cependant parfaitement admissible qu'un salarié confronté à une directive patronale empiétant sur sa vie personnelle (par exemple en ce qu'elle tendrait à orienter ses choix syndicaux, politiques ou religieux, à restreindre sa liberté d'expression, à exercer une surveillance excessive notamment en faisant intrusion dans ses correspondances ou ses affaires personnelles...) puisse suspendre le contrat pour obtenir le retrait de cette directive ou puisse le rompre en raison de cet empiètement. Rien ne justifierait que le salarié ne puisse user de ses pouvoirs d'initiative dans de telles hypothèses.

B. Méconnaissance de l'exigence de respect de la personne du salarié

511. *Violation de l'obligation de sécurité.* La méconnaissance de l'obligation de sécurité qui s'impose à l'employeur dans tous les aspects de l'exercice de son pouvoir¹⁶⁷¹ justifie la réaction du salarié. Ce principe a été confirmé à l'occasion d'atteintes très diverses à l'obligation de sécurité. Ainsi, il a été fréquemment jugé que le défaut d'organisation de la visite médicale de reprise lorsque celle-ci est obligatoire, constitue une atteinte à l'obligation de sécurité justifiant la rupture du contrat de travail aux torts

¹⁶⁶⁸ Sur le respect de l'intégrité du contrat de travail en tant que limite au pouvoir de l'employeur, voir supra, n°293 et s.

¹⁶⁶⁹ Sur le respect de la vie personnelle du salarié en tant que limite au pouvoir de l'employeur, voir supra, n°308 et s.

¹⁶⁷⁰ S'agissant de la modification unilatérale, voir supra (n°495 et s.) pour une modification caractérisée par une méconnaissance des frontières de la sphère de subordination, et infra (n°520) pour une modification relative au salaire.

¹⁶⁷¹ Sur l'obligation de sécurité qui s'impose à l'employeur et sur son caractère transversal, voir supra, n°316 et s.



de l'employeur¹⁶⁷². Dans le même sens, il a été jugé que, lorsque la visite de reprise a été organisée, le non-respect des préconisations émises à cette occasion par le médecin du travail justifie la rupture du contrat¹⁶⁷³, mais également sa suspension, sans qu'il soit nécessaire que le salarié se place sur le terrain du droit de retrait¹⁶⁷⁴. Par ailleurs, il a été confirmé que la rupture du contrat peut être justifiée par l'attitude de l'employeur qui ne prend pas les mesures nécessaires pour faire respecter l'interdiction de fumer dans les locaux de travail, exposant ainsi les salariés à la nocivité du tabac¹⁶⁷⁵, ou encore par le non-respect des règles relatives au repos hebdomadaire¹⁶⁷⁶. De plus, la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer que le maintien d'une prime au rendement illicite dans une entreprise du secteur des transports routiers justifiait la suspension collective des contrats dans le cadre d'une grève – exception d'inexécution¹⁶⁷⁷. Plus généralement, le comportement fautif de l'employeur qui prétend imposer au salarié de travailler avec des outils dangereux, suivant des méthodes périlleuses, selon une cadence excessive ou encore en réalisant des tâches dangereuses, justifie également la réaction du salarié, qui

¹⁶⁷² Cass. Soc. 15 octobre 2003, n°01-43571 (refus de l'employeur persistant malgré la demande du salarié de bénéficier de la visite de reprise) ; Cass. Soc. 5 octobre 2010, n°09-41642 (défaut d'organisation de la visite de reprise, non formellement sollicitée par le salarié) ; Cass. Soc. 6 octobre 2010, n°09-66140, JCP S 2011, 1027, note P-Y Verkindt ; RJS 2010, n°921 (prise d'acte motivée par le défaut d'organisation de la visite de reprise, jugée justifiée peu important que la salariée ait été de nouveau placée en arrêt maladie huit jours calendaires exactement après la reprise du travail) ; Cass. Soc. 21 septembre 2011, n°10-13568 (défaut d'organisation de la visite médicale d'embauche, des visites périodiques puis de la visite de reprise après un arrêt maladie consécutif à un accident du travail. Cassation de l'arrêt par lequel une Cour d'appel avait jugé que ce manquement de l'employeur n'était pas à lui seul suffisamment grave).

¹⁶⁷³ Cass. Soc. 20 septembre 2006, n°05-42925 (« l'employeur avait tardé à suivre les préconisations du médecin du travail mettant ainsi en péril la santé du salarié », ce dont il résultait que la prise d'acte était justifiée) ; Cass. Soc. 22 septembre 2010, n°08-45225 (le médecin du travail avait émis un avis d'aptitude à un poste sédentaire uniquement, mais l'employeur avait ensuite imposé plus de « quinze déplacements en voiture ou en train (...), ne justifiait d'aucune démarche pour adapter le poste, n'avait pas modifié d'une quelconque manière les attributions de ce salarié »).

¹⁶⁷⁴ Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°08-42629, Bull. Civ. V, n°189 ; JCP S 2009, 1494, note A. Martinon. Le « refus de la salariée de reprendre son travail sur un poste incompatible avec les préconisations du médecin du travail ne constituait pas une faute », sans qu'il soit nécessaire d'invoquer un « danger grave et imminent » au sens du droit de retrait (sur les conditions d'exercice du droit de retrait, voir supra, n°415 et s.).

¹⁶⁷⁵ Cass. Soc. 29 juin 2005, n°03-44412 ; Cass. Soc. 6 octobre n°09-65103, JCP S 2011, 1043, note P-Y Verkindt ; RJS 2010 n°940.

¹⁶⁷⁶ Cass. Soc. 7 octobre 2003, n°01-44635 ; Cass. Soc. 6 octobre 2010, n°09-43131 (salarié ayant travaillé quinze jours consécutifs sans aucun jours de repos).

¹⁶⁷⁷ Cass. Soc. 21 mai 1997, n°95-42542.



peut recourir à l'exception d'inexécution¹⁶⁷⁸ ou à la prise d'acte de la rupture.

512. Enfin, des actes de violence à l'encontre du salarié, qu'ils soient de nature physique ou morale, justifient la rupture ou la suspension du contrat¹⁶⁷⁹. Le principe vaut d'abord pour les violences physiques ; le salarié agressé physiquement par son employeur¹⁶⁸⁰ ou victime d'attouchements sexuels¹⁶⁸¹ ou de harcèlement sexuel¹⁶⁸² est bien fondé à prendre acte de la rupture ou à recourir à l'exception d'inexécution. Le principe vaut ensuite pour les violences morales ; la Cour d'appel qui relève que le salarié a subi des « *pressions morales* »¹⁶⁸³ ou que « *l'employeur a eu à l'égard du salarié une attitude "répétitive" constitutive de violences morales et psychologiques* »¹⁶⁸⁴, ou que l'employeur avait « *adopté un comportement relevant d'une agression verbale, inadmissible de la part d'un chef d'entreprise* »¹⁶⁸⁵, ou encore qu'un responsable hiérarchique s'est « *livré de manière répétée et dans des termes humiliants à une critique de l'activité* » de la salariée¹⁶⁸⁶, ou enfin que le salarié a été victime de « *propos humiliants à connotation raciste* »¹⁶⁸⁷, juge à bon droit que la prise d'acte était justifiée. La prise d'acte peut être justifiée par des faits qualifiés de « *violences morales* » ou de « *maltraitance* », sans que soit invoquée la notion restrictive de harcèlement moral qui, si elle justifie également la rupture du contrat aux torts de l'employeur lorsqu'elle est caractérisée¹⁶⁸⁸, n'est donc

¹⁶⁷⁸ En se plaçant sur le terrain du droit de retrait ou sur celui de l'exception d'inexécution de droit commun. Comme le relève Madame A. Gardin, « pour refuser de se soumettre à un ordre contraire à la loi », notamment un ordre méconnaissant l'obligation légale et contractuelle de sécurité, « il n'est pas nécessaire de se placer dans le cadre du droit de retrait » (A. Gardin, *Le droit de retrait du travailleur*, retour sur quelques évolutions marquantes, RJS 2009, p. 599).

¹⁶⁷⁹ La jurisprudence n'a semble-t-il eu l'occasion de le confirmer qu'en matière de prise d'acte, mais la règle est transposable à l'exception d'inexécution.

¹⁶⁸⁰ Cass. Soc. 10 mai 2001, n°99-41524 ; Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°09-41099 ; Cass. Soc. 8 juin 2011, n°10-15493 et n°09-71306, RJS 2011, n°665.

¹⁶⁸¹ Cass. Soc. 18 avril 2008, n°06-45561.

¹⁶⁸² Cass. Soc. 29 septembre 2004 n° 02-43692 : « L'employeur avait été condamné pour des faits de harcèlement sexuel commis au préjudice de sa salariée, ce dont il résultait que la rupture du contrat de travail lui était imputable ».

¹⁶⁸³ Cass. Soc. 8 mars 2006 n°04-40259.

¹⁶⁸⁴ Cass. Soc. 26 janvier 2005 n°02-47296.

¹⁶⁸⁵ Cass. Soc. 26 octobre 2011, n°09-72547

¹⁶⁸⁶ Cass. Soc. 8 juillet 2009, n°08-41638.

¹⁶⁸⁷ Cass. Soc. 17 novembre 2010, n°08-45647, Bull. Civ. V, n°264; JCP S 2011, 1107, note F. Dumont.

¹⁶⁸⁸ Cf. notamment Cass. Soc. 15 mars 2011, n°09-72541 ; Cass. Soc. 22 mars 2011, n°09-70914.



pas incontournable. Le salarié peut mettre fin à la relation de travail dès lors qu'il subit des violences morales de la part de son employeur, sans devoir attendre qu'elles constituent un « harcèlement » moral. Dès lors, un incident unique mais d'une gravité particulière peut à lui seul justifier la prise d'acte. Le principe vaut enfin, et a fortiori, en présence de violences physiques *et* morales. A ainsi été jugée justifiée la prise d'acte d'une salariée suite à un épisode au cours duquel son employeur l'avait « *"éjectée" de son siège et jeté celui-ci violemment* » tout en ayant « *laissé entendre qu'elle était "gourde"* »¹⁶⁸⁹. Dans le même sens, a été jugée justifiée la rupture aux torts de l'employeur par une salarié victime d'abord d'une agression physique commise par son supérieur hiérarchique, puis d'un isolement orchestré par l'employeur sous forme de « *consignes données au personnel de ne pas lui adresser la parole* »¹⁶⁹⁰. De même, la salariée qui subissait des agissements de « *harcèlement moral puis sexuel* » pouvait à juste titre rompre le contrat de travail¹⁶⁹¹.

A l'occasion de plusieurs des arrêts précités, la Cour de cassation a érigé en principe la règle selon laquelle toute atteinte à l'intégrité physique ou morale d'un salarié justifie la prise d'acte. Ainsi, pour rejeter le pourvoi d'un employeur contre l'arrêt ayant jugé justifiée la prise d'acte motivée par les violences physiques et morales subies par la salariée, la Cour a énoncé de manière générale que « ***manque gravement à ses obligations l'employeur qui porte atteinte à l'intégrité physique ou morale de son salarié*** », avant d'approuver la Cour d'appel qui avait « *retenu que les violences physiques (...) étaient établies* »¹⁶⁹². Par la suite, la Cour de cassation a reformulé le principe et a énoncé à plusieurs reprises que « *l'employeur, 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*

¹⁶⁸⁹ Cass. Soc. 30 octobre 2007, n°06-43327.

¹⁶⁹⁰ Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-40144, Bull. Civ. V, n°30.

¹⁶⁹¹ Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-44019, Bull. Civ. V, n°30.

¹⁶⁹² Cass. Soc. 30 octobre 2007 n°06-43327, préc. ; Cf. également Cass. Soc. 8 juin 2011, n°10-15493 et n°09-71306, RJS 2011, n°665.



mesures en vue de faire cesser ces agissements »¹⁶⁹³. Des actes de violence subis par un salarié justifient toujours la rupture (ou la suspension) du contrat, dès lors que leur réalité est démontrée. Les juges du fond qui constatent la survenance d'actes violents doivent en déduire que la prise d'acte est justifiée car ce constat emporte celui de la gravité suffisante de la faute de l'employeur. Il n'y a pas lieu de s'interroger sur le degré de gravité *de l'acte* de violence (gravité « interne » de l'acte sur l'échelle de la violence) car tout acte de violence (même modérée) caractérise *une faute* patronale suffisamment grave pour justifier la rupture (le degré de violence influe uniquement sur l'évaluation du préjudice subi).

513. Atteinte à la dignité du salarié. Le salarié confronté à une atteinte à sa dignité (résultant par exemple de l'ordre d'effectuer une tâche dégradante ou de revêtir une tenue dégradante, notamment publicitaire) peut valablement suspendre ou rompre le contrat de travail. La jurisprudence semble inexistante sur ce point (hormis s'agissant des situations de violences morales qui affectent la santé mais également la dignité du salarié et justifient sa réaction¹⁶⁹⁴), mais il semble vraisemblable que l'initiative du salarié serait admise dès lors que l'atteinte à sa dignité serait établie.

C. Méconnaissance de l'obligation de bonne foi

514. L'étude de la jurisprudence démontre que le manquement de l'employeur à l'obligation de bonne foi est susceptible de justifier la réaction du salarié, notamment la prise d'acte. La rupture a pu être considérée comme légitime dans un certain nombre de cas où étaient invoqués des agissements de l'employeur qui ne contrevenaient à aucune disposition précise mais qui traduisaient une déloyauté dans l'exécution du contrat de travail. Ainsi, a été jugée légitime la prise d'acte du salarié, chef comptable, auquel l'employeur persistait à donner des instructions « *amenant à commettre dans l'accomplissement de son travail des irrégularités dont il pouvait légitimement penser*

¹⁶⁹³ Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°09-41099 ; Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-40144 ; Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-44019 (violences qualifiées de « harcèlement »).

¹⁶⁹⁴ Sur le droit du salarié subissant des actes de violence ou de harcèlement moral de suspendre ou rompre le contrat de travail, voir supra, n°512.



qu'elles étaient de nature à engager sa responsabilité personnelle »¹⁶⁹⁵, tout comme l'a été celle d'un salarié « *contraint de participer sur les ordres de son supérieur hiérarchique à des pratiques de travail dissimulé* »¹⁶⁹⁶. Dans un autre registre, il a été jugé que l'employeur qui met fin à la pratique consistant à faire venir « *chercher la salariée à son domicile avec la navette de l'entreprise depuis plus de dix ans* », compte-tenu de « *la spécificité [de son] travail* », exigeant d'importants déplacements quotidiens et rendant impossible l'utilisation des transports en commun en raison de « *l'horaire exceptionnel de prise du travail* », commet une faute justifiant la rupture : en « *cessant de faire bénéficier [la salariée] de cet avantage lié à sa fonction, [il] l'avait mise dans l'impossibilité de travailler, ce qui caractérisait un manquement à l'exécution de bonne foi du contrat de travail* »¹⁶⁹⁷. Par ailleurs, la prise d'acte d'un VRP dont l'employeur n'avait « *pas respecté l'exclusivité du secteur* »¹⁶⁹⁸, celle d'un apprenti confronté à des « *manquements de l'employeur tels qu'ils compromettaient sa formation* »¹⁶⁹⁹, celle d'une salariée qui, ayant obtenu sa réintégration suite à l'annulation de son licenciement pour inaptitude, s'est heurtée à la « *particulière mauvaise foi [de son employeur] dans l'exécution de ses obligations (...) démontrant la détermination de la société à ne pas poursuivre les relations contractuelles conformément à la commune intention des parties* »¹⁷⁰⁰, ont été jugées justifiées.

Les agissements de l'employeur susceptibles de caractériser un manquement à l'obligation de bonne foi sont, en raison de la relativité de la notion, très divers. Il appartient aux juges du fond d'apprécier, d'une part, l'existence ou non d'un manquement à l'obligation de bonne foi, d'autre part, sa gravité. En toute hypothèse, le salarié victime d'un comportement contraire à la bonne foi revêtant une gravité

¹⁶⁹⁵ Cass. Soc. 15 octobre 1997, n°95-43719.

¹⁶⁹⁶ Cass. Soc. 2 juin 2010, n°08-44849.

¹⁶⁹⁷ Cass. Soc. 10 mai 2006 n°05-42210, JCP S 2006, 1727, note B. Bossu, Dr. Soc. 2006, p. 804. Cf. également dans une espèce similaire Cass. Soc. 17 mars 2010, n°08-44125 (la décision de l'employeur de mettre fin à la pratique consistant à faire « *accompagner la salariée à son domicile par un véhicule de l'entreprise* » depuis plus d'un an en raison de « *la spécificité de son horaire de travail* » caractérise un « manquement à l'exécution de bonne foi du contrat de travail » si le salarié se trouve « dans l'impossibilité de travailler », ce qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier).

¹⁶⁹⁸ Cass. Soc. 25 janvier 2006, n°04-40786.

¹⁶⁹⁹ Cass. Soc. 2 février 2005, Bull. Civ. 2005, V, n°41.

¹⁷⁰⁰ CA Paris, 10 mars 2006.



suffisante pour justifier la rupture du contrat peut également opter pour la suspension du contrat de travail.

§3. Les manquements en matière de salaire

515. Retard de paiement. S'agissant des manquements patronaux relatifs au salaire, le *retard* de l'employeur dans le paiement peut justifier la réaction du salarié. Plusieurs arrêts le confirment en matière de prise d'acte, à condition qu'un certain degré de gravité soit atteint¹⁷⁰¹ ; l'étendue du retard, le préjudice subi par le salarié au regard de sa situation personnelle et les circonstances susceptibles d'expliquer la carence de l'employeur sont pris en compte. Ainsi, dans un cas où « *l'employeur réglait avec retard le salaire de la salariée, [où] cette situation était insupportable pour elle en raison de la modicité de sa rémunération et [où] les difficultés financières alléguées par l'employeur pour expliquer cette situation n'étaient pas établies* »¹⁷⁰², la prise d'acte a été jugée justifiée. Tel n'a pas été le cas, en revanche, dans une espèce où la prise d'acte était fondée sur un « *seul décalage d'une journée ou deux de certains paiements s'expliquant par des jours fériés* »¹⁷⁰³. De même, une Cour d'appel a pu estimer que « *le seul incident de paiement en trente ans, régularisé avant la prise d'acte (...) n'était pas suffisamment grave pour justifier la prise d'acte* »¹⁷⁰⁴. Dans une autre espèce, plusieurs salariés avaient pris acte de la rupture de leur contrat après n'avoir pas été payés pendant plus d'un mois ; les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont toutefois rejeté leur demande après avoir constaté que la société avait fait l'objet d'une procédure collective sept jours après la date d'exigibilité des salaires, considérant que sa carence n'était fautive que durant cette période, laquelle était trop courte pour justifier la rupture des contrats de

¹⁷⁰¹ Il ne saurait donc être utilement soutenu par le salarié, dans son pourvoi, que « le retard dans le paiement du salaire caractérise à lui seul un manquement de l'employeur à une obligation essentielle du contrat de travail justifiant la prise d'acte de la rupture par le salarié ». Les juges du fond « apprécient souverainement (...) si le retard constituait un manquement suffisamment grave pour justifier la rupture ». Cass. Soc. 27 mars 2008, n°06-45752.

¹⁷⁰² Cass. Soc. 3 octobre 1995 n°94-40172.

¹⁷⁰³ Cass. Soc. 19 janvier 2005, préc.

¹⁷⁰⁴ Cass. Soc. 23 mai 2007, préc.



travail¹⁷⁰⁵. On constate sur ce point une certaine sévérité de la jurisprudence qui, sur la base de l'exigence de gravité suffisante, cantonne la capacité d'initiative du salarié, ce qui doit le conduire à n'user de la prise d'acte qu'en cas de retard prolongé ou de retards répétés lui causant un préjudice important.

La Cour de cassation a également eu l'occasion de confirmer que le retard dans le paiement des salaires peut justifier le recours collectif à l'exception d'inexécution du contrat de travail. A ainsi été cassé l'arrêt par lequel une Cour d'appel avait rejeté la demande de salariés tendant au paiement des jours de grève motivée par « *le retard répété de paiement des salaires* »¹⁷⁰⁶. Ce « *manquement délibéré de l'employeur à ses obligations* » justifiait la réaction collective des salariés.

Il n'a en revanche pas été confirmé que le salarié pouvait suspendre à titre individuel l'exécution du contrat de travail jusqu'au paiement du salaire. Il ne fait cependant guère de doute que cette faculté lui est acquise, comme elle lui est reconnue dans l'hypothèse d'un *défaut* de paiement du salaire.

516. Défaut de paiement du salaire de base. Le défaut de paiement du salaire de base est également de nature à justifier la réaction du salarié. La rupture du contrat peut valablement être fondée sur le non-paiement total ou partiel du salaire, qu'il soit dû en contrepartie du travail¹⁷⁰⁷, à titre de maintien de rémunération en cours d'arrêt maladie¹⁷⁰⁸ ou en cours de recherche de reclassement un mois après un avis d'inaptitude¹⁷⁰⁹. La suspension du contrat peut également être justifiée par le défaut de

¹⁷⁰⁵ Cass. Soc. 14 octobre 2009, n°08-40723, JCP S 2009, n°1560, note A. Martinon.

¹⁷⁰⁶ Cass. Soc. 7 juin 2006, n°04-46664, Bull. Civ. V, n°205 ; RJS 2006, n°989 ; JCP S 2006, 1648, note R. Vatinet ; voir également dans le même sens Cass. Soc. 14 mars 1979, n°76-41143 (« Les salariés de l'entreprise avaient été contraints à la grève pour obtenir le paiement régulier de rémunérations ayant pour eux un caractère alimentaire »). Cass. Soc. 27 novembre 1990, n°88-45790.

¹⁷⁰⁷ Cass. Soc. 13 décembre 2006, n°04-40527, Bull. Civ. V, n°375 ; Cass. Soc. 19 décembre 2007, n°06-44873 ; Cass. Soc. 20 janvier 2010, n°08-43476, Bull. Civ. V, n°17 (défaut de paiement d'une partie du salaire mensuel) ; Cass. Soc. 10 mars 2010, n°08-44391 (défaut de paiement de deux mois de salaire).

¹⁷⁰⁸ Cass. Soc. 6 juillet 2004, n°02-42642 ; Cass. Soc. 10 mai 2006, n°04-45319 ;

¹⁷⁰⁹ Cass. Soc. 19 décembre 2007, n°06-40688 (prise d'acte huit mois après l'avis d'inaptitude, l'employeur n'ayant ni reclassé le salarié, ni procédé à son licenciement, ni repris le paiement du salaire) ; Cass. Soc. 9 juin 2010, n°09-40553 (prise d'acte un peu plus de trois mois après l'avis d'inaptitude. Le nouvel arrêt-



paiement du salaire, soit à titre individuel¹⁷¹⁰, soit à titre collectif¹⁷¹¹.

Si l'hypothèse de *défaut* de paiement du salaire se distingue de celle de *retard* dans le paiement (la seconde impliquant l'intention de l'employeur de payer, mais au-delà de la date d'exigibilité), il est parfois difficile de les distinguer, notamment lorsque l'employeur qui s'abstient de verser le salaire reste silencieux sur ses intentions, de sorte que le salarié ne peut pas savoir si son salaire lui sera payé avec retard ou s'il est confronté à un refus de payer pur et simple de l'employeur. Dans cette hypothèse, la prudence commande au salarié, pour éviter que lui soit reprochée une précipitation fautive, de traiter la situation comme un retard de paiement et, en conséquence, de ne rompre le contrat qu'après un délai raisonnable¹⁷¹². En revanche, le refus exprès de l'employeur de payer le salaire dont il est pourtant débiteur caractérise le défaut de paiement et peut, selon les circonstances, justifier la prise d'acte à plus brève échéance.

517. Défaut de paiement de primes ou d'éléments de salaire variable. Il a été confirmé par la Cour de cassation que le défaut de paiement d'une prime¹⁷¹³ ou de la part variable de la rémunération, notamment de tout ou partie des commissions contractuellement dues¹⁷¹⁴, est aussi de nature à justifier une rupture du contrat de

maladie du salarié pendant cette période ne dispensait pas l'employeur de reprendre le paiement des salaires) ; en sens contraire, Cass. Soc. 26 octobre 2010, n°09-65012 (prise d'acte près de deux mois après l'avis d'inaptitude. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir considéré que si l'employeur « avait certes commis une faute en ne reprenant pas le paiement du salaire dès la fin du mois de mai 2005 (...), cet unique manquement en 25 années de relations contractuelles n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier la rupture à ses torts »).

¹⁷¹⁰ Cass. Soc. 6 juin 2001, n°99-43484 (« *Le conseil de prud'hommes, examinant les motifs de la rupture, a constaté que l'absence du salarié le 3 février 1997 avait été provoquée par le défaut de paiement de son salaire ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le comportement du salarié n'était pas fautif...* »).

¹⁷¹¹ Cass. Soc. 18 mai 2005, n°02-42993 ; la situation de l'entreprise, notamment son placement en redressement judiciaire, peut cependant nuancer la gravité de la faute de l'employeur et faire échec aux demandes des salariés de paiement des jours de grève (Cf. Cass. Soc. 26 janvier 2000, n°98-44177 et s., Bull. Civ. V n°37, TPS 2000, comm. 162).

¹⁷¹² Ce d'autant plus que la jurisprudence a déjà eu l'occasion de juger la prise d'acte mal fondée en retenant que le retard dans le paiement du salaire invoqué par le salarié ne constituait pas un manquement suffisamment grave, notamment compte-tenu de la régularisation opérée par l'employeur plusieurs mois... *après* la prise d'acte ! (Cass. Soc. 13 janvier 2009, n°07-43916).

¹⁷¹³ Cass. Soc. 21 décembre 2006, n°04-43886, Bull. Civ. V, n°413 (défaut de paiement d'une « prime annuelle de motivation dite "incentive" »).

¹⁷¹⁴ Cass. Soc. 25 avril 2007, n°05-44903 ; Cass. Soc. 25 mars 2009, n°07-42150 (défaut de paiement d'une partie des commissions, plusieurs années consécutives, pour un montant d'environ 16 000 euros) ; Cass.



travail aux torts de l'employeur, en fonction toutefois du montant dû et des circonstances (ainsi, le défaut de paiement de commissions pour un montant jugé « modique » a pu être considéré comme insuffisant pour justifier la rupture¹⁷¹⁵). De tels manquements justifient également la suspension du contrat, bien que la jurisprudence ne l'ait pas encore précisé, par analogie avec les règles appliquées en matière de défaut de paiement du salaire de base¹⁷¹⁶.

518. Déficit de paiement d'accessoires de salaire. De même, le défaut de paiement d'un accessoire de salaire tel qu'un avantage en nature¹⁷¹⁷, une indemnité compensatrice de congés payés¹⁷¹⁸, un remboursement de frais¹⁷¹⁹, des primes d'astreintes¹⁷²⁰, ou encore le défaut d'attribution de jours de RTT contrepartie des heures supplémentaires effectuées¹⁷²¹ sont susceptibles de justifier une initiative du salarié, sous réserve du montant dû et des circonstances¹⁷²².

519. Déficit de paiement des heures supplémentaires. Le défaut de paiement des heures supplémentaires peut également permettre au salarié de rompre ou suspendre le

Soc. 9 février 2011, n°09-41145 (défaut de paiement de commissions pour un montant d'environ 4 500 euros).

¹⁷¹⁵ Cass. Soc. 2 juillet 2008, n°07-41372 (défaut de paiement de commissions établi mais jugé non suffisamment grave, en raison de « la modicité des sommes » réclamées et du caractère « prématuré » de la prise d'acte au regard de « l'attitude conciliante » de l'employeur.

¹⁷¹⁶ Voir supra, n°516.

¹⁷¹⁷ Cass. Soc. 12 janvier 2011, n°09-41159 (prise d'acte justifiée par la suppression de la gratuité des repas) ; Cass. Soc. 19 janvier 1994, n°90-45845 (suspension du contrat en réaction à la suppression de l'avantage constitué, au sein d'un logement de fonction, de la prise en charge par l'employeur de la fourniture d'électricité).

¹⁷¹⁸ Cass. Soc. 20 décembre 2006, n°04-42621 (prise d'acte).

¹⁷¹⁹ Cass. Soc. 15 octobre 2008, n°07-40361 (prise d'acte justifiée par le « refus [de l'employeur] de prendre en charge les frais de déplacement et de repas ») ; Cass. Soc. 19 mai 2009, n°07-40222 (prise d'acte justifiée par le refus de l'employeur de rembourser les frais professionnels d'un montant avoisinant 15 000 euros) ; Cass. Soc. 7 avril 2010, n°09-40020 (prise d'acte justifiée par le défaut de paiement de 141 « primes de casse-croûte »).

¹⁷²⁰ Cass. Soc. 1^{er} juillet 2009, n°08-41217 (prise d'acte justifiée par un défaut d'indemnisation des astreintes).

¹⁷²¹ Cass. Soc. 16 décembre 2009, n°07-41768 (grève déclenchée pour obtenir l'attribution des jours de RTT dus).

¹⁷²² Cf. par exemple Cass. Soc. 12 janvier 2011, n°09-69801, jugeant mal fondée la prise d'acte motivée par un défaut de paiement d'indemnités de repas et de transports établi, mais jugé insuffisamment grave, la prise d'acte étant de surcroît jugée « précipitée ».



contrat de travail. De nombreux arrêts l'ont confirmé en matière de prise d'acte, sans toutefois qu'il soit possible d'identifier avec précision un seuil de gravité suffisante ; ainsi, il a pu être jugé que justifiaient la prise d'acte de la rupture le défaut de paiement des salaires relatifs à 70 heures supplémentaires dues au titre de l'année écoulée¹⁷²³, le défaut de paiement des salaires relatifs aux heures supplémentaires à hauteur de 1250 euros environ, représentant l'équivalent d'un mois de salaire¹⁷²⁴ ou à hauteur de 7 400 euros environ, représentant l'équivalent de plus de deux mois de salaire¹⁷²⁵, ou encore le défaut de paiement des majorations applicables à la rémunération des heures supplémentaires à hauteur de 1450 euros environ, représentant l'équivalent de près d'un mois de salaire¹⁷²⁶. Au contraire, il a été jugé que le défaut de paiement des salaires dus au titre de 54 heures supplémentaires caractérisait un manquement insuffisamment grave pour justifier la rupture¹⁷²⁷. Les circonstances de fait entourant le litige et la rupture sont prises en compte par les juges du fond ; elles influent sur leur décision relative au bien-fondé de la prise d'acte et sont de nature à nuancer la gravité du manquement de l'employeur¹⁷²⁸.

Le défaut de paiement des heures supplémentaires est également de nature à justifier la suspension du contrat de travail. La Cour de cassation l'a confirmé sans équivoque s'agissant de l'exercice collectif de l'exception d'inexécution ; pour rejeter le pourvoi de l'employeur dirigé contre l'ordonnance de référé du Conseil de prud'hommes l'ayant condamné au paiement des jours de grève, la Cour a constaté que « *le mouvement de grève [avait] été notamment motivé par le non-paiement des heures supplémentaires et donc, à l'évidence, par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses*

¹⁷²³ Cass. Soc. 11 février 2009, n°07-44687.

¹⁷²⁴ Cass. Soc. 28 sept 2010, n°09-42276.

¹⁷²⁵ Cass. Soc. 16 mars 2011, n°08-42218.

¹⁷²⁶ Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°07-43357 (la somme due par l'employeur s'élevait à 1450 euros environ).

¹⁷²⁷ Cass. Soc. 5 décembre 2007, n°06-40714.

¹⁷²⁸ Cf. par exemple Cass. Soc. 17 mars 2010, n°08-42149 : le défaut de paiement des heures supplémentaires à hauteur de 1500 euros environs, représentant un mois de salaire, a été jugé insuffisant pour justifier la prise d'acte. Les juges du fond, se fondant notamment sur la circonstance que le salarié avait trouvé un nouvel emploi qu'il avait occupé dès la prise d'acte, ont considéré que le manquement de l'employeur n'était pas la cause déterminante de la rupture.



obligations »¹⁷²⁹, de sorte que l'initiative collective des salariés était bien fondée. Le salarié peut également réagir au défaut de paiement des heures supplémentaires par une suspension individuelle de son contrat de travail ; c'est ce qu'a confirmé la Cour de cassation en censurant l'arrêt ayant qualifié de faute grave l'absence de la salariée sans avoir « *recherché si le comportement de la salariée n'était pas la conséquence du différend entre les parties au sujet des heures supplémentaires* »¹⁷³⁰.

520. Modification unilatérale du salaire. Si la gravité d'un *retard* ou d'un *défait* de paiement du salaire est laissée à l'appréciation des juges du fond et peut donc être jugée insuffisante pour justifier la réaction du salarié¹⁷³¹, en revanche, la *modification* unilatérale du salaire revêt nécessairement une gravité suffisante pour justifier la rupture ou la suspension du contrat, quelles que soient ses conséquences chiffrées. Cette automaticité s'explique par le fait que la faute de l'employeur résulte d'un comportement volontaire, qu'elle est destinée à produire des effets prolongés voire définitifs, et qu'elle caractérise une violation manifeste du contrat de travail. En conséquence, toute réduction du montant du salaire de base¹⁷³², toute modification des règles de calcul de la part variable de rémunération¹⁷³³, ou encore toute suppression d'un élément ou accessoire de salaire¹⁷³⁴, justifie l'initiative du salarié. L'arrêt qui juge la prise d'acte ou la suspension du contrat mal fondée après avoir constaté la réalité d'une modification du contrat encourt la cassation car les juges « *devaient déduire* » de la faute

¹⁷²⁹ Cass. Soc. 3 mai 2007, n°05-44776, JCP S 2007, 1546, note D. Asquinazi-Bailleux.

¹⁷³⁰ Cass. Soc. 6 novembre 2002, n°00-41852. Cf. également Cass. Soc. 7 décembre 1999, n°97-42878, Bull. Civ. V, n°473 (« *la cour d'appel a constaté que l'employeur avait fait effectuer des heures supplémentaires qu'il n'avait pas rémunérées ; elle a dès lors décidé à bon droit que le salarié avait pu valablement, compte-tenu de l'inexécution de ses obligations par l'employeur, refuser d'exécuter les heures de travail supplémentaires demandées* »).

¹⁷³¹ Voir supra, n°515 et s.

¹⁷³² Cf. par exemple Cass. Soc. 28 novembre 2006, n°05-41607.

¹⁷³³ Cf. notamment Cass. Soc. 15 octobre 2008, n°07-42400 ; Cass. Soc. 5 mai 2009, n°07-45031 ; Cass. Soc. 24 mars 2010, n°08-43996 ; Cass. Soc. 30 novembre 2010, n°09-42971 ; Cass. Soc. 18 mai 2011, n°09-69175.

¹⁷³⁴ Cf. par exemple Cass. Soc. 13 juillet 2005, n°03-45247 (suppression de la part variable de rémunération) ; Cass. Soc. 4 octobre 2007, n°06-44013 (suppression de primes de panier et d'indemnités de déplacement).



de l'employeur que la réaction du salarié était justifiée¹⁷³⁵.

521. Non-respect du salaire minimum applicable. Enfin, le non-respect du salaire minimum caractérise une faute de l'employeur qui peut justifier la rupture du contrat, ainsi que l'a confirmé la Cour de cassation¹⁷³⁶, et qui devrait vraisemblablement en justifier la suspension.

522. Propos Conclusifs. Les pouvoirs d'initiative du salarié se fondent tous sur les mêmes comportements fautifs de l'employeur. Il n'existe pas de distinction parmi les fautes de l'employeur selon les réactions qu'elles sont susceptibles de justifier ; du point de vue de ses conséquences en termes de réaction extra-judiciaire du salarié, la faute patronale est une notion unitaire. Par ailleurs, la notion de faute patronale suffisamment grave pour justifier la réaction du salarié présente une autre caractéristique constante : celle d'entraîner un certain cantonnement de l'initiative du salarié.

Sous section 3. Le cantonnement de l'initiative du salarié

523. Paralysie du pouvoir d'initiative malgré une faute patronale établie. L'exigence de gravité suffisante des manquements patronaux a pour objet de cantonner la capacité d'initiative du salarié dans un domaine déterminé, l'excluant en certaines hypothèses dans lesquelles une faute de l'employeur est pourtant établie. Si l'application qui en est faite confère à l'exigence de gravité suffisante une portée relativement limitée,

¹⁷³⁵ Cf. Cass. Soc. 5 mai 2010, n°07-45409, RJS 2010 n°583 ; JCP S 2010, 1298, note D. Corrignan-Carsin (La Cour d'appel avait constaté la modification unilatérale du mode de rémunération et l'avait jugée illicite mais avait jugé cette faute de l'employeur d'une gravité insuffisante pour justifier la rupture dans la mesure où elle entraînait une augmentation du salaire. La Cour de cassation censure l'arrêt après avoir rappelé que la modification unilatérale du contrat justifie sa rupture, « *peu important que le nouveau mode [de rémunération] soit plus avantageux* » ; sur ce dernier point, voir supra, n°365) ; Cass. Soc. 26 septembre 2007, n°06-43202 (cassation de l'arrêt ayant constaté la modification unilatérale des règles de calcul de la rémunération variable mais n'en ayant pas déduit que la prise d'acte était justifiée) ; Cass. Soc. 30 mars 2011, n°10-10793 (idem).

¹⁷³⁶ Cass. Soc. 26 octobre 2011, n°10-17396 (non respect du salaire minimum conventionnel, peu important par ailleurs le paiement de primes sur objectifs aboutissant à un salaire global supérieur au minimum litigieux) ; Cass. Soc. 5 mai 2010, n°08-43832 (non-respect, pendant plusieurs mois, du minimum conventionnel) ; Cass. Soc. 7 avril 2009, n°07-45203 (défaut de revalorisation du salaire lors de la promotion de la salariée emportant modification de son statut, le minimum conventionnel applicable au nouveau statut n'étant pas respecté).



notamment en raison de la technique consistant à associer de manière automatique une gravité suffisante à certaines catégories de fautes patronales (modification du contrat¹⁷³⁷, actes de violence¹⁷³⁸ ou, plus généralement, mise en danger du salarié¹⁷³⁹, défaut de fourniture de travail¹⁷⁴⁰), il reste que, pour les autres catégories (manquement en matière de salaire¹⁷⁴¹, à l'obligation de bonne foi¹⁷⁴², usage défaillant d'une prérogative¹⁷⁴³), l'exigence de gravité suffisante permet aux juges du fond d'opérer, à partir des circonstances de fait, une distinction entre les fautes patronales justifiant l'initiative du salarié et celles ne la justifiant pas. Il en résulte un cantonnement du pouvoir d'initiative du salarié, qui est dans certains cas paralysé, alors même qu'une faute contractuelle de l'employeur, qui par nature emporte dénaturation de la subordination¹⁷⁴⁴, est établie. Le salarié peut alors valablement revendiquer la réparation du préjudice subi du fait du comportement fautif de l'employeur dans le cadre d'une action prud'homale visant à engager sa responsabilité contractuelle ; mais il ne peut pas prendre une initiative individuelle en vue d'obtenir le respect du contrat de travail. Le droit à réparation du préjudice couvre un domaine plus large que le droit d'initiative extra-judiciaire.

524. Aléa judiciaire. Le cantonnement de la capacité d'initiative du salarié résulte également de l'aléa lié au pouvoir d'appréciation des juges du fond ; dans les hypothèses dans lesquelles ce pouvoir d'appréciation est étendu, par exemple celle d'un défaut de paiement d'accessoires de salaire ou d'un usage défaillant du pouvoir disciplinaire, l'initiative du salarié présente un risque élevé d'échec, ce qui ne peut que l'inciter à la prudence, voire à l'auto-censure, dans l'usage de ses prérogatives.

¹⁷³⁷ Voir supra, n°510.

¹⁷³⁸ Voir supra, n°512.

¹⁷³⁹ Voir supra, n°511.

¹⁷⁴⁰ Voir supra, n°505.

¹⁷⁴¹ Voir supra, n°515 et s.

¹⁷⁴² Voir supra, n°514.

¹⁷⁴³ Voir supra, n°504 et s.

¹⁷⁴⁴ Voir supra, n°402 et s.



Chapitre 2. Le rejet de la Subordination par le salarié

525. Les pouvoirs d'initiative individuelle du salarié reposent sur des mécanismes classiques issus du droit commun : la prise d'acte est une déclinaison de la résiliation unilatérale de droit commun¹⁷⁴⁵ ; l'exception d'inexécution dont peut user le salarié est tirée du droit civil¹⁷⁴⁶. Classiquement, ils emportent suspension ou rupture du contrat. Pour autant, les pouvoirs d'initiative du salarié ne sont pas totalement assimilables aux mécanismes de droit commun qui les fondent ; ils présentent une spécificité forte qui tient à la production d'un effet propre au contrat de travail, celui d'opérer un rejet, temporaire ou définitif, de la subordination (section 1), ce dont il résulte un rééquilibrage juridique du contrat de travail (section 2).

Section 1. Une spécificité des pouvoirs d'initiative du salarié

526. *Le rejet de la subordination, un effet commun à tous les pouvoirs d'initiative.* En refusant d'exécuter le contrat, le salarié se soustrait à son obligation contractuelle de subordination. Chacun de ses pouvoirs d'initiative constitue un moyen d'opposition au pouvoir de l'employeur ; tous impliquent un refus d'obéissance. Quel que soit le pouvoir

¹⁷⁴⁵ En ce sens, Monsieur le Doyen Waquet a considéré que « *la prise d'acte du salarié n'est qu'une variante de l'action en résiliation. Il s'agit en réalité de la résiliation unilatérale : technique moderne qui, bien qu'appliquée par la Cour de cassation, paraît inconnue des praticiens et même de la doctrine du moins travailliste* ». L'auteur poursuit en précisant que « *la résiliation – prise d'acte par le salarié n'est pas un mode nouveau et original de rupture. C'est une application de l'article 1184 du Code Civil, conforme à l'efficacité du droit moderne* » (P. Waquet, « réflexions sur la démission et la prise d'acte dans le contrat de travail à durée indéterminée », RJS 2007, p. 903).

¹⁷⁴⁶ Voir supra, n°409 et s.



d'initiative dont il use, le salarié s'écarte de l'autorité de l'employeur et rejette la subordination qui pèse sur lui, à titre temporaire ou définitif.

Le rejet de la subordination est temporaire lorsque le salarié use de l'exception d'inexécution, individuellement¹⁷⁴⁷ ou collectivement¹⁷⁴⁸. Dans ces deux cas, l'opposition au pouvoir patronal est double : le salarié, non seulement se soustrait à l'autorité de l'employeur (opposition – désobéissance) mais, de surcroît, tente de le contraindre à exécuter ses obligations (opposition – influence). A la désobéissance légitime s'ajoute la volonté d'orienter le comportement de l'employeur ; l'exception d'inexécution emporte à la fois soustraction au pouvoir de l'employeur et exercice d'une contrainte à son encontre. En cela elle fait figure de véritable contre-pouvoir entre les mains du salarié qui s'affranchit doublement de la subordination.

La prise d'acte de la rupture¹⁷⁴⁹ emporte, pour sa part, rejet définitif de la subordination. Tout comme l'exception d'inexécution, sa mise en œuvre implique une soustraction au pouvoir contractuel de l'employeur, une désobéissance, puisque le salarié se fonde sur une attitude ou une directive de l'employeur qu'il juge illégitime et dont il refuse la poursuite ou l'exécution pour mettre un terme définitif aux relations contractuelles. L'opposition au pouvoir patronal est d'autant plus marquée que la rupture qui résulte de la prise d'acte revêt une nature « disciplinaire »¹⁷⁵⁰ ; la faute de l'employeur justifie un refus d'obéissance qui prend la forme d'une rupture du contrat à ses torts exclusifs. Le salarié oppose à l'employeur fautif une désobéissance et une sanction.

527. Le rejet de la subordination, une réelle spécificité. Une telle adjonction d'un refus d'obéissance au refus d'exécution du contrat est une particularité des pouvoirs d'initiative du salarié. Les mécanismes de droit commun (résiliation unilatérale, exception d'inexécution) procèdent d'un refus d'exécution de ses obligations par le

¹⁷⁴⁷ Sur le mécanisme de l'exception d'inexécution mise en œuvre individuellement par le salarié, voir supra, n°413 et s.

¹⁷⁴⁸ Sur le mécanisme de l'exception d'inexécution mise en œuvre collectivement par les salariés, voir supra, n°410 et s.

¹⁷⁴⁹ Sur le mécanisme de la prise d'acte de la rupture, voir supra, n°426 et s.

¹⁷⁵⁰ Sur le caractère « disciplinaire » de la rupture résultant de la prise d'acte, voir supra, n°451 et s.



contractant qui les invoque mais non d'une désobéissance, dès lors que le contrat n'a institué aucune relation de pouvoir. La singularité des pouvoirs d'initiative du salarié réside en ce qu'ils opèrent au sein d'un contrat déséquilibré et vont à l'encontre de ce déséquilibre. Le rejet de la subordination les caractérise et les distingue des mécanismes de droit commun sur lesquels ils se fondent. Parce qu'ils opèrent un rejet unilatéral de la subordination, les pouvoirs d'initiative du salarié ne sont pas réductibles aux mécanismes de droit commun, mais apparaissent comme des instruments propres aux relations de travail.

Il pourrait être objecté que le propre de l'exception d'inexécution et de la résiliation unilatérale de droit commun étant de suspendre ou rompre le contrat et les obligations qui en résultent, il n'y a rien de particulier à ce que, appliqués au contrat de travail, ils écartent l'obligation de subordination, qui n'est qu'une obligation contractuelle¹⁷⁵¹, aussi sûrement que toute autre obligation, de sorte que leur usage par le salarié ne revêtirait aucune spécificité. Ce serait oublier que la subordination est une obligation contractuelle particulière en ce qu'elle est le verso du pouvoir concédé à l'employeur¹⁷⁵² et incarne le déséquilibre juridique affectant le contrat de travail. Le fait que la subordination juridique ne soit pas un obstacle à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ou de la résiliation pour inexécution, le fait qu'elle ne fasse pas l'objet d'un traitement spécifique la rendant « intouchable » mais, au contraire, qu'elle soit écartée comme n'importe quelle autre obligation contractuelle, est en soi remarquable.

D'ailleurs, c'est bien parce que le contrat de travail insiste sur une relation de subordination juridique que ces mécanismes pourtant classiques ont mis si longtemps à s'imposer en droit du travail. Comme le relevait Monsieur le Professeur Frossard en 1987, dans un article consacré à « l'action unilatérale » du salarié, « la situation de subordination du salarié n'offre que peu de possibilités au travailleur d'agir unilatéralement pour créer définitivement ou provisoirement une situation juridique

¹⁷⁵¹ Sur la nature d'obligation contractuelle de la subordination, voir supra, n°26.

¹⁷⁵² Sur les notions de subordination et de pouvoir de l'employeur, voir supra, n°34.



nouvelle »¹⁷⁵³. Il est révélateur qu'à l'époque, cet auteur n'ait identifié parmi les moyens d'action unilatérale du salarié que la grève d'une part, et le droit de retrait, alors très récemment institué, d'autre part. La prise d'acte, en ce temps dissimulée derrière la notion d'imputation de la rupture, n'a été véritablement consacrée comme mode autonome de rupture qu'en 2003¹⁷⁵⁴, sous les critiques d'une partie de la doctrine¹⁷⁵⁵ et face à l'incrédulité de certains employeurs dont une partie croit encore pouvoir nier qu'elle emporte réellement rupture du contrat de travail¹⁷⁵⁶. Quant à l'exception d'inexécution exercée individuellement, elle ne fait encore aujourd'hui l'objet que d'une reconnaissance partielle par le droit du travail¹⁷⁵⁷ ; elle est, dans la majorité des cas, traitée par les employeurs qui y sont confrontés comme un « abandon de poste » fautif et non comme une prérogative juridique du salarié.

Si la parfaite reconnaissance de l'existence et des effets de ces mécanismes de suspension ou de rupture du contrat entre les mains du salarié ne va manifestement pas de soi pour tous, c'est que l'une des obligations nées du contrat de travail, l'obligation de subordination, est considérée par certains comme faisant radicalement obstacle à de telles initiatives. C'est l'idée d'une subordination prééminente qui est considérée comme exclusive des prérogatives contractuelles du salarié. Avoir dépassé cette croyance en reconnaissant au salarié la faculté d'user des mécanismes d'exception d'inexécution et de résiliation unilatérale malgré et contre son obligation de subordination, reflet du pouvoir patronal, est en soi un progrès essentiel du droit du travail. Avoir admis que l'absence de caractère absolu de l'obligation d'obéissance du salarié se double d'une faculté de désobéissance qui rend effectives les limites de la subordination, autrement dit, avoir intégré l'idée d'une possible remise en cause du pouvoir de l'employeur, est une avancée remarquable du droit.

¹⁷⁵³ Les recours à l'action unilatérale, J. Frossard, Dr. Social 1987 p. 496.

¹⁷⁵⁴ Sur les origines de la prise d'acte, voir supra, n°428 et s.

¹⁷⁵⁵ L' « autolicensing » aurait pour objet de « piéger » l'employeur et de condamner la démission.

¹⁷⁵⁶ Sur ce point, et sur les solutions claires dégagées par la Cour de cassation quant à l'absence d'effet d'un licenciement postérieur à la prise d'acte, voir supra, n°443.

¹⁷⁵⁷ Sur la reconnaissance de l'exception d'inexécution par le droit positif, voir supra, n°421 et s.



Section 2. Un rééquilibrage juridique du contrat de travail

528. La faculté de rejet de la subordination que détient le salarié, grâce à ses pouvoirs d'initiative, entraîne un rééquilibrage du contrat de travail sur le plan juridique, compte-tenu de l'évolution de la notion de pouvoir au sein du contrat de travail qu'elle implique (sous-section 1) et de l'effacement du statut de « subordonné » du salarié, au profit d'un véritable statut de contractant qu'elle révèle (sous-section 2).

Sous-section 1. L'évolution de la notion de pouvoir au sein du contrat de travail

529. Evolution de la conception du pouvoir patronal. La conception actuelle des pouvoirs d'initiative individuelle du salarié auxquels la subordination est incapable de faire obstacle révèle une évolution, lente mais perceptible, dans l'appréhension du pouvoir patronal. L'idée d'un pouvoir inhérent à la qualité d'employeur est dépassée ; ce que détient l'employeur, c'est une prérogative contractuelle finalisée¹⁷⁵⁸ assortie d'obligations dont le salarié peut sanctionner le non-respect. L'employeur n'est plus « seul juge » et son pouvoir n'est pas discrétionnaire ; le salarié exerce un contrôle de son action et est en mesure d'y faire échec. L'émergence des pouvoirs d'initiative du salarié contribue à « démystifier » la subordination et donc l'autorité de l'employeur¹⁷⁵⁹, qui s'exerce dans un cadre strict.

530. Contre-pouvoir du salarié. Par ailleurs, la notion de pouvoir n'est plus exclusivement attachée à l'employeur. Le salarié détient, lui aussi, un pouvoir. Il est titulaire, en tant que contractant, de prérogatives opposables à l'employeur ; il peut agir pour obtenir de l'employeur le respect du contrat de travail ou pour tirer les

¹⁷⁵⁸ Sur la finalité du pouvoir de l'employeur, voir supra, n°220 et s. ; sur sa source contractuelle, voir supra, n°32 et s.

¹⁷⁵⁹ Cf. P. Bouaziz, préc. : « Le lien de subordination n'est plus ce qu'il était, il a perdu son caractère sacrosaint des origines du patronat de droit divin. Il s'estompe au profit du principe du pouvoir d'organisation de l'employeur, pouvoir assorti d'obligations à l'égard des salariés, qui en sont la contrepartie ». Cf. dans le même sens A. Supiot, préc. : « Le pouvoir patronal de droit divin, omniscient et omnipotent, fait place à un pouvoir fonctionnel ».



conséquences d'un non-respect irrémédiable. Cette capacité de réaction est d'autant plus remarquable qu'elle s'exerce de manière autonome, sans recours préalable au juge¹⁷⁶⁰ ; le salarié détient un pouvoir de décision indépendant doté d'un effet immédiat. Emancipé du contrôle judiciaire préalable (tel qu'il s'exerce par exemple dans le cadre de l'action en exécution du contrat de travail, ou en résiliation judiciaire), de ses lenteurs et de ses aléas, le salarié atteint une sorte de « majorité contractuelle » qui l'autorise à faire un usage souverain de ses prérogatives.

Cette autonomie du salarié dans l'usage de ses prérogatives est également caractérisée par la marge d'appréciation dont il dispose, à deux niveaux. En premier lieu, il décide seul de l'opportunité d'agir ou de ne pas agir, au regard notamment des enjeux et des risques. En second lieu, s'il décide d'agir, le salarié exerce un libre choix entre les différentes prérogatives qui sont les siennes : il détermine librement celle qu'il considère comme la plus adéquate¹⁷⁶¹. Sa décision peut dépendre tant de la nature des fautes de l'employeur et des circonstances de fait entourant leur commission, que du préjudice subi, de son estimation de la « viabilité » de la relation de travail compte-tenu des incidents survenus, du but à atteindre ou encore de considérations purement personnelles.

531. Réciprocité des pouvoirs au sein du contrat de travail. Au sein du contrat de travail, s'articulent donc un pouvoir de l'employeur et un contre-pouvoir du salarié. Au pouvoir d'organisation du premier, répond un pouvoir de contrôle et de réaction du

¹⁷⁶⁰ En revanche, les conséquences de l'initiative du salarié supposent quasi inévitablement l'intervention *a posteriori* du juge prud'homal pour trancher le litige né entre les parties : contentieux de la prise d'acte, du licenciement notifié pour « abandon de poste », du paiement des jours de grève.

¹⁷⁶¹ Ou de celles qu'il estime adéquates ; les liens entre droit de retrait et droit de grève ont notamment été soulignés (Cf. Cass. Soc. 26 septembre 1990, n°88-41375 : les salariés avaient d'abord invoqué leur droit de retrait, puis, une fois la situation de danger passé, avaient exercé leur droit de grève). Madame Bonnechère note, à propos de cet arrêt, que « le droit de grève est parfaitement adapté pour venir compléter le droit de retrait (en lui succédant par exemple) lorsqu'un groupe de salariés proteste contre l'inobservation persistante par l'employeur de ses obligations légales et réglementaires en matière de sécurité. La jurisprudence Pomona peut même permettre à ces salariés d'obtenir la condamnation de l'employeur au versement d'une indemnité compensant leur perte de salaire » (M. Bonnechère, « Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », Dr. Ouv. 1994, p. 173). De même, l'exception d'inexécution peut être un préalable à une prise d'acte de la rupture (Cf. Cass. Soc. 5 juillet 2011, n°10-23319, s'agissant d'une exception d'inexécution sous forme de droit de retrait).



second. Le contrat de travail organise un équilibre des prérogatives juridiques fondé sur leur réciprocité. Au rapport traditionnel de pouvoir, exercé par l'employeur et subi par le salarié¹⁷⁶², s'ajoute un rapport contraire de pouvoir, exercé par le salarié et subi par l'employeur. Sans effacer l'inégalité de fait entre les parties, les prérogatives reconnues au salarié contribuent à rééquilibrer leur rapport juridique.

Sous-section 2. La primauté du statut de contractant sur le statut de « subordonné »

532. Les pouvoirs d'initiative du salarié lui permettent de faire respecter les prévisions contractuelles face à un employeur qui ferait de son pouvoir un usage excessif ou défaillant et ainsi dénaturerait la subordination convenue¹⁷⁶³. Au-delà de son intérêt pratique, cette faculté du salarié a une signification essentielle : elle consacre et rend effectif son statut de contractant à part entière, créancier d'une obligation de bonne utilisation du pouvoir patronal concédé par le contrat, titulaire de prérogatives permettant de sanctionner l'inexécution imputable à l'employeur ; elle rend obsolète le modèle du salarié tenu d'une obligation d'obéissance conçue comme la notion cardinale de la relation de travail.

Si le salarié est un « contractant subordonné », c'est donc avant tout d'un contractant qu'il s'agit, et seulement en second lieu d'un contractant tenu à une obligation de subordination¹⁷⁶⁴. Le salarié est d'abord un partenaire contractuel de l'employeur, qui accepte, dans une certaine mesure, de se conformer aux choix d'organisation de celui-ci, avant d'être son « subordonné ». Si le salarié tire du contrat le droit de rejeter la subordination, en aucun cas la subordination ne justifie une atteinte aux droits que le salarié tire du contrat ; l'obligation d'obéissance s'efface derrière les droits contractuels.

¹⁷⁶² Sur le rapport de pouvoir institué par le contrat de travail, voir supra, n°34 et s.

¹⁷⁶³ Sur la dénaturation de la subordination qui résulte systématiquement de l'usage excessif du pouvoir, voir supra, n°402 et s.

¹⁷⁶⁴ Ce qui est logique puisque c'est la conclusion du contrat qui fait naître la subordination.



Conclusion de la deuxième partie

533. Développement des pouvoirs d'initiative du salarié. Les pouvoirs d'initiative du salarié, concrétisation de son droit de se soustraire à son obligation de subordination en cas de faute de l'employeur, s'installent durablement dans le droit des relations individuelles de travail. L'essor qui a été le leur jusqu'à présent peut être qualifié de rapide sinon de fulgurant : si le droit de retrait a été consacré par la loi il y a trente ans¹⁷⁶⁵, la prise d'acte telle qu'elle existe actuellement ne l'a été par la jurisprudence qu'il y a moins de dix ans¹⁷⁶⁶, tandis que l'exception d'inexécution n'a commencé à réellement apparaître dans la jurisprudence qu'au cours des dernières années¹⁷⁶⁷. L'édifice, cependant, n'est pas achevé. Le droit du salarié de suspendre le contrat de travail en cas d'inexécution par l'employeur, et, dans une moindre mesure, celui de le rompre par la voie d'une prise d'acte, souffrent encore d'un manque de reconnaissance¹⁷⁶⁸ et d'un inachèvement de leur régime¹⁷⁶⁹. A cet égard, la récente proposition de loi visant à intégrer dans le Code du travail des dispositions relatives à la prise d'acte¹⁷⁷⁰ aurait pu être une bonne nouvelle, en ce qu'une codification aurait le mérite d'achever la pleine reconnaissance de la prise d'acte, si les imperfections qui

¹⁷⁶⁵ L'ancien article L 231-8 du Code du travail, devenu l'article L 4131-1, est né d'une loi du 23 décembre 1982.

¹⁷⁶⁶ Cass. Soc. 25 juin 2003, préc.

¹⁷⁶⁷ Voir supra, n°422.

¹⁷⁶⁸ Voir supra, n°421 s'agissant de l'exception d'inexécution, et n°443 s'agissant de la prise d'acte de la rupture.

¹⁷⁶⁹ Par exemple, sur la question du maintien de salaire pendant la suspension du contrat, ou s'agissant de la prise d'acte, sur la question de la sanction du préavis et de l'admission au bénéfice de l'assurance-chômage après la rupture.

¹⁷⁷⁰ Proposition de loi « visant à intégrer au sein du code du travail de nouvelles dispositions relatives à la prise d'acte de rupture du contrat de travail », enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 mai 2011.



affectent le texte n'avaient pas été si nombreuses, en termes d'incohérences juridiques d'une part¹⁷⁷¹, et de régression des droits du salarié d'autre part¹⁷⁷².

534. Les risques de l'initiative. S'il se développe, l'usage par le salarié de ses prérogatives contractuelles présente cependant des risques.

Un risque juridique d'abord : celui de l'échec des prétentions du salarié dont l'initiative serait *in fine* jugée mal fondée. La prise d'acte présente le risque d'une rupture du contrat non indemnisée ; l'exception d'inexécution exercée individuellement présente celui d'entraîner une perte d'emploi sous forme de licenciement disciplinaire justifié ; exercée collectivement, elle présente celui d'une perte de salaire. Le salarié qui use de ses prérogatives contractuelles le fait à ses risques et périls ; il doit être conscient que son initiative peut être lourde de conséquences à son égard. L'autonomie dont il dispose dans la prise de décision n'est pas sans contrepartie.

C'est ensuite à un risque factuel qu'est exposé le salarié, lorsqu'il décide de recourir à la suspension du contrat de travail : celui, lié au déséquilibre du contrat de travail, que l'employeur mette en œuvre diverses mesures de rétorsion, pouvant aller jusqu'au licenciement, pour réprimer son initiative. Le rééquilibrage juridique du contrat de travail qu'opère l'existence des pouvoirs d'initiative du salarié¹⁷⁷³ n'efface pas le déséquilibre de fait qui l'affecte et le corrompt, lié à la capacité d'influence que détient l'employeur en marge de son pouvoir juridique¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷¹ La proposition évoque la prise d'acte par l'employeur... dans le cadre d'une procédure de licenciement, témoignant ainsi d'une confusion entre les différents modes de rupture ! Elle nie l'autonomie de la prise d'acte en visant sa *requalification* en démission ou en licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors qu'elle se borne à en emprunter les *effets*. Elle dispose que des fautes de l'employeur suffisamment graves sont nécessaires pour que la prise d'acte soit « valable », ce qui n'a guère de sens (la rupture est consommée avec la notification de la prise d'acte, seule son efficacité indemnitaire est subordonnée au constat d'une gravité suffisante des manquements imputés à l'employeur).

¹⁷⁷² La proposition de loi entend instituer un formalisme de la prise d'acte en imposant la rédaction d'un écrit qui, de surcroît, devrait contenir l'énoncé des griefs (ce qui semble tendre vers une règle selon laquelle la lettre de prise d'acte fixerait les limites du litige).

¹⁷⁷³ Voir supra, n°528 et s.

¹⁷⁷⁴ Sur la capacité d'influence de l'employeur, voir supra, n°3.



Conclusion générale

535. Droit positif. Le contrat occupe désormais un rôle central dans le droit des relations individuelles de travail¹⁷⁷⁵. Il s'est affirmé comme le fondement de la relation de travail et comme la figure essentielle du rapport de travail, au détriment de la subordination. Cette primauté du contrat sur la subordination s'exprime de multiples façons. C'est, d'abord, le contrat qui crée la subordination ; de l'accord de volontés naît cette obligation qui pèse sur le salarié et symétriquement ce pouvoir concédé à l'employeur. C'est encore le contrat qui détermine l'étendue de la subordination ; en délimitant la sphère dans laquelle elle existe et en arrêtant la mesure du pouvoir de l'employeur en termes de prérogatives confiées et de limites instaurées, le contrat contrôle la subordination. C'est également le contrat qui définit la contrepartie de la subordination ; le salaire, en tous ses éléments, est issu du l'accord de volontés qui en est la source unique. C'est, enfin, le contrat qui fournit au salarié des moyens d'action unilatérale, des pouvoirs d'initiative qui lui permettent de sanctionner les manquements de l'employeur et qui rendent effectif son statut de contractant.

536. Droit prospectif. Le mouvement de « contractualisation » du rapport de travail n'est cependant pas achevé. Toutes les conséquences de la primauté du contrat de travail n'ont pas encore été tirées. Ainsi, il est parfois encore contesté que le contrat de travail fonde le pouvoir de l'employeur, notamment dans ses manifestations disciplinaires ; ces résistances doivent être dépassées. De même, la capacité de délimitation de la sphère de subordination qui est celle du contrat est à parfaire ; les atteintes que la jurisprudence tolère (par exemple, à travers le droit reconnu à l'employeur d'imposer des heures supplémentaires ou des temps contraints exclus du

¹⁷⁷⁵ A. Jeammaud, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », in *estudos juridicos en homenaje al Doctor Nestor de Buen Lozano*, 2003.



décompte de la durée du travail, de modifier les horaires et le lieu de travail) doivent être supprimées. Dans le même sens, les prérogatives de l'employeur issues du pouvoir d'organisation doivent être plus précisément identifiées ; sur plusieurs points (notamment, en matière d'évaluation, de surveillance, de tenue de travail) la jurisprudence reconnaît à l'employeur des attributions non conformes aux termes de l'habilitation contractuelle ; il doit être remédié à cette dissonance. Par ailleurs, une évolution est nécessaire en matière de salaire ; la nature contractuelle de tout élément de rémunération doit être affirmée et le rôle des normes collectives doit être strictement cantonné à la négociation de minima. Enfin, le régime des pouvoirs d'initiative du salarié, en particulier celui de l'exception d'inexécution, doit être parachevé.

Pour atteindre ces objectifs, la jurisprudence a un rôle à jouer ; elle peut poursuivre le mouvement qu'elle a initié. Cependant, une intervention du législateur serait également la bienvenue, tant pour consacrer les principes jurisprudentiels déjà arrêtés que pour compléter l'édifice. Le renforcement du contrat de travail bénéficierait ainsi de la légitimité et de la visibilité qui sont celles de la loi. Le législateur a récemment fait preuve, en instaurant le mécanisme de la rupture conventionnelle¹⁷⁷⁶, de son attachement à la figure du contrat ; il peut être espéré que cette valorisation du contrat pour régir la rupture de la relation de travail, soit également de mise pour régir sa formation et son exécution.

¹⁷⁷⁶ Loi n°2008-596, 25 juin 2008.



Annexe

Proposition de loi portant renforcement du contrat de travail

I. Conclusion du contrat de travail

Article 1

Les dispositions de l'article L 1221-1 du Code du travail sont abrogées.

Elles sont remplacées par les dispositions suivantes :

« Le contrat de travail est la convention par laquelle le salarié s'engage à exécuter pour le compte de l'employeur, une prestation de travail subordonnée, en contrepartie d'une rémunération.

Il est conclu par écrit.

Il est soumis aux règles de droit commun ».

Article 2

Il est institué un article L 1221-1-1 du Code du travail, ainsi rédigé :

« Le contrat de travail comporte l'indication :

1° De la nature du travail pour l'exécution duquel salarié est embauché et l'indication des principales tâches qui le composent ; lorsque le contrat mentionne plusieurs natures de travail, la répartition du temps de travail entre ces deux nature est précisée ;

2° De la durée du travail pour laquelle le salarié est embauché ;

3° Des horaires quotidiens et hebdomadaires de travail ;

4° Du lieu précis de travail, qui s'entend d'une adresse et non d'un secteur géographique ;

5° Du montant global du salaire et de tous ses éléments et accessoires ;

6° De la concession à l'employeur d'un pouvoir ayant pour finalité l'organisation du travail



7° De la faculté du salarié, en cas de faute de l'employeur, de suspendre le contrat de travail dans les conditions prévues aux articles L 1228-1 et suivants du présent code, et de rompre le contrat de travail dans les conditions prévues aux articles L 1237-17 suivants du présent code ».

Article 3

Il est institué un article L 1221-1-2 du Code du travail, ainsi rédigé :

« La modification, quelle qu'en soit le motif, d'un élément visé à l'article L 1221-1-1 du présent code ou d'un élément contractualisé entre les parties, ne peut se faire que d'un commun accord et est constatée par écrit.

Toute clause du contrat de travail autorisant l'employeur à modifier unilatéralement l'un de ces éléments est nulle de plein droit.

Tout avantage individuel issu d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, est de plein droit incorporé au contrat de travail et ne peut en conséquence faire l'objet d'une suppression ou d'une modification unilatérale ».

II. Pouvoir de l'employeur

Article 4

Au sein du chapitre 1 du titre 2 du livre 2 de la partie 1 du Code du travail, il est institué une section 5 intitulée « *Pouvoir de l'employeur* ».

Au sein de cette section, il est institué un article L 1221-27 ainsi rédigé :

« Le pouvoir contractuel concédé à l'employeur et mentionné à l'article L 1221-1-1, 6° du présent code, l'habilite à l'exercice des prérogatives nécessaires à l'organisation du travail dans l'entreprise, dans les conditions prévues à la présente section ».

Article 5

Il est institué un article L 1221-28 ainsi rédigé :

« Le pouvoir d'organisation concédé à l'employeur l'habilite à assurer la direction technique du travail.

A ce titre, les parties chargent l'employeur de procéder notamment :

1° A l'organisation des locaux de travail ;

2° Au choix et à l'attribution des outils de travail ;

3° A la définition des procédés de fabrication sans préjudice des adaptations apportées par le salarié ;



4° A la définition de la charge de travail et du rythme de travail ; l'employeur fixe une charge de travail et un rythme de travail raisonnables et doit être en mesure d'en justifier ;

5° A la définition de l'organigramme de l'entreprise ».

Article 6

Il est institué un article L 1221-29 ainsi rédigé :

« Le pouvoir d'organisation concédé à l'employeur l'habilite à assurer la direction des personnes dans l'entreprise.

A ce titre, les parties chargent l'employeur de procéder notamment :

1° A l'attribution des tâches à effectuer, dans le respect de la nature du travail mentionnée au contrat de travail conformément à l'article L 1221-1-1 du présent code.

2° A l'affectation du salarié à un poste de travail ;

3° A la fixation éventuelle d'objectifs au salarié ; les objectifs doivent être réalistes au regard de l'emploi, du contexte économique et de ses évolutions, des moyens attribués au salarié ; le défaut de réalisation des objectifs ne constituent pas un motif de sanction ou de licenciement ;

4° A l'évaluation du travail accompli par le salarié ; à ce titre l'employeur formule des observations et appréciations sur le travail fourni ; toute prise en compte de critères comportementaux est illicite ; tout système de notation est illicite ; l'évaluation est réalisée par l'employeur ou son représentant dans l'entreprise, elle n'implique pas les autres salariés, les clients, ou un quelconque acteur extérieur ; elle revêt un caractère confidentiel ;

5° A la surveillance éventuelle de l'activité du salarié pendant le temps de travail ; la surveillance est réalisée par l'employeur ou son représentant dans l'entreprise ; elle est exclusive de tout procédé tel que vidéosurveillance, captation et enregistrement des conversations téléphoniques, géolocalisation, recours à une société de surveillance, filature.

6° A l'attribution d'une tenue vestimentaire professionnelle au salarié lorsqu'un motif impérieux de sécurité l'exige ou lorsque la tenue est inhérente à l'emploi et figure à ce titre sur une liste établie par décret ».

Article 7

Il est institué un article L 1221-30 ainsi rédigé :

« Le pouvoir d'organisation concédé à l'employeur l'habilite à assurer la discipline dans l'entreprise, dans les conditions prévues aux articles L 1331-1 et suivants du présent code ».



Article 8

Il est institué un article L 1221-31 ainsi rédigé :

« Les parties au contrat de travail reconnaissent le droit de l'employeur d'assurer la direction économique de l'entreprise.

Le salarié est tenu informé des décisions de gestion économique.

Le salarié informé d'une décision de gestion économique qu'il juge contraire à l'intérêt de l'entreprise, peut demander à l'employeur de lui fournir des explications. A défaut de réponse suffisante de l'employeur ou si celle-ci confirme le caractère préoccupant de la décision, le salarié informe le comité d'entreprise, le commissaire aux comptes et l'inspection du travail ».

Article 9

Il est institué un article L 1221-32 ainsi rédigé :

« Le pouvoir de l'employeur ne peut jamais être exercé dans des conditions telles qu'il en résulterait une atteinte au contrat de travail, à la vie personnelle du salarié, à son droit à la dignité ou à la protection de la santé.

Toute décision ou initiative contraire de l'employeur est nulle de plein droit.

Lorsqu'une atteinte au contrat de travail, à la vie personnelle du salarié, à son droit à la dignité ou à la protection de la santé résulte d'une inaction de l'employeur, le juge judiciaire ordonne toute mesure de nature à la faire cesser ».

III. Temps de travail

Article 10

Les articles L 3121-43 à L 3121-48 du Code du travail sont abrogés.

A titre transitoire, les forfaits en jours conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi sont maintenus jusqu'au 1^{er} jour du 7^e mois suivant sa publication au Journal officiel.

A l'issue de la période transitoire, la durée du travail des salariés employés auparavant dans le cadre d'un forfait en jours, est fixée à la durée légale mentionnée à l'article L 3121-10 du présent code ou à la durée conventionnelle applicable.

Article 11

A l'article L 3121-11, alinéa 1, après les mots « *Des heures supplémentaires peuvent être accomplies* », il est inséré les mots « *si les parties s'accordent en ce sens* ».



Article 12

A l'article L 3121-2 du Code du travail, il est créé un alinéa 2 ainsi rédigé :

« La persistance d'une directive de l'employeur, tenant notamment à l'obligation faite au salarié de rester dans l'entreprise, ou à disposition de l'entreprise en vue d'une intervention éventuelle, fait obstacle à la qualification de pause et caractérise un temps de travail effectif »

Il est créé un alinéa 4, ainsi rédigé :

« Le temps de trajet dans l'entreprise, imposé par les contraintes liées à l'organisation de celle-ci, est un temps de travail effectif ».

Article 13

Les dispositions de l'article L 3121-3 du Code du travail sont abrogées.

Elles sont remplacées par les dispositions suivantes :

« Le temps consacré à l'habillement et au déshabillage, lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par l'employeur, est un temps de travail effectif ».

Article 14

A l'article L 3121-7 du Code du travail, il est créé un alinéa 1 ainsi rédigé :

« Les astreintes ne peuvent être mises en place que dans les secteurs d'activité et pour les emplois figurant sur une liste établie par décret ».

IV. Prérogatives contractuelles du salarié

Article 15

Au sein du titre 2 du livre 2 de la partie 1 du Code du travail, il est institué un chapitre 8 intitulé « *Exception d'inexécution* ».

Au sein de ce chapitre, il est institué un article L 1228-1 ainsi rédigé :

« Lorsqu'il est confronté à l'inexécution par l'employeur de l'une de ses obligations contractuelles, le salarié tire du contrat de travail le droit de suspendre l'exécution de ses propres obligations ».



Article 16

Il est institué un article L 1228-2 ainsi rédigé :

« Le salarié qui suspend l'exécution de ses obligations contractuelles informe l'employeur de sa décision et de ses motifs par tous moyens »

Article 17

Il est institué un article L 1228-3 ainsi rédigé :

« Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un salarié qui a suspendu l'exécution de ses obligations contractuelles en raison d'un manquement établi de l'employeur.

Toute mesure contraire aux dispositions du premier alinéa, est nulle.

Aucune sanction ne peut être prise à l'encontre d'un salarié qui a de bonne foi suspendu l'exécution de ses obligations contractuelles en l'absence de manquement établi de l'employeur ».

Article 18

Il est institué un article L 1228-4 ainsi rédigé :

« Le salarié reprend l'exécution de ses obligations lorsque l'employeur justifie avoir exécuté les siennes ».

Article 19

I. Au sein du chapitre 7 du titre 3 du livre 2 de la partie 1 du Code du travail, il est institué une section 4 intitulée *« Prise d'acte de la rupture »*.

Il est institué un paragraphe 1^{er} intitulé *« Notion et conditions de la prise d'acte »*.

Au sein de ce paragraphe, il est institué un article L 1237-17 ainsi rédigé :

« Le salarié confronté à des manquements suffisamment graves de l'employeur peut rompre le contrat de travail aux torts de celui-ci.

La prise d'acte telle que définie au premier alinéa est une faculté ouverte à tous les salariés ».

II. Il est institué un article L 1237-18 ainsi rédigé :

« La prise d'acte n'est soumise à aucune condition de forme. Elle est notifiée par le salarié à l'employeur par tous moyens.



Lorsqu'elle existe, la lettre de prise d'acte ne fixe pas les limites du litige ».

III. Il est institué un article L 1237-19 ainsi rédigé :

« La prise d'acte n'est soumise à aucune condition de recevabilité. Elle peut être notifiée alors qu'une instance est en cours entre les parties, tendant notamment à l'exécution ou à la résiliation judiciaire du contrat de travail ».

IV. Il est institué un article L 1237-20 ainsi rédigé :

« La prise d'acte suppose l'existence, au moment de la rupture, de griefs du salarié envers l'employeur.

Les griefs existant au moment de la rupture sont énoncés lors de la notification de la prise d'acte ou postérieurement.

L'absence d'énoncé de griefs au moment de la rupture ne fait pas obstacle à la qualification de prise d'acte ; il revient au juge de rechercher si, lors de la rupture, ces griefs existaient, peu important par ailleurs, leur bien ou mal-fondé ».

Article 20

I. Il est institué un paragraphe 2 intitulé « *Effets de la prise d'acte* ».

Au sein de ce paragraphe, il est institué un article L 1237-21 ainsi rédigé :

« La prise d'acte emporte rupture du contrat de travail à la date de sa notification ».

II. Il est institué un article L 1237-22 ainsi rédigé :

« L'employeur remet sans délai au salarié qui notifie la prise d'acte, une attestation destinée à Pôle Emploi mentionnant le mode de rupture, un certificat de travail et un solde de tout compte ».

III. Il est institué un article L 1237-23 ainsi rédigé :

« Le salarié qui prend acte de la rupture n'est tenu au respect d'aucun préavis.

Il peut décider d'exécuter un préavis d'une durée égale à un mois ou d'une durée égale au préavis prévu en cas de démission ».

IV. Il est institué un article L 1237-24 ainsi rédigé :

« Le conseil de prud'hommes contrôle l'existence et la gravité des manquements de l'employeur invoqués par le salarié.



Le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

V. Il est institué un article L 1237-25 ainsi rédigé :

« S'il est constaté l'existence d'un manquement suffisamment grave de l'employeur, le conseil de prud'hommes le condamne à payer au salarié :

1° Une indemnité spécifique de prise d'acte d'un montant égal à celui de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement majoré du montant de l'indemnité compensatrice de préavis applicable en cas de licenciement ;

2° Une indemnité de perte d'emploi calculée en fonction du préjudice subi et ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Lorsqu'elle est notifiée par un salarié titulaire d'une protection spécifique, la prise d'acte ouvre droit aux indemnités applicables en cas de rupture nulle.

La condamnation de l'employeur en application des dispositions du présent article, emporte de plein droit obligation de l'employeur de rembourser aux organismes intéressés, la totalité des indemnités de chômage versés au salarié ».

VI. Il est institué un article L 1237-26 ainsi rédigé :

« S'il est constaté l'absence d'un manquement suffisamment grave de l'employeur, le conseil de prud'hommes n'accorde aucune indemnité au salarié.

Le salarié ayant pris acte de la rupture sans préavis, débouté de ses demandes et dont la mauvaise foi est établie, est condamné à payer à l'employeur une indemnité de brusque rupture correspondant au préjudice subi par l'employeur et dûment établi par lui ».

Article 21

Au sein des articles L 5421-1 et 5422-1 du Code du travail, il est créé un alinéa 2 ainsi rédigé :

« Il en va de même du salarié ayant pris acte de la rupture de son contrat de travail et ayant saisi le conseil de prud'hommes du litige.

Le salarié débouté par le conseil de prud'hommes de ses demandes au titre de la prise d'acte, et dont la mauvaise foi est établie, perd le droit au revenu de remplacement ».



Bibliographie

I. Ouvrages généraux

Bénabent A.

Droit civil, Les obligations, Montchrestien, Précis Domat, 12^e édition, 2010

Droit civil, Les contrats spéciaux, Montchrestien, Précis Domat, 9^e édition, 2011

Couturier G.

Traité de Droit du travail, relations collectives, PUF 2001

Cristau A.

Droit du travail, Hachette, Coll. HU Droit, 8^e édition 2011

Camerlynck, G-H (Dir)

Droit du travail, Traité, Dalloz, 1967

Dockès E.

Droit du Travail, Dalloz, Coll. Hypercours, 4^e édition, 2009.

Favennec-Héry F., Verkindt P-Y.

Droit du Travail, LGDJ, 3^e édition, 2011

Flour J., Aubert J-L., Savaux E.,

Droit Civil, Les obligations, Vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^e édition, 2010

Gaudu, F.,

Droit du travail, Dalloz, 2011

Ghestin J.,

Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 3^e édition, 1993

Langé D.

Droit du Travail, ellipses, 2003

Mazeaud A.

Droit du travail, Montchrestien, Précis Domat, 6^e édition, 2008.



Malaurie P., Aynès L., Stoffel-Munck P.
Les obligations, Defrénois, 4^e édition, 2009,

Pélissier J., Jeammaud A., Supiot A.
Droit du travail, Précis, Dalloz, 24^e édition, 2008.

Pélissier J., Auzero G., Dockès E.
Droit du travail, Précis, Dalloz, 26^e édition, 2011

Pélissier J., Lyon-Caen A., Jeammaud A., Dockès E.
Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 4^{ème} édition, 2008

Ray J-E.
Droit du travail, droit vivant, Liaisons, 20^e édition, 2011

Rivero, J., Savatier, J.
Droit du travail, PUF, Thémis, 13^e ed., 1993

Terre F., Simler P., Lequette Y.
Les obligations, Dalloz, 10^e édition, 2009

Teyssié B.
Droit du travail, relations collectives, Litec, Manuel, 7^e édition, 2011
Droit européen du travail, Litec, Manuel, 4^e édition, 2010

II. Ouvrages spéciaux et thèses

Beaucourt A.
Le contrat de travail, nature juridique et principaux effets, Droit civil et législations comparées, Thèse, Paris, 1912

Bénabou V-L., Chagny M. (dir)
La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008

Borenfreund G., Souriac M-A. (dir)
Syndicats et droit du travail, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008

Bouze F.
Les pouvoirs de l'employeur à l'épreuve du contrat de travail, Thèse, Paris II, 2001

Chabas C.
L'inexécution licite du contrat, LGDJ, Thèse, Coll. Bibliothèque de Droit privé, n°380, 2001

Collin F., Dhoquois R., Goutierre P-H., Jeammaud A., Lyon-Caen G., Roudil A.
Le Droit Capitaliste du travail, Presses Universitaires de Grenoble, Coll. Critique du droit, 1980.



Cristeau A.

Grève et contrats, Thèse, Paris I, 1999

Dockès, E.

Valeurs de la démocratie, Dalloz, Coll. Méthodes du Droit, 2005

Edelman, B

La Législation de la classe ouvrière, Ed. Bourgeois, 1978

Fabre A.

Le régime du pouvoir de l'employeur, Thèse, Paris X, 2006

Gaudu F., Vatinet R.

Les contrats de travail – contrats, conventions et actes unilatéraux, LGDJ, Coll. Traité des contrats, 2001.

Jamin C. Mazeaud D. (dir.)

La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003

Johansson, A.

La détermination du temps de travail effectif, LGDJ, 2006

Le Goff, J.

Pour un autre moyen-âge, Gallimard, 1977

Lokiec P.

Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, Thèse, Coll. Bibliothèque de Droit privé, n°408, 2004.

Lucas-Puget A-S.

Essai sur la notion d'objet du contrat, Thèse, Nantes, 2005.

Lyon-Caen A., Urban Q. (dir.)

Le juge et la décision de gestion, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006

Les salariés et la défaillance de l'entreprise, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2007

Malecki C.

L'exception d'inexécution, LGDJ, Thèse, Coll. Bibliothèque de Droit privé, n°321, 1999

Million-Rousseau, E.

La représentation élue du personnel en matière de santé et de sécurité, Thèse, Paris II, 2011

Paulin C.

La clause résolutoire, LGDJ, Thèse, Coll. Bibliothèque de Droit privé, n°258, 1996



Pelissier J.

Le pouvoir du chef d'entreprise (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2002
Analyse juridique et valeurs en droit social : mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Dalloz, Paris, 2004

Supiot. A.

Le juge et le droit du travail, Thèse, Bordeaux, 1979
La critique du droit du Travail, PUF, Coll. Les Voies du Droit, 1994.
Le travail en perspectives (dir.), LGDJ, Coll. Droit et Société, 1998.

Teissier A.

La loyauté dans les relations individuelles de travail, Thèse, Paris II, 1997

Teyssié B. (dir.)

La négociation du contrat de travail, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2004
Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008.
Les notions fondamentales du droit du travail, Ed. Panthéon-Assas, 2009

Yung Hung, J.

Aspects juridiques de la qualification professionnelle, Thèse, Toulouse, 1982

III. Articles

Adam, P.

-*Evaluation (illicite) des salariés et action collective*, Dr. Ouv. 2008, p. 585
-*La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français*, Dr. Ouv. 2008, p. 313

Amauger-Lattes, M-C.

-*Modification du contrat de travail et droit disciplinaire*, Dr Soc. 1998, p. 120

Antonmattei, P-H.

-*Les éléments du contrat de travail*, Dr. Soc. 1999, p. 330
-*Retour sur les clauses de variabilité*, JSL 2001, n°85-1.

Asquinazi-Bailleux, D.

-*Grève motivée par le non paiement des heures supplémentaires*, JCP S 2007, 1546.
-*Risques psychosociaux et méthodes de gestion de l'entreprise*, JCP S 2010, 1393

Bailly, P.

-*L'organisation du travail ne doit pas nuire à la santé des salariés*, Sem. Soc. Lamy 25 mars 2008, n° 1346

Baradel, S., Masanovic, P.

-*Les nouveaux modes de rupture du contrat de travail*, Dr. Ouv. 2009, p. 182



Beal, S.

-*Manquement à l'obligation d'adaptation et d'employabilité et indemnisation*, JCP S 2008, 1283

Béal, S., Klein, P.,

-*L'évaluation des salariés par "ranking" à nouveau contestée*, JCP S 2011, 1566

Beal, S., Terrenoire, C.

-*Rupture du contrat de travail initiée par le salarié : la chronologie au secours du juge*, Sem. Soc. Lamy 2007, n° 217, p. 15

-*Licenciement consécutif au refus de la modification du contrat de travail à titre disciplinaire : aspects procéduraux*, JCP E 2007, 1843

Belier, G.

-*Le travail à temps partiel annuel : un nouveau pas vers « l'indétermination » dans le contrat de travail*, Dr. Soc. 1994, p. 176

Béraud, J-M.

-*Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail*, Dr. Ouv. 1997, p. 529

-*Le juge et le pouvoir patronal*, in *Le pouvoir de l'employeur*, Dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340, 11 février 2008

Blanc-Jouvan, G.

-*Renonciation par l'employeur, dans un délai raisonnable, à l'application d'une clause de non concurrence*, JCP S 2007, 1674

Blatman, M.

-*De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés*, Dr. Soc. 2006, p. 653

Boisgibault, A.

-*La tenue vestimentaire du salarié*, JCP E 2003, p. 940

Bonnechère, M.

-*Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail*, Dr. Ouv. 1994, p. 173

-*Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail*, Dr. Ouv. 2003, p. 453

-*L'affirmation et l'invocation des droits fondamentaux individuels et collectifs de travail*, Dr. Ouv. 2011, p. 2

Borenfreund, G.

-*L'articulation du contrat de travail et des normes collectives*, Dr. Ouv. 1997, p. 514

Bossu, B.

-*Nouvelles technologies et surveillance du salarié*, RJS 2001, p. 663



- Manquement à l'exécution de bonne foi du contrat de travail*, JCP S 2007, 1727
- L'encadrement par la Cour de Cassation des clauses mobilité*, JCP S 2008, 1668

Bouaziz, Paul.

- Vie privée et cause réelle et sérieuse de licenciement*, Dr. Ouv. 1991, p. 201

Bouaziz, Pierre.

- L'évaluation des salariés en pratique*, Les cahiers Lamy du CE, n°99, décembre 2010, p. 22

Boubli, B.

- Une « pincée de droit » pour l'obligation de sécurité de résultat*, JCP S 2008, 1624

Boucris-Maitral, G.

- Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé*, in *le juge et la décision de gestion*, Dir. A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006
- Titulaires et détenteurs du pouvoir*, in *Le pouvoir de l'employeur*, Dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340, 11 février 2008

Bouilloux, A.

- Le pouvoir de l'employeur face aux autorités administratives*, in *Le pouvoir de l'employeur*, Dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340, 11 février 2008

Bourgeot, S.

- De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés*, Dr. Soc. 2006, p. 653

Bousez, F.

- Rupture anticipée du CDD et prise d'acte : réflexions autour d'un rapprochement*, JCP S 2007, 1185

Bousez, F., Moreau, M.

- Performance et relations individuelles de travail*, JCP E 1997, 654, p. 209
- A propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail*, JCP E 1997, 705

Bousiges, A.

- Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique*, Dr. Soc. 1991, p. 279

Brissy, S.

- L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié*, Dr. Soc. 2008, p. 434

Cam, P.

- Juges rouges et droit du travail*, Actes de la recherche en sciences sociales, n°19, janvier 1978, p. 12



Canut, F.

- Tir groupé autour de la clause de mobilité*, Dr. Ouv. 2009, p. 7
- Le secteur géographique*, Dr. Soc. 2011, p. 923

Caron, M.

- Propos injurieux se rattachant à la vie de l'entreprise*, JCP S 2009, 1083

Césaro, J-F.

- Distinction entre vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, JCP E 2004, 1146
- Le libre choix du vêtement n'est pas une liberté fondamentale*, JCP G 2005, I, 1169
- Le régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail*, JCP G 2005, I, 1172
- Les conséquences d'un refus légitime de travailler sur la rémunération*, JCP S 2008, 1466

Chabbi, D.

- Réflexions sur les conditions d'exercice du droit de retrait*, BSFL 2005, p. 601

Champeaux, F.

- Les champs respectifs de la démission et de la prise d'acte*, Sem. Soc. Lamy. Suppl. 2008, n°1269, p. 103
- La clause de mobilité sous contrôle*, Sem. Soc. Lamy supplément, 19 janvier 2009, n°1383

Chaumette, P.

- Le Comité d'hygiène, de sécurité, et des conditions de travail et le droit de retrait du salarié*, Dr. Soc. 1983, p. 425
- Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail*, D. 1986, p. 68

Chauvy, Y.

- Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail : licenciement par l'employeur et imputabilité de la rupture au salarié*, Dr. Soc. 1992, p. 818

Chirez, A.

- Notation et évaluation des salariés*, Dr. Ouv. 2003, p. 309

Coche, A.

- Les conséquences pour les victimes des efforts jurisprudentiels destinés à compenser l'imprécision de l'incrimination de harcèlement moral*, JCP S 2009, 1209

Cothenet, A.

- Le contrôle des motifs de la prise d'acte*, in *variations autour de la prise d'acte*, RDT 2007, p. 163

Couturier, G.

- Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975, p. 151 (1^{ère} partie) et p. 221 (2^e partie)
- La rémunération, élément du contrat de travail*, Dr. Soc. 1998, p. 523



- Pot pourri autour des modifications du contrat de travail, Dr. Soc. 1998, p. 878
- Auto-licenciement : dérives et revirement, Dr. Soc. 2003, p. 817
- La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif, in la négociation du contrat de travail, Dir. B. Teyssié, Dalloz, 2004, Coll. Thèmes et commentaires
- Qui touche au salaire touche au contrat, Liaisons sociales 2008, p. 82
- L'autolicensing n'est pas un droit, c'est un risque, Sem. Soc. Lamy 2003, n° 1119, p. 11
- Prise d'acte et préavis, Dr. Soc. 2010, p. 412

Créplet, A-C.

- Le fondement juridique de la prise d'acte, in variations autour de la prise d'acte, RDT 2007, p. 159

Dabosville, F.

- Prise d'acte et refus d'un changement des conditions de travail, in variations autour de la prise d'acte, RDT 03/2007, p. 164

Daugareilh, I.

- Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités, Dr. Soc. 1996, p. 128

Dejours, C.

- Pourquoi le travail fait-il souffrir ?, Les cahiers Lamy du CE n° 88, décembre 2009, p. 11
- L'évolution de la souffrance est à rechercher dans l'évolution de l'organisation du travail, in La souffrance au travail a-t-elle changé de nature ?, Controverse, dir. C. Wolmark, RDT 2010, p. 9

Desprez, J.

- Droit de retrait, droit de grève et réintégration du salarié illégalement licencié, RJS 1990, p. 619

Dockès, E.

- L'avantage individuel acquis, Dr. Soc. 1993, p. 826
- La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. Soc. 1997, p. 140
- Consécration de la nature contractuelle du salaire, RJS 1998, p. 168
- De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, in Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pellissier, Dalloz, 2004, p. 203
- Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique, Dr. Soc. 2004, p. 620
- Le pouvoir patronal au dessus des lois ?, Dr. Ouv. 2005, p. 1.
- Elargir le champ et la force du contrat, in Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ?, Controverse, Dir. A. Jeammaud, RDT 2007 p. 144
- Pouvoir patronal et démocratie, in Le pouvoir de l'employeur, Dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340, 11 février 2008.

Drai, L.

- Prise d'acte, licenciement sans cause réelle et sérieuse et travail dissimulé, JCP S 2007, 1122



Dufresne-Castets, M-L., Moussy, P.

-*A propos du retour en force de la loyauté contractuelle (un flash back qui permet de remettre en cause l'autonomie du travailleur)*, Dr. Ouv. 2006, p. 573

Duguet, Y.

-*Danger grave et retrait du travail*, RPDS 1992, p. 223

Dumont, F.

-*Sanction pécuniaire et stipulation conventionnelle*, JCP S 2009, 1185

-*L'ouverture d'une procédure collective est sans effet sur le régime de la prise d'acte*, JCP S 2010, 1398

Duplat, J.

-*Surveillance des salariés et vie privée*, Avis, RJS 2003, p. 104

Duquesne, F.

-*La prise d'acte par le salarié protégé de la rupture de son contrat de travail, une voie originale mais périlleuse*, RJS 2009, p. 259

-*Légalité disciplinaire dans l'entreprise : l'épilogue ?*, RJS 2011, p. 90

Durand, P.

-*Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail*, JCP G 1944, I, 387.

Escande-Varniol, M-C.

-*La sophistication des clauses du Contrat de Travail*, Dr. Ouv. 1997, p. 478

-*La Cour de Cassation et l'intérêt de l'entreprise*, RJS 2000, p. 260

-*Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail*, Dr. Soc. 2002, p. 1064

-*L'évaluation du salarié*, in *le singulier en Droit du travail*, Dir. J-M Béraud et A. Jeammaud, Dalloz 2006, Coll. Thèmes et commentaires, p. 96

-*Le salaire, rémunération du travail*, Rep. Trav. Dalloz, 2009

Everaert-Dumont, D.

-*Droit de retrait et « devoir » d'alerte*, JCP S 2009, 1184

Fabre-Magnan, M.

-*Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives*, Dir. A. Supiot, LGDJ, 1998

Favennec-Héry, F.

-*Le travail à temps partiel*, Dr. Soc. 1994, p. 165

-*Le temps de repos, une nouvelle approche de la durée du travail*, RJS 1999, p. 819

-*Vie privée dans l'entreprise et à domicile*, RJS 2001, p. 940

-*Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif*, RJS 2003, p. 459

-*Temps de formation, temps de travail : quelques observations*, Dr. Soc. 2004, p. 484



- Prospectives sur le travail à temps partiel*, Sem. Soc. Lamy 20 octobre 2008, n°1371
- Le droit de la durée du travail, fin d'une époque*, Dr. Soc. 2009, p. 251
- Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ?*, Sem. Soc. Lamy 2010, n°1464, p. 10
- Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle*, Dr. Soc. 2010, p. 23
- A propos du rapport sur la "refondation du droit social"*, JCP S 2010, Act. 46

Ferraro, J.

- Résiliation judiciaire, prise d'acte de la rupture et office du juge*, Dr. Ouv. 2005, p. 377

Fraise, E.

- Rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié*, RPDS 2007, n°752, p. 383

Frossard, J.

- Les recours à l'action unilatérale*, Dr. Soc. 1987, p. 496

Frossard, S.

- La réaction de l'employeur à la faute du salarié*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pelissier*, Dalloz, 2004, p. 231
- Les objets soustraits au pouvoir*, in *Le pouvoir de l'employeur*, Dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008

Frouin, J-Y.

- La protection des droits de la personne et des libertés du salarié*, Cah. Soc. Bar. Paris, n°99, p. 123
- Existe-t-il un droit à l'autoliquidation du salarié ?*, Sem. Soc. Lamy 2003, n° 1119, p. 5
- Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié (démission, prise d'acte et demande en résolution judiciaire)*, RDT 03/2007, p. 150
- Une démission peut-elle être implicite ?*, JCP S 2007, 1715
- L'office du juge en cas de rejet d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail*, JCP S 2008, 1067
- Bien ou mal fondé d'une prise d'acte : à qui incombe la charge de la preuve*, JCP S 2008, 1289
- Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail*, JCP S 2008, 1407
- Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail*, JCP S 2010, 1087
- Nécessité de fournir au salarié le travail convenu*, JCP S 2011, 1006

Gardin, A.

- Une illustration de l'insubordination du salarié, le refus d'exécuter une tâche*, Dr. Soc. 1996, p. 363
- Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes*, RJS 2009, p. 599

Gasser, J-M.

- Le droit de retrait dans le secteur privé*, RJS 2006, p. 463



Gaudu, F.

-*Le licenciement pour perte de confiance*, Dr. Soc. 1992, p. 32

Géa, F.

-*La rétractation de la prise d'acte, dysharmonie jurisprudentielle*, Sem. Soc. Lamy 26 octobre 2009, n°1418, p. 7

-*La prise d'acte est une rupture de droit*, in *Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ?*, RDT 2009, p. 688

-*La prise d'acte de la rupture, dynamiques d'une construction jurisprudentielle*, RJS 2010, p. 559

Gosselin, H.

-*Démission et prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié : deux régimes juridiques autonomes ?*, RJS 2007, p. 603

-*A propos de la rétractation de la prise d'acte*, in *Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ?*, RDT 2009, p. 688

Grinsnir, J.

-*Sécurité et conditions de travail : le point sur les questions en évolution*, Dr. Ouv. 1989, p. 335

Grevy, M.

-*Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?*, Dr. Soc. 1995, p. 329

-*Vidéosurveillance des salariés dans l'entreprise : une atteinte par nature disproportionnée aux droits de la personne*, Dr. Ouv. 2010, p. 81

Hautefort, M.

-*Rétracter sa démission ou l'imputer à l'employeur : il faut choisir*, Sem. Soc. Lamy 2010, n°1441, p. 10

Hauser, J.

-*Pouvoir et Contrat de travail*, in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dir. J. Pelissier, Dalloz, coll thèmes et commentaires, 2002.

Héas, F.

-*Observations sur le concept de dignité appliqué aux relations de travail*, Dr. Ouv. 2010, p. 461

Henry, M.

-*Salaire : le "tout contractuel" fait de la résistance*, Dr. Ouv. 2009, p. 316

Jeamnaud, A.

-*Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail*, Dr. Soc. 1978, p. 342

-*La renonciation du salarié*, Dr. Ouv. 1997, p. 535



-*La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, in *estudos juridicos en homenage al Doctor Nestor de Buen Lozano*, 2003

-*Le contrat de travail une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pelissier*, Dalloz, 2004, p. 306

-*Le pouvoir patronal visé par le droit du travail*, in *Le pouvoir de l'employeur*, Dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl. n°1340 du 11 février 2008

Jeansen, E.

-*Réflexions sur la modification du contrat de travail à la suite de l'ANI du 11 janvier 2008*, JCP S 2008, n°352

Jeammaud, A., Le Friant, M., Lyon-Caen, A.

-*L'ordonnancement des relations du travail*, Dalloz, 1998, A-38.

Joubert, S.

-*Mobilité et respect de la vie privée et familiale*, Dr. Ouv. 2011, p. 47

Jourdan, D.

-*L'horaire à temps partiel, élément légalement contractuel*, TPS juin 1999, p. 6

Katz, T.

-*La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge*, Dr. Ouv. 2005, p. 151

Khodri-Benamrouche, F.

-*Les exigences procédurales*, in *Le pouvoir de l'employeur*, Dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl. n°1340 du 11 février 2008

Lachaise, G.

-*Le droit de retrait des salariés de leur poste de travail*, JCP E 1991, p. 451

Lagarde, X.

-*Aspects civilistes des relations individuelles de travail*, RTD Civ. 2002, p. 435

Langlois, P.

-*Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé*, Dr. Soc. 1999, p. 125

Leborgne-Ingelaere, C.

-*Lorsque prise d'acte de la rupture du contrat de travail et violation du principe d'égalité salariale se croisent*, JCP S 2011, n°1025

Lepage, A.

-*vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail*, Dr. Soc. 2006, p. 364

Loiseau, G.

-*Des clauses abusives dans le contrat de travail*, in *chronique Droit des Obligations*, JCP G 2001, I, 330 p. 1215



-La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité, JCP S 2009, 1013

Lokiec, P.

- Tenue correcte exigée, des limites à la liberté de se vêtir à sa guise*, Dr. Soc. 2004, p. 132
- La modification du contrat de travail, les leçons du Droit Anglais*, RDT 2006, p. 76
- Les transformations du droit du temps de travail*, Dr. Ouv. 2009, p. 418 (1^{ère} partie) et p. 484 (2^e partie)

Lyon-Caen, A.

- Actualité du contrat de travail*, Dr. Soc. 1988, p. 540
- Le droit et la gestion des compétences*, Dr. Soc. 1992, p. 573
- Actualité de la modification*, Dr. Ouv. 1997, p. 87
- Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pelissier*, Dalloz, 2004, p. 357
- L'évaluation des salariés*, Dalloz, 2009, p. 1124

Lyon-Caen, G.

- Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail*, Dr. Ouv. 1951, p. 1 (réédité Dr. Ouv. 2004, p. 52)
- Défense et illustration du contrat de travail*, Archives Philosophiques du Droit 1968, T. 13, p. 59
- Le pouvoir dans l'entreprise*, in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dir. J. Pélissier, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2002
- Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée*, Dr. Ouv. 2004, p. 49

Lyon-Caen, P.

- L'atteinte portée à la liberté de se vêtir à sa guise constitue-t-elle un trouble manifestement illicite ?*, Dr. Ouv. 2003, p. 221

Mallet, L., Morin, M-L.

- La détermination de l'emploi occupé*, Dr. Soc. 1996, p.660

Martinel, A.

- L'office du juge dans la détermination et le contrôle des obligations contractuelles*, Dr. Ouv. 2005, p. 103
- Ruptures du troisième type*, Sem. Soc. Lamy 2006, n°1274, p. 8

Martinon, A.

- Le principe régissant la dénonciation des usages et des engagements unilatéraux*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dir. B. Teyssié, Dalloz, coll thèmes et commentaires, 2008
- Le salaire*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, Dir. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2009



- Des effets du jugement d'ouverture d'une procédure collective, JCP S 2009, 1560
- Des temps de travail spéciaux : l'exemple de l'employé de station-service, JCP S 2010, 1198
- Rappels à propos du changement des conditions de travail, JCP S 2010, 1356
- Démission viciée et prise d'acte : la contradiction censurée, JCP S 2010, 1359

Mathieu-Geniaut, C.

- L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question, Dr. Soc. 2006, p. 848

Mazeaud, A.

- La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire, Dr. Soc. 1991 p. 16
- Contractuel mais disciplinaire, Dr. Soc. 2003, p. 164
- Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle, Dr. Soc. 2004, p. 77
- La sécurité dans l'entreprise : rapport de synthèse, Dr. Soc. 2007, p. 738

Mazeaud, D.

- Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. Terré, Dir. C. Jamin, Dalloz, 1999

Métin, D., Le Quinquis, A.

- L'évaluation des systèmes d'évaluation, Sem. Soc. Lamy n°1471, 13 décembre 2010, p. 6

Milet, L.

- Le double usage par le représentant du personnel de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail, Dr. Ouv. 2007, p. 75

Miné, M.

- L'horaire de travail, Dr. Ouv. 2000, p. 412
- Le droit du temps de travail à la lumière des droits fondamentaux de la personne, Dr. Ouv. 2011, p. 40

Morand, M.

- Propos sur la modification du contrat de travail ou des conditions de travail, JCP E 1997, 643
- Le contractuel pourchasse le disciplinaire, JCP E 1998, 2058
- Clauses de mobilité : point sur la jurisprudence récente, Sem. Soc. Lamy, 23 avril 2001, n°1025
- Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions, JCP E 2003, 704
- Quel contenu à la clause de mobilité ?, Sem. Soc. Lamy, 26 décembre 2006, n°1288
- La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail, RJS 2008, p. 955
- Apprécier plus exactement et réformer la relation entre le contrat et l'accord collectif, in *Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ?*, Controverse, dir. A. Jeammaud, RDT 2007, p. 144



Moreau, M-A.

-*Temps de travail et charge de travail*, Dr. Soc. 2000 p. 263

Morvan, P.

-*Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié*, in *La négociation du contrat de travail*, dir B. Teyssié, Dalloz, 2004, coll thèmes et commentaires, p. 45

-*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, p. 674

-*La détermination de la rémunération variable*, JCP S 2008, 1180

-*La révision de la rémunération variable*, JCP S 2008, 1198

Moulin, C.

-*Le droit de retrait, principe général du droit du travail ?*, Dr. Soc. 1996, p. 1034

Mouly, J.

-*Les modifications disciplinaires du contrat de travail, chronique d'humeur à propos d'un revirement*, D 1999, chron., A-34

-*Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire*, Dr. Soc. 2002, p. 955

-*Disciplinaire, donc non contractuel*, Dr. Soc 2003, p. 395

-*Démission ou licenciement : une alternative très convenable*, Dr. Soc. 2004, p. 90

-*« Coup de vent » sur le statut des salariés protégés*, Dr. Soc. 2005, p. 861

-*Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance*, Dr. Soc. 2006, p. 839

-*La « prise d'acte » de la rupture d'un CDD en cas de mise à pied conservatoire : une décision à risques ?*, JCP S 2007, 1171

-*Les suites de la jurisprudence Hôtel Le Berry, à propos d'un dixième anniversaire*, J. Mouly, Dr. Soc. 2008, p. 537

-*Fait de la vie personnelle : pas de licenciement disciplinaire*, JCP S 2011, 1230

Mousseron, P-H.

-*Le lieu de travail, territoire de l'entreprise*, Dr. Soc. 2007, p. 1110

Moussy, P.

-*Un pas en avant, deux pas en arrière : à propos de l'effet boomerang du « renouveau » du contrat de travail*, Dr. Ouv. 1999, p. 1

-*Les motifs personnels de la modification substantielle du contrat de travail*, Dr. Ouv. 1996, p. 49

Nicod, C.

-*L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral*, in *Le pouvoir de l'employeur*, dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008

Paulin, J-F.

-*Les temps soustraits au pouvoir*, in *Le pouvoir de l'employeur*, dir A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008



Pélissier, J.

- La définition des sanctions disciplinaires*, Dr. soc. 1983, p. 458
- Droit civil et contrat individuel de travail*, Dr. Soc. 1988, p. 387
- Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, in *mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 101
- Clauses informatives et causes contractuelles du contrat de travail*, RJS 2004, p. 3
- La détermination des éléments du contrat de travail*, Dr. Ouv. 2005, p. 92
- Pour un droit des clauses du contrat de travail*, RJS 2005, p. 499
- Concours d'une demande en résiliation judiciaire du contrat de travail et d'une rupture unilatérale de celui-ci*, RDT 2006, p. 24
- La remise en cause des démissions*, RJS 2007, p. 591

Perrin, L.

- Temps de trajet, temps d'habillage et temps de travail effectif*, D. 2008, p. 1049

Pignarre, G.

- L'autonomie du statut collectif et du contrat aux prises avec la nature contractuelle de la rémunération*, D 2000, p. 893

Pizzio-Delaporte, C.

- Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge*, Dr. Soc. 2001, p. 404

Pochet, P.

- Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail*, JCP S 2005, 1435
- La résiliation judiciaire du contrat de travail à l'initiative du salarié*, JCP S 2006, 1942
- La remise en cause de la démission fondée sur des faits imputables à l'employeur*, JCP S 2007, 1577
- Rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée : résiliation judiciaire, prise d'acte, démission*, JCP S 2008, 1001

Radé, C.

- A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, Dr. Soc. 1999, p. 3
- Les limites du "tout contractuel"*, Dr. Soc. 2000, p. 828
- Haro sur le contrat, à propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail*, Dr. Soc. 2001, p. 514
- La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. Soc. 2001, p. 802

Ravier, E.

- Enjeux et mutation en matière de santé au travail*, JCP S 2010, 1319

Ray, J-E.

- Changement d'horaires*, Dr. Soc. 2001, p. 7
- Auto-licenciement : dérives et revirement*, Dr. Soc. 2003, p. 817



- Vie professionnelle et vies personnelles*, Dr. Soc. 2004, p. 5
- Temps professionnel et temps personnels*, Dr. Soc. 2004, p. 58
- L'auto-licenciement nul du représentant du personnel*, Dr. Soc. 2006, p. 815
- La démission est morte : vive l'autorupture !*, LSM 09/ 2007, p. 66
- De l'interférence vie personnelle / vie professionnelle*, Sem. Soc. Lamy, 9 février 2009, n°1386

Renaux-Personnic, V.

- De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs*, RJS 2001, p. 99

Revet, T.

- L'objet du contrat de travail*, Dr. Soc. 1992, p. 859

Roumier, W.

- Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS février 2003, p. 4

Rozenblatt, P.

- Travail et apories du pouvoir patronal, un regard sociologique*, in *Le pouvoir de l'employeur*, dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008

Saada, R.

- Santé au travail : vaincre l'isolement*, Dr. Ouv. 2009, p. 200

Sabatte, M.

- La rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié à l'épreuve de la jurisprudence*, Dr. Ouv. 2005, p. 533

Sachs, T.

- Prise d'acte et licenciement*, in *variations autour de la prise d'acte*, RDT 2007, p. 161

Sandret, N.

- Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances* », in *à quoi sert l'évaluation des salariés ?*, dir. A. Jeammaud, RDT 2008, p. 498
- Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail*, Dr. Ouv. 2001, p. 11

Sargos, P.

- L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit*, JCP S 2006, 1278

Savatier, J.

- La réduction du salaire : inexécution ou modification unilatérale du contrat de travail ?* Dr. Soc. 1986, p. 867
- La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, Dr. Soc. 1986, p. 890



-*Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*, Dr. Soc. 1988, p. 135

-*La liberté dans le travail*, Dr. Soc. 1990, p. 49

-*La protection de la vie privée des salariés*, Dr. Soc. 1992, p. 329

-*Champ d'application du droit de retrait d'une situation dangereuse*, Dr. Soc. 1996, p. 684

Singer, G.

-*La prise d'acte des salariés protégés*, Cahier Lamy du CE, 2008, n°76, p. 11

Souriac, M-A.

-*Pouvoir et convention collective*, in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, dir. J. Pelissier, Dalloz, coll thèmes et commentaires, 2002

Supiot, A.

-*La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. Soc. 1192, p. 215

-*Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. Soc. 2000, p. 131

Teyssié, B.

-*La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise*, Dr. Soc. 1986, p. 852

-*Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. Soc. 1988, p. 374

-*L'entreprise et le droit du travail*, Archives Philosophiques du Droit 1997, T 41, p. 355

-*L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, D. 2004, 1682

-*Sur la sécurité dans l'entreprise*, Dr. Soc. 2007, p. 671

Tissot, O.

-*Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié*, Dr. Soc. 1995, p. 972

Vatinet, R.

-*Grève en réponse à un manquement commis par l'employeur après l'adoption d'un plan de redressement*, JCP S 2006, 648

Vélot, F.

-*Clause de révision*, Sem. Soc. Lamy, 4 septembre 2000, n°993

Véricel, M.

-*Le formalisme dans le contrat de travail*, Dr. Soc. 1993, p. 818

-*La contractualisation des avantages nés de normes d'entreprise atypiques*, Dr. Soc. 2000, p. 833

Verkindt, P-Y.

-*Le contrat de travail, modèle ou anti modèle du droit civil des contrats ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003

-*Démission et prise d'acte de la rupture par le salarié*, JCP S 2006, 1356

-*Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail*, JCP S 2006, 1948



- Prise d'acte de la rupture, résiliation judiciaire et licenciement : la Cour de cassation poursuit le travail de mise en ordre*, JCP S 2007, 1172
- Résiliation judiciaire du contrat et date de la rupture*, JCP S 2007, 1490.
- Santé au travail : l'ère de la maturité*, Jurisp. Soc. Lamy 2008, n°239, p. 3
- Santé au travail vs pouvoir de direction : un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise* Dr. Soc. 2008, p. 520
- Un nouveau droit des conditions de travail*, Dr. Soc. 2008, p. 634
- Avoir raison en matière de droit de retrait n'est pas sans risque mais la Cour de cassation veille*, JCP S 2009, 1226
- L'évaluation du salarié sous le regard du juge*, Dr. Soc. 2009, p. 48
- Modestes variations sur la rémunération des cadres*, JCP S 2011, 1209

Vernac, S.

- L'évaluation des salariés en droit du travail*, D 2005, p. 924
- Prise d'acte et démission équivoque, in variations autour de la prise d'acte*, RDT 2007, p. 160

Vial, C.

- Travail et droit à un environnement sain*, Dr. Ouv. 2011, p. 28

Vigneau, C.

- L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. 2004, p. 706
- Le rattachement de faits de la vie personnelle à la vie professionnelle : la Cour de cassation persiste et signe*, C. Vigneau, Dr. Soc. 2008, p. 818
- Contrat et individualisation dans la relation de travail*, Dr. Ouv. 2009, p. 175

Waquet, P.

- La réintégration du salarié gréviste illégalement licencié*, Dr. Soc. 1991, p. 60
- L'indemnisation des grévistes contraints de recourir à la grève par suite d'un manquement de l'employeur à ses obligations*, Dr. Soc. 1991, p. 315
- Contrat de travail et statut collectif*, RJS 1994, p. 399
- Du nouveau et des précisions sur la dénonciation par l'employeur d'un usage d'entreprise ou d'un engagement unilatéral*, Sem Soc Lamy, 26 février 1996, n°781
- La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 1996, p. 791
- Droit disciplinaire et modification du contrat de travail*, Rapp., Dr. Soc. 1998, p. 803
- En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié*, Dr. Soc. 1998, p. 963
- Le renouveau du contrat de travail*, RJS 1999, p. 383
- La modification du contrat de travail : à propos d'un tournant dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, CSBP n°47, p. 57
- Le temps de repos*, Dr. Soc. 2000, p. 288
- Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, Dr. Soc. 2000, p. 1051
- Les clauses de variabilité*, Liaisons Sociales Magazine, 12/2000, p. 64
- Les objectifs*, Dr. Soc. 2001, p. 120
- L'évaluation des salariés*, Sem. Soc. Lamy 2003, n°1126, p. 7



- La vie personnelle du salarié*, Dr. Soc. 2004, p. 23
- Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement*, RJS 2004, p. 675
- Coup de vent sur la jurisprudence Perrier*, RJS 2005, p. 419
- Variations sur le thème de la modification du contrat de travail*, Dr. Ouv. 2007, p. 175
- Réflexions sur la démission et la prise d'acte dans le contrat de travail à durée indéterminée*, RJS 2007, p. 903
- Trouble objectif : le retour à la case départ*, Sem Soc Lamy 4 juin 2007, n°1310
- Libertés et contrat de travail*, RJS 2009, p. 347

Willems, J-P.

- La loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, JCP S 2009, 1543



Index

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Affectation (pouvoir d')

Variabilité des tâches : 86 s.

Variabilité excessive : 90 s.

Astreinte : voir *temps contraints*

B

Bonne Foi

Atteinte : voir *manquement patronal*

Notion : 341

Limite transversale : 342

C

Cadence : voir *rythme de travail*

Capacité d'influence

Notion : 3

Portée : 46 s.

Rapports avec le pouvoir : 46 s.

Clause de mobilité : voir *mobilité*

Clause de variation : voir *variation*

Critères comportementaux : voir *évaluation*

D

Déséquilibre de la relation de travail

Constat : 1 s.

Correctifs : 6 s.

Dignité

Atteinte : voir *manquement patronal*

Droit contractuel : 318

Limite effective du pouvoir : 319

Limite transversale : 321 s.

Intention de nuire (indifférence) : 320

Opposabilité aux prérogatives de direction « des personnes » : 327 s.

Opposabilité aux prérogatives de direction économique : 338 s.

Opposabilité aux prérogatives de direction « technique » : 322 s.

Opposabilité aux prérogatives disciplinaires : 334 s.

Droit de retrait

Justification : 416

Forme d'exception d'inexécution : 417 s.

Notion : 415

Durée du travail

Caractère impératif : 107 s.

Forfait en jours : 114 s.

Heures supplémentaires : 148 s.

Intangibilité : 144 s.

Temps contraints : 122 s.

Temps décomptés : 119

Temps libre : 120 s.

Travail à la mission (illicéité) : 111 s.

E

Emploi : voir *prestation de travail*



Evaluation :

Critères comportementaux : 253 s.

Notation : 258 s.

Pouvoir patronal (droit positif) : 249

Prévisions contractuelles : 250 s.

Santé - sécurité et dignité: 330

Techniques d'évaluation : 255 s.

Exception d'inexécution collective

Licéité : 411

Justification

-Conditions : *voir manquement patronal*

-Typologie des justifications : *voir manquement patronal*

Maintien du salaire : 412

Mécanisme : 410

Nature : 411

Exception d'inexécution individuelle

Droit positif : 421, 422

Faiblesses : 424

Justification

-Conditions : *voir manquement patronal*

-Typologie des justifications : *voir manquement patronal*

Nature – pouvoir d'initiative : 423

F

Faute patronale : *voir manquement patronal*

Filature : *voir surveillance*

Fondement du pouvoir

Fondement contractuel : 33 s.

Fondement institutionnel (absence de) : 52 s.

Fondement légal (absence de) : 55 s.

Fondement supra-légal (absence de) : 59

Force de travail : 23 s.

Force obligatoire (contrat) : 144 s., 293 s., 364 s.

Forfait en jours : *voir durée du travail*

Formalisme du CDI

Droit de l'Union européenne : 401

Opportunité d'un formalisme : 399 s.

Fouille : *voir surveillance*

G

Géolocalisation : *voir surveillance*

Grève : *voir exception d'inexécution collective*

H

Habilitation contractuelle

Dépassement

-prérogative non concédée : 501 s.

-usage défaillant : 504 s.

Opération d'habilitation : 34 s.

Manifestations disciplinaires du pouvoir : 41s.

Manifestations réglementaires du pouvoir : 44 s.

Habillage et déshabillage (temps d') :

Contrepartie : 130

Qualification : *voir temps contraints*

Heures supplémentaires : 148 s.

Horaires de travail

Accord contractuel : 159 s.

Contractualisation expresse : 181 s.

Dispositifs collectifs : 187 s.

Fixation unilatérale : 165 s.

Modification de l'horaire quotidien : 170 s.

Modification de l'horaire hebdomadaire : 174 s.

Objet de l'obligation (salarié) : 157 s.



I

Institution (théorie de l') : 52 s.

Intégrité du contrat

Atteinte : voir *manquement patronal*

Clause de variation : 298 s.

Limite transversale : 295 s.

Modification unilatérale (illicéité) : 294

-Usage d'une prérogative non concédée : 501 s.

-Usage défaillant d'une prérogative : 504 s.

-Vie personnelle (atteinte à la) : 510

Mobilité (clause de)

Illicéité : 216

Régime : 213 s.

Modification du contrat : voir *intégrité du contrat*

L

Lieu de travail

Accord contractuel : 195 s.

Affectation temporaire : 208 s.

Mobilité (clause de) : voir *mobilité*

Objet de l'obligation (salarié) : 193

Secteur géographique : 200 s.

Locaux et environnement de travail :

Pouvoir patronal (droit positif) : 225

Prévisions contractuelles : 226

Santé - sécurité et dignité : 322

N

Nature du travail : voir *prestation de travail*

O

Objet de l'obligation (salarié)

Force de travail (non) : 23 s.

Personne du salarié (non) : 29 s.

Prestation de travail : 21 s.

Subordination : 26 s.

M

Manquement patronal

Condition de justification des pouvoirs d'initiatives :

-Gravité : 480 s.

-Imputabilité : 470 s.

-Preuve : 467 s.

-Réalité : 464 s.

Notion- distinction avec la notion de grief : 434

Typologie des justifications des pouvoirs d'initiatives :

-Bonne foi (manquement à la) : 514 s.

-Dignité (atteinte à la) : 513

-Intégrité du contrat (atteinte à l') : 495 s., 510, 520.

-Santé (atteinte à la) : 511-512.

-Salaire : 515 s.

-Sphère de subordination (atteinte à la) : 495 s.

Objectifs

Pouvoir patronal (droit positif) : 242

Prévisions contractuelles : 243 s.

Santé - sécurité et dignité : 329

Organigramme :

Pouvoir patronal (droit positif) : 233

Prévisions contractuelles : 234

Santé - sécurité et dignité : 326

Outils de travail :

Pouvoir patronal (droit positif) : 227

Prévisions contractuelles : 228

Santé - sécurité et dignité : 323

P

Pauses subordonnées : voir *temps contraints*



Polyvalence

Notion : 80 s.

Nullité : 82 s.

Poste de travail

Pouvoir patronal (droit positif) : 239

Prévisions contractuelles : 240

Santé - sécurité et dignité : 328

Pouvoir contractuel

Concession : *voir habilitation contractuelle*

Contenu : *voir prérogatives de direction technique, prérogatives de direction des personnes, prérogatives disciplinaires, prérogatives économiques.*

Finalité : 220 s.

Limites générales : *voir intégrité du contrat, vie personnelle, santé, dignité, bonne foi.*

Pouvoir de fait : *voir capacité d'influence*

Pouvoir d'initiative du salarié :

Cantonement : 523-524.

Exception d'inexécution collective : 410 s.

Exception d'inexécution individuelle : 413 s.

Justification : *voir manquement patronal*

Prise d'acte : 426 s.

Rejet de la subordination : 526 s.

Rééquilibrage du contrat de travail : 528 s.

Pouvoir juridique

Notion : 10

Concession : *voir habilitation contractuelle.*

Prérogatives de direction technique

Locaux et environnement de travail : 225 s.

Organigramme : 233 s.

Outils de travail : 227 s.

Procédés de fabrication : 229 s.

Rythme de travail : 231 s.

Prérogatives de direction des personnes

Evaluation : 249 s.

Objectifs : 242 s.

Poste de travail : 239 s.

Surveillance : 261 s.

Tâches : 86 s., 237 s.

Tenue vestimentaire : 270 s.

Prérogatives disciplinaires

Echelle des sanctions : 284

Opportunité de l'usage : 285

Qualification : 283

Santé - sécurité et dignité : 334 s.

Prérogatives de direction économique

Détention : 286 s.

Santé - sécurité et dignité : 338 s.

Prise d'acte

Apparition : 428 s.

Cumul de rupture : 443.

Décision souveraine : 440 s.

Définition : 432.

Indemnisation : 455

Formalisme (absence de) : 435.

Griefs (énoncé) : 435.

Griefs (existence) : 434.

Immédiateté de la rupture : 444 s.

Justification

-Conditions : *voir manquement patronal*

-Typologie des justifications : *voir manquement patronal*

Limites du litige : 435.

Nature disciplinaire : 451 s.

Périmètre : 436, 437.

Préavis : 447.

Volonté de rompre (exigence d'une) : 433.



Procédés de fabrication

Pouvoir patronal (droit positif) : 229
Prévisions contractuelles : 230
Santé - sécurité et dignité : 324
Travail prescrit – travail réel : 230

Prestation de travail

Description : 75 s.
Nature du travail (détermination de la) : 67 s.
Objet de l'obligation (salarié) : 21 s.
Qualification : 72 s.
Tâches : *voir affectation, tâches.*

Q

Qualification (emploi) : 72 s.

R

Ranking : 257-1.

Résiliation pour inexécution : *voir prise d'acte*

Responsabilités (modification des)

Promotion : 102
Retrait : 101

Rythme de travail

Pouvoir patronal (droit positif) : 231
Prévisions contractuelles : 232
Santé - sécurité et dignité : 325

S

Salaires

Atteinte : *voir manquement patronal*
Avantage individuel acquis : 374 s.
Convention collective - disparition : 374 s.
Convention collective – modification : 377 s.
Détermination : 358 s.
Frais professionnels : 363

Intangibilité : 364

Nature contractuelle

- Existence : 347 s.
- Montant global : 349 s.
- Structure : 353 s.

Non-incorporation (principe de) : 370

Part variable : 362

Précarité des sources collectives (théorie de la) : 382 s.

Sources collectives : 368 s.

Usage et engagement unilatéral – dénonciation : 383 s.

Santé

Atteinte : *voir manquement patronal*

Droit contractuel : 318

Limite effective du pouvoir : 319

Limite transversale : 321

Intention de nuire (indifférence) : 320

Opposabilité aux prérogatives de direction « des personnes » : 327 s.

Opposabilité aux prérogatives de direction économique : 338 s.

Opposabilité aux prérogatives de direction « technique » : 322 s.

Opposabilité aux prérogatives disciplinaires : 334 s.

Sphère de subordination

Atteinte : *voir manquement patronal*

Contours géographiques : *voir lieu de travail, mobilité.*

Contours matériels : *voir prestation de travail, tâches*

Contours temporels : *voir durée du travail, horaires de travail.*

Notion : 61-1

Subordination

Contrepartie : *voir salaire*

Dénaturation : 404 s.

Mesure : 12, 27

Objet de l'obligation (salarié) : 26

Rapport de pouvoir : 34

Rejet : 526 s.

Sphère : *voir sphère de subordination*



Source : 11, 26

Volume : *voir durée du travail*

Surveillance

Filature : 266

Fouille : 268

Géolocalisation : 266

Pouvoir patronal (droit positif) : 261

Prévisions contractuelles : 263 s.

Santé - sécurité et dignité : 331

Société de sécurité : 265

Vidéosurveillance : 267

T

Tâches

Ajout : 91 s.

Détermination : 67 s.

Enumération : 75 s.

Modification : *voir affectation*

Pouvoir patronal : 86 s., 237 s.

Retrait : 96 s.

Santé - sécurité et dignité : 327

Substitution : 91 s.

Temps contraints

Astreinte : 139 s.

Habillage et déshabillage : 127 s.

Pauses subordonnées : 135 s.

Trajet : 123 s.

Trajets dans l'entreprise : 131 s.

Temps libre : 120 s.

Temps de travail : *voir durée du travail*

Tenue vestimentaire

Pouvoir patronal (droit positif) : 270 s.

Prévisions contractuelles : 272 s.

Temps d'habillage – déshabillage : 127 s.

Santé - sécurité et dignité : 332

Trajets : *voir temps contraints*

U

Usage et engagement unilatéral

Augmentation de salaire : 386

Indétermination du salaire : 388

Instabilité : 383

Prime : 384

Salaire de base : 385

Vice du consentement : 389 s.

V

Variation (clause de)

Clause abusive : 302 s.

Indétermination des obligations : 299 s.

Notion : 298

Opportunité (absence d') : 305

Position jurisprudentielle : 304

Vidéosurveillance : *voir surveillance*

Vie personnelle

Atteinte : *voir manquement patronal*

Autonomie : 312 s.

Immunité : 309



Table des matières

Liste des principales abréviations	4
Sommaire	7
Introduction	8
Partie 1. L'institution contractuelle de la subordination	25
Titre 1. La source de la subordination	26
Chapitre 1. La subordination, objet de l'obligation du salarié	27
Section 1. L'objet de l'obligation du salarié	28
<i>Sous – section 1. Une prestation de travail</i>	29
<i>Sous – section 2. Une prestation de travail subordonnée</i>	34
Section 2. La place de la personne du salarié	36
Chapitre 2. La subordination, prérogative de l'employeur	40
Section 1. La concession à l'employeur d'un pouvoir contractuel	40
<i>Sous – section 1. Habilitation contractuelle de l'employeur</i>	40
§1. L'opération d'habilitation	41
§2. L'absence de spécificité des manifestations disciplinaires et réglementaires du pouvoir de l'employeur.....	47
I. L'habilitation contractuelle de l'employeur à l'exercice du pouvoir dans ses manifestations disciplinaires	47
II. L'habilitation contractuelle de l'employeur à l'exercice du pouvoir dans ses manifestations réglementaires.....	50
<i>Sous – section 2. Habilitation contractuelle et capacité d'influence de l'employeur</i>	51
Section 2. Le refus à l'employeur d'un pouvoir extra-contractuel	54
<i>Sous – section 1. L'absence de fondement institutionnel</i>	55
<i>Sous – section 2. L'absence de fondement légal</i>	57
<i>Sous – section 3. L'absence de fondement supra – légal</i>	61



Titre 2. La détermination de la subordination	63
Chapitre 1. Identification d'une sphère de subordination	65
Section 1. Les contours matériels de la sphère de subordination	67
<i>Sous-section 1. La détermination de la nature du travail</i>	67
§1. Identification d'une prestation de travail cohérente.....	68
I. Recherche de l'identification de la nature du travail.....	68
II. Modes d'identification de la nature du travail.....	70
A. Définition de la finalité de l'emploi.....	70
B. Qualification de l'emploi.....	71
C. Description de l'emploi.....	73
D. Combinaison des techniques d'identification.....	75
§2. Non-identification d'une prestation de travail cohérente.....	79
<i>Sous-section 2. La variabilité déterminable du travail</i>	84
§1. Pouvoir d'affectation de l'employeur.....	84
§2. Variation excessive des tâches.....	86
I. Ajout ou substitution de tâches nouvelles.....	87
II. Retrait d'une tâche caractéristique.....	91
III. Modification du niveau de responsabilité.....	95
Section 2. Les contours temporels de la sphère de subordination	98
<i>Sous-section 1. La durée du travail, volume de subordination due</i>	99
§1. La répartition quantitative des temps.....	99
I. La mesure du temps concédé.....	100
A. La durée du travail, mode exclusif de mesure du temps.....	100
1. Nécessité d'une durée du travail.....	100
2. Illicéité du travail à la mission.....	102
3. Admission légale du travail à la mission.....	104
B. Les temps décomptés de la durée du travail.....	108
II. La mesure du temps libre.....	109
III. La persistance du temps contraint.....	110
A. Les temps contraints non subordonnés.....	111
B. Les temps contraints subordonnés.....	112
1. Temps d'habillage et de déshabillage.....	113
2. Temps de trajet dans l'entreprise.....	118
3. Temps de pauses subordonnées.....	121
4. Périodes d'astreinte.....	125
§2. La portée des stipulations contractuelles.....	127
I. Résistance au pouvoir de l'employeur.....	128
II. Atteinte aux prévisions contractuelles.....	133
<i>Sous-section 2. Les horaires de travail, période de subordination due</i>	141
§1. Reconnaissance de la nature contractuelle des horaires de travail.....	141
I. Les horaires de travail, composante de l'objet de l'obligation du salarié.....	141
II. Le systématique accord de volontés sur les horaires de travail.....	143
§2. Implications de la nature contractuelle des horaires de travail.....	145
§3. Atteintes à la nature contractuelle des horaires de travail.....	147
I. La faculté patronale de fixation unilatérale des horaires.....	147
II. La faculté patronale de modification unilatérale des horaires.....	148
A. La modification unilatérale des horaires : droit positif.....	149
1. Le pouvoir de l'employeur.....	149



a. Modification de l'horaire quotidien.....	150
b. Modification de la répartition hebdomadaire du travail.....	154
2. La restriction du pouvoir patronal par l'effet d'une contractualisation expresse des horaires.....	159
B. La modification des horaires : droit prospectif.....	163
III. La faculté négociée d'aménagement collectif des horaires.....	167
Section 3. Les contours géographiques de la sphère de subordination.....	173
<i>Sous-section 1. Reconnaissance de la nature contractuelle du lieu de travail.....</i>	<i>173</i>
§1. Le lieu de travail, composante de l'objet de l'obligation du salarié.....	173
§2. Le systématique accord de volontés sur le lieu de travail	175
<i>Sous-section 2. Atteintes à la nature contractuelle du lieu de travail.....</i>	<i>177</i>
§1. Le « secteur géographique »	177
I. La substitution d'un « secteur géographique » au lieu précis défini par le contrat, première dénaturation de la volonté des parties	177
II. L'impuissance de la clause relative au lieu de travail à exclure la notion de « secteur géographique », deuxième dénaturation de la volonté des parties.....	181
§2. Le changement temporaire d'affectation	185
§3. La clause de mobilité	190
Chapitre 2. Mesure du pouvoir exercé dans la sphère de subordination.....	200
<i>Section Préliminaire. Un pouvoir finalisé : la mise en œuvre des prévisions contractuelles.....</i>	<i>201</i>
<i>Section 1. Identification des prérogatives patronales issues du pouvoir contractuel ..</i>	<i>203</i>
<i>Sous-section 1. Des prérogatives de direction « technique »</i>	<i>204</i>
§1. Organisation des locaux et de l'environnement de travail	205
§2. Choix des outils de travail.....	206
§3. Définition des procédés de fabrication	206
§4. Détermination du rythme de travail	208
§5. Elaboration de l'organigramme	210
<i>Sous-section 2. Des prérogatives de direction « des personnes »</i>	<i>212</i>
§1. Attribution des tâches.....	212
§2. Affectation à un poste de travail	213
§3. Fixation des objectifs.....	215
I. Droit positif : la reconnaissance d'une prérogative patronale de fixation des objectifs	215
II. Prévisions des parties : une prérogative de fixation des objectifs encadrée	216
§4. Evaluation du salarié	218
I. Droit positif : la reconnaissance d'une prérogative patronale d'évaluation.....	219
II. Prévisions des parties : une prérogative d'évaluation strictement entendue	221
A. Accord quant à l'appréciation informelle du travail.....	221
B. Accord réservé quant à la mise en œuvre de procédures d'évaluation.....	221
1. Réserves relatives aux objets d'évaluation.....	222
2. Réserves relatives aux techniques d'évaluation.....	225
3. Réserves relatives à la notation	226
§5. Surveillance du salarié.....	229
I. Droit positif : une prérogative patronale de surveillance conçue extensivement.....	229
II. Prévisions des parties : une prérogative patronale de surveillance conçue restrictivement.....	231
	495



§6. Tenue vestimentaire	235
I. Droit positif : la reconnaissance d'une prérogative patronale nuancée	235
II. Prévisions des parties : une prérogative patronale conçue restrictivement	237
§7. Horaires et lieu de travail	243
<i>Sous-section 3. Des prérogatives disciplinaires</i>	<i>245</i>
<i>Sous-section 4. Des prérogatives de direction économique</i>	<i>249</i>
Section 2. Identification des limites générales d'exercice des prérogatives patronales issues du pouvoir contractuel	253
<i>Sous-section 1. L'exigence de respect de la finalité du pouvoir</i>	<i>253</i>
§1. Le respect de l'intégrité du contrat de travail	253
I. Absence d'habilitation contractuelle implicite de l'employeur à une modification unilatérale du contrat	254
II. Absence d'habilitation contractuelle expresse de l'employeur à une modification unilatérale du contrat	258
A. Nullité des clauses de variation sur le fondement de l'exigence de détermination de l'objet de l'obligation du salarié	258
B. Nullité des clauses de variation en tant que produits du pouvoir de fait de l'employeur	261
§2. Le respect de la vie personnelle du salarié	268
I. Absence d'habilitation de l'employeur à une prise en compte de faits tirés de la vie personnelle du salarié	270
II. Absence d'habilitation de l'employeur à l'émission de directives influant sur la vie personnelle du salarié	273
<i>Sous-section 2. L'exigence de respect de la personne du salarié</i>	<i>276</i>
§1. Droit contractuel du salarié au respect de sa santé et de sa dignité	277
§2. Une limite transversale : opposabilité à toutes les prérogatives de l'employeur	283
I. Opposabilité du droit à la sécurité et à la dignité aux prérogatives de direction « technique »	284
II. Opposabilité du droit à la sécurité et à la dignité aux prérogatives de direction « des personnes »	290
III. Opposabilité du droit à la sécurité et à la dignité aux prérogatives disciplinaire	296
IV. Opposabilité du droit à la sécurité et à la dignité aux prérogatives de direction économique	297
<i>Sous-section 3. L'exigence de bonne foi dans l'exercice du pouvoir</i>	<i>298</i>
Titre 3. La contrepartie de la subordination	303
Chapitre 1. Le salaire, un élément nécessairement contractuel	304
Section 1. Caractérisation de la nature contractuelle du salaire	304
<i>Sous – section 1. Un accord de volontés sur l'existence du salaire</i>	<i>304</i>
<i>Sous – section 2. Un accord de volontés sur le montant global du salaire</i>	<i>306</i>
<i>Sous – section 3. Un accord de volontés sur la structure du salaire</i>	<i>310</i>
Section 2. Implications de la nature contractuelle du salaire	313
<i>Sous – section 1. Détermination du salaire</i>	<i>313</i>
§1. Fondement de l'exigence de détermination du salaire	314
§2. Conséquences de l'exigence de détermination du salaire	316
<i>Sous – section 2. Intangibilité du salaire</i>	<i>320</i>



Chapitre 2. Les atteintes au caractère nécessairement contractuel du salaire	325
Section 1. Présence d'éléments de salaire issus de sources collectives	325
Section 2. Précarité des éléments de salaire issus de sources collectives	329
<i>Sous – section 1. Précarité nuancée des éléments de salaire issus d'une convention ou d'un accord collectif</i>	330
§1. Conséquences sur le salaire de la disparition de la convention ou de l'accord collectif	330
§2. Conséquences sur le salaire de la modification de la convention ou de l'accord collectif	332
<i>Sous – section 2. Précarité accentuée des éléments de salaire issus d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur</i>	336
§1. La théorie de la précarité des éléments de salaire issus d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur	336
§2. La méconnaissance des attentes légitimes du salarié contractant	342
Conclusion de la première partie	349
Partie 2. L'exclusion contractuelle de la subordination	356
Titre 1. Identification des pouvoirs contractuels d'initiative du salarié	359
Chapitre 1. Le pouvoir de suspension de la subordination	360
Section 1. L'exception d'inexécution exercée collectivement	361
Section 2. L'exception d'inexécution exercée individuellement	365
<i>Sous-section 1. Le droit de retrait, cas légal d'exception d'inexécution</i>	365
§1. Le mécanisme légal du droit de retrait	365
§2. Le droit de retrait, forme d'exception d'inexécution	368
<i>Sous-section 2. Le recours à l'exception d'inexécution de droit commun</i>	371
Chapitre 2. Le pouvoir de rupture de la subordination	378
Section 1. Reconnaissance de la prise d'acte	378
<i>Sous-section 1. Apparition de la prise d'acte</i>	378
<i>Sous-section 2. Conditions de la prise d'acte</i>	380
<i>Sous-section 3. Périmètre de la prise d'acte</i>	384
Section 2. Nature de la prise d'acte	385
<i>Sous-section 1. Une prérogative de rupture du contrat</i>	385
§1. Une décision souveraine	386
§2. Une rupture immédiate	390
I. Rupture du contrat à la date de notification	390
II. Rupture du contrat pouvant survenir sans préavis	392
§3. Une rupture « disciplinaire »	396
<i>Sous-section 2. Une sauvegarde des droits du salarié</i>	399



Titre 2. Régime des pouvoirs contractuels d'initiative du salarié.....	404
Chapitre 1. Identité des manquements patronaux justifiant la réaction du salarié	405
<i>Section 1. Des manquements établis de l'employeur.....</i>	405
<i>Sous-section 1. Réalité des manquements.....</i>	<i>405</i>
<i>Sous-section 2. Preuve des manquements.....</i>	<i>408</i>
<i>Sous-section 3. Imputabilité des manquements.....</i>	<i>409</i>
§1. Manquement personnel de l'employeur.....	409
§2. Manquement du préposé délégataire d'autorité.....	410
§3. Comportement violent de tout salarié	411
§4. Manquement dans le cadre d'une mise à disposition	412
<i>Section 2. Des manquements présentant une certaine gravité.....</i>	413
<i>Sous-section 1. Diversité des exigences de gravité.....</i>	<i>414</i>
§1. L'exigence de gravité en matière de prise d'acte	414
§2. L'exigence de gravité en matière d'exception d'inexécution sous forme de grève.....	417
§3. L'exigence de gravité en matière d'exception d'inexécution de droit commun.....	420
§4. L'exigence de gravité en matière de droit de retrait	422
<i>Sous-section 2. Constance de l'exigence de gravité.....</i>	<i>422</i>
§1. Les manquements tenant à une atteinte à la sphère de subordination.....	423
§2. Les manquements tenant au dépassement des termes de l'habilitation à l'exercice d'un pouvoir	428
I. Usage de fait par l'employeur d'une prérogative non concédée.....	428
II. Usage défaillant d'une prérogative concédée.	430
III. Méconnaissance des limites générales du pouvoir.	433
A. Méconnaissance de l'exigence de respect de la finalité du pouvoir.....	434
B. Méconnaissance de l'exigence de respect de la personne du salarié	434
C. Méconnaissance de l'obligation de bonne foi	438
§3. Les manquements en matière de salaire.....	440
<i>Sous section 3. Le cantonnement de l'initiative du salarié.....</i>	<i>446</i>
Chapitre 2. Le rejet de la subordination par le salarié	448
<i>Section 1. Une spécificité des pouvoirs d'initiative du salarié.....</i>	448
<i>Section 2. Un rééquilibrage juridique du contrat de travail.....</i>	452
<i>Sous-section 1. L'évolution de la notion de pouvoir au sein du contrat de travail.....</i>	<i>452</i>
<i>Sous-section 2. La primauté du statut de contractant sur le statut de « subordonné »</i>	<i>454</i>
Conclusion de la deuxième partie.....	455
Conclusion générale	457
Annexe.....	459
Bibliographie.....	467
Index.....	487
Table des matières.....	493
	498



Vu : Le Président du jury

M.

Vu : Les membres du jury

M.

M.

M.

Vu et permis d'imprimer : Le Président de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Droit – Economie – Sciences sociales

Monsieur Louis Vogel



RESUME

Le contrat de travail fonde la relation de travail et institue le rapport de subordination qui se concrétise par la concession d'un pouvoir à l'employeur. C'est donc aux parties qu'il revient de définir l'étendue, le domaine et les limites du pouvoir patronal. Le salarié ne consent qu'à une subordination strictement définie et encadrée par le contrat. Une analyse objective de la volonté implicite des contractants, au regard de leurs attentes légitimes et de la finalité du pouvoir institué, et à la lumière des exigences du droit commun des contrats (notamment l'exigence de détermination de l'objet des obligations) et des droits fondamentaux (en premier lieu le droit à la protection de la santé) permet d'identifier leurs droits et obligations réciproques : quelles sont les prérogatives que l'employeur est habilité à exercer ? Quelles sont les données du rapport d'emploi qui ne peuvent être remises en cause unilatéralement ? Par ailleurs, le salarié tire du contrat plusieurs pouvoirs d'initiative (exception d'inexécution, prise d'acte) lui permettant de réagir à un manquement de l'employeur. Ceux-ci concourent à l'effectivité des prévisions contractuelles et témoignent d'une réhabilitation du salarié en tant que contractant : contractant subordonné, certes, mais contractant à part entière avant tout.

MOTS CLES : Contrat – Détermination des obligations – Exception d'inexécution – Pouvoir – Prise d'acte – Subordination

SUMMARY

The employment agreement establishes the work relationship and institutes the relation of subordination which is reflected by a grant of power to the employer. It is thus up to the parties to define the extent, scope and limits of the employer's authority. The employee only consents to a subordination strictly defined and controlled by the contract. An objective analysis of the implicit will of the contracting parties, with regard to their legitimate expectations and the finality of the authority instituted, and in light of requirements of contract law (notably the requirement to determine the object of obligations) and fundamental rights (primarily the right to health protection) enables to identify their mutual rights and obligations: which prerogatives the employer is entitled to exercise ? Which elements of the employment relationship cannot be altered unilaterally ? Besides, there are several powers of initiatives which the employee derives from the contract (exception of non-performance, constructive dismissal) allowing the employee to react to a breach by the employer. These contribute to the effectiveness of the contractual provisions and reflect a reinstatement of the employee as contractor : a subordinate contracting party, certainly, but a contracting party in its own right first and foremost.

KEYWORDS : Contract - Determination of obligations – Exception of non-performance - Power – Constructive dismissal - Subordination