

**ÉCOLE DOCTORALE
SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ**

CRJ POTHIER

THÈSE présentée par :
Mathilde SCAGLIA

Soutenue le : **13 Novembre 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**

Discipline/ Spécialité : **Droit privé**

Contrat de travail et sources du droit

THÈSE dirigée par :

M. Nicolas MOIZARD

Professeur, Université de Strasbourg

Mme Aline CHEYNET DE BEAUPRÉ

Professeur, Université d'Orléans

RAPPORTEURS :

Mme Sylvaine LAULOM

Professeur, Université Jean Monnet, Saint-Etienne

M. Jérôme PORTA

Professeur, Université de Bordeaux (Bordeaux IV)

JURY :

Mme Aline CHEYNET DE BEAUPRÉ

Professeur, Université d'Orléans

M. Emeric JEANSEN

Maître de conférences, Université
Panthéon Assas (Paris 2)

Mme Sylvaine LAULOM

Professeur, Université Jean Monnet,
Saint-Etienne

M. Nicolas MOIZARD

Professeur, Université de Strasbourg

M. Jérôme PORTA

Professeur, Université de Bordeaux
(Bordeaux IV)

M. Pierre-Yves VERKINDT

Professeur, Université de Paris
Panthéon Sorbonne (Paris 1)

**ÉCOLE DOCTORALE
SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ**

CRJ POTHIER

THÈSE présentée par :
Mathilde SCAGLIA

Soutenue le : **13 Novembre 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**

Discipline/ Spécialité : **Droit privé**

Contrat de travail et sources du droit

THÈSE dirigée par :

M. Nicolas MOIZARD

Professeur, Université de Strasbourg

Mme Aline CHEYNET DE BEAUPRÉ

Professeur, Université d'Orléans

RAPPORTEURS :

Mme Sylvaine LAULOM

Professeur, Université Jean Monnet, Saint-Etienne

M. Jérôme PORTA

Professeur, Université de Bordeaux (Bordeaux IV)

JURY :

Mme Aline CHEYNET DE BEAUPRÉ

Professeur, Université d'Orléans

M. Emeric JEANSEN

Maître de conférences, Université
Panthéon Assas (Paris 2)

Mme Sylvaine LAULOM

Professeur, Université Jean Monnet,
Saint-Etienne

M. Nicolas MOIZARD

Professeur, Université de Strasbourg

M. Jérôme PORTA

Professeur, Université de Bordeaux
(Bordeaux IV)

M. Pierre-Yves VERKINDT

Professeur, Université de Paris
Panthéon Sorbonne (Paris 1)

L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce document. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Remerciements

Merci au Professeur Nicolas MOIZARD de m'avoir dirigée et accompagnée tout au long de ces travaux de recherche. Sa disponibilité et ses conseils me furent précieux.

Je tiens à adresser mes très sincères et respectueux remerciements au Professeur Aline CHEYNET de BEAUPRÉ qui a accompagné cette thèse de ses conseils et observations nécessaires à son aboutissement.

Je tiens à remercier les membres de mon jury d'avoir accepté de participer à ma soutenance de thèse.

Je tiens enfin à remercier tous ceux qui m'ont portée par leur présence, leur écoute, leur soutien et leur confiance. Ils se reconnaîtront.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- A-

Act. : Actualité
Adde : ajout
AJDA : Actualité juridique de droit
administratif
al. : alinéa
APD : Archives de philosophie du droit
art. : article
Ass. Plén : Assemblée Plénière

-B-

Bull.: Bulletin des arrêts de la Cour de
Cassation

-C-

CA: Cour d'Appel
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Cour Européenne des Droits de
l'Homme
Chron. : chronique
CJCE : Cour de Justice des Communautés
Européennes
CJUE : Cour de Justice de l'Union
Européenne
C. civ. : Code civil
C. trav. : Code du travail
Cf. : Confère
Ch. : Chambre
Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de
Cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la
Cour de cassation
Cass. crim. : Chambre criminelle de la
Cour de Cassation
Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de
Cassation
Coll. : collection
Comm. : Commentaire
Concl. : Conclusions
Contra : contrairement

-D-

D.: Dalloz
DC. : Dalloz critique (de 1941 à 1944)
DH. : Dalloz (de 1924 à 1940)
dir. : sous la direction de
Doct. : Doctrine
Dr. social : Droit social
Dr. ouvrier : Droit ouvrier

-E-

éd : édition
égal. : également

-F-

fasc: fascicule

-G-

GADT : Grands arrêts du droit du travail
GAJA: Grands arrêts de la jurisprudence
administrative

GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile

-I-

ibid: ibidem (cité à la référence précédente)

infra : au-dessous de

IR : Informations rapides

-J-

JCP: Juris-Classeur Périodiques (Semaine Juridique)

JP. : Jurisprudence

JO : Journal officiel de la République Française

JSL : Jurisprudence sociale Lamy

-L-

LPA.: Les petites affiches

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

loc. cit. : loco citato (à l'endroit cité)

-N-

n° : numéro

nbp : Note de bas de page

-O-

Obs.: observations

op. cit. : opere citato (dans l'ouvrage cité)

-P-

p.: page

préc. : précité

PUF : Presses universitaires de France

-R-

Rapp. : rapport

RDT : Revue de droit du travail

Rec. : Recueil

Rev. : Revue

RFDA : Revue française de droit administratif

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RJS : Revue de jurisprudence sociale

RTD. civ. : Revue trimestrielle de droit Civil

-S-

s. : et suivant(e)s

S. : recueil Sirey

Sem. sociale Lamy : Semaine sociale Lamy

Som. : sommaire

spéc. : Spécialement

Supra : au-dessus de

Suppl. : supplément

-T-

t.: tome

TGI : Tribunal de grande instance

TI : Tribunal d'instance

TPS. : Travail et protection sociale

-V-

V.: Voir

SOMMAIRE

Première partie : L'influence des sources du droit sur le contrat de travail

Titre 1 : L'influence des sources classiques sur le contrat de travail

Chapitre 1 : L'influence des sources supranationales sur le contrat de travail

Chapitre 2 : L'influence des sources étatiques sur le contrat de travail

Titre 2 : L'influence des sources spéciales sur le contrat de travail

Chapitre 1 : L'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail

Chapitre 2 : L'influence des pouvoirs de l'employeur sur le contrat de travail

Seconde partie : La résistance du contrat de travail aux sources du droit

Titre 1 : L'effectivité de la résistance du contrat de travail aux sources du droit

Chapitre 1 : Résistance et principe de faveur

Chapitre 2 : Résistance et modification du contrat de travail

Titre 2 : La relativité de la résistance du contrat de travail aux sources du droit

Chapitre 1 : La relative résistance dans l'aménagement du temps de travail

Chapitre 2 : La relative résistance dans la rupture du contrat de travail

INTRODUCTION

« Le second, de diviser chacune des difficultés que
j'examinerais en tant que parcelles qu'il se pourrait,
et qu'il serait requis pour les mieux résoudre »

DESCARTES, *Discours de la méthode*¹

1. Selon Jean ROSTAND, « Un être humain, comme n'importe quel animal ou végétal, reçoit de ses parents un certain héritage substantiel, un certain patrimoine héréditaire »². Mettant l'Homme au centre de la relation contractuelle, le contrat individuel de travail peut être comparé à un individu doté d'un patrimoine génétique héréditaire.

Notion polysémique, le patrimoine, tel qu'employé dans ces développements, est avant tout un « objet de transmission »³ et s'entend tant d'un point de vue juridique, que scientifique ou sociologique. En droit privé, la conception classique de patrimoine a été élaborée au XIXe siècle par AUBRY et RAU selon qui le patrimoine désigne « l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droits »⁴. Toutefois, d'un point de vue scientifique, le patrimoine génétique désigne « à la fois l'ensemble des gènes de chaque individu et l'ensemble des caractéristiques génétiques qui permettent de différencier l'espèce humaine des autres espèces vivantes »⁵ alors que d'un point de vue sociologique, il implique ce qui est hérité du père, « ce que l'on a hérité de ses ascendants »⁶.

2. Dès lors, un individu est composé d'un patrimoine héréditaire de ses ascendants qui est principalement constitué d'influences qui sont majoritairement génétiques ou sociales. À son tour, le contrat de travail possède un patrimoine hérité du droit civil⁷ et du droit du travail : sa forme et son contenu contractuel sont le fruit d'influences provenant de sources du droit international, légal, jurisprudentiel ou encore conventionnel (I). Dès lors, le contrat de

¹ DESCARTES, *Discours de la méthode, Pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, 1637, p. 20.

² J. ROSTAND, *L'Homme*, Paris, Éd. Gallimard, 1962, p. 45.

³ Fl. BELLIVIER, « La génétique », *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 133, 01/01/2005, p. 77

⁴ AUBRY et RAU, *Théorie du patrimoine*, 4^e éd., 1873, p. 229. Cette théorie élaborée à partir de C. civ., art. 2092, « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

⁵ V° *Patrimoine génétique*, in *Le Lamy droit de la santé*, n° 362-13.

⁶ V° *Patrimoine génétique*, in *Le Petit Robert 2014*.

⁷ C. trav., art. L. 1221-1 : « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ».

travail, essence même du contrat *intuitu personae* et disposant d'un patrimoine génétique le différenciant de tout autre contrat (II), s'articule avec les autres sources du droit de façon singulière (III).

I. Les sources du droit

3. La notion de source du droit est problématique, ce qui nécessite d'exposer la complexité de sa nature et de sa dimension⁸.

Du latin *surgere*, la « source » désigne généralement le point d'élévation ou de jaillissement d'une eau souterraine. Elle est l'« endroit où l'on puise »⁹ et par extension, le point de départ, l'origine d'une chose ou encore les « principe, cause, origine »¹⁰.

4. Étendue au droit, « cette métaphore est assez bien choisie car (...) la source n'est pas l'origine de l'eau ; elle est sa manifestation extérieure, le fait perçu et probant, l'élément captable et utilisable. Mais la source suppose une nappe souterraine, parfois inconnue ou mal connue, dont l'existence est pourtant discutable, puisque les sources sans elles n'existeraient pas »¹¹.

Dès lors, du fait de la « polysémie »¹² de l'expression¹³, le thème des sources du droit a longtemps alimenté les débats doctrinaux¹⁴. La banalisation de son utilisation a semé la

⁸ P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et St. RIALS, Puf, 2003, p. 1431 : « Plus qu'une problématique des sources du droit, c'est la notion de source du droit qui est problématique »

⁹ Ph. MALAURIE, « La révolution des sources », Defrénois 2006, p. 1552, spéc. p. 1559, « La source c'est l'eau qui sort de la terre ».

¹⁰ P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, *op. cit.*

¹¹ G. SCALLE, « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Mélanges Fr. GÉNY*, t. III, p. 400.

¹² E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, préface de B. TEYSSIE, Economica, 2008, p. 2.

¹³ V. P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de 'sources du droit' », article précité ; J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit (spéculation sur les sources du droit) », APD, Sirey, 1982, t. 27, p. 5, spéc. p. 6.

confusion dans la compréhension de son sens, à tel point qu'il en devient « équivoque »¹⁵. En droit, les sources sont « les forces créatrices »¹⁶, « le fondement du droit privé »¹⁷, « les points d'émergence de la règle juridique »¹⁸, « des modes d'expression ou, si l'on préfère, des manifestations du droit »¹⁹ ou encore « les fonts d'où surgit le droit, ce qui l'engendre »²⁰.

Dans une acception générale, il s'agit du « produit de l'activité de ceux qui, au départ d'un fondement idéologique et de forces créatrices, s'organisent spécifiquement pour l'élaboration du droit »²¹. Les multiples définitions ont pour écho le dénombrement des sources du droit et dépendent de l'acceptation retenue par chaque auteur²². Leur classification est entourée

¹⁴ V. not. Cl. THOMASSET, J. VANDERLINDEN et Ph. JESTAZ (dir.), *François Gény, mythe et réalités - 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, essai critique, Les Éditions Yvon Blais Inc, 2000 ; Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2015 ; É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1^{ère} éd., 2006 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012 ; J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Introduction au droit*, Dalloz, coll. Université, 14^e éd., 2012 ; Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 10^e éd., 2015 ; P. COURBE, J.-S. BERGÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Mémentos, 14^e éd., 2015 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, 11^e éd., 2015 ; Br. HESS-FALLON, A.-M. SIMON, M. VANBREMEERSH, *Droit civil*, Dalloz, coll. Aide-mémoire Sirey, 11^e éd., 2013. En droit du travail, V. not. B. TEYSSIÉ, *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998 ; Br. HESS-FALLON, A.-M. SIMON, S. MAILLARD-PINON, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Aide mémoire Sirey, 24^e éd., 2015 ; A. COEURET, M. MINE, B. GAURIAU, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Université, 3^e éd., 2013 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, L.G.D.J., coll. Précis Domat, 9^e éd., 2014 ; E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2015 ; Fr. GAUDU, R. VATINET, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours, 4^e éd., 2013 ; E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014 ; B. TEYSSIÉ, J.-Fr. CESARO, A. MARTINON, *Droit du travail - Relations individuelles*, LexisNexis, coll. Les Manuels, 2014.

¹⁵ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 10^e éd., 2015, p. 191, n° 242 : « l'expression de "source du droit", si utilisée et si banale soit-elle, n'en reste pas moins des plus équivoques. La métaphore renvoie à l'existence de points d'émergence de la règle juridique qui révéleraient en même temps ce qui fonde le caractère obligatoire de celle-ci. Et l'incertitude s'introduit aussitôt dans les esprits entre ce qui révèle la règle de droit et ce qui la fonde. D'où le risque de voir proliférer, au-delà de points d'émergence, un pluralisme singulièrement étendu » ; B. CUBERTAFOND, « Du droit enrichi par ses sources », RD publ. 1992, p. 353 ; Ph. JESTAZ, « Source délicate... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », RTD civ. 1993, p. 73 ; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », RTD civ. 1995, p. 509 ; M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », RRJ 2003-4, p. 2334 ; C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges Ph. JESTAZ*, 2006, p. 519 ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », D. 2006, p. 2279 ; J.-P. GRIDEL, *Le droit, présentation*, PUAM, 2012, p. 171.

¹⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955.

¹⁷ A. CASTALDO, Y. MAUSEN, *Introduction historique au droit*, Dalloz, coll. Précis de droit, 4^e éd., 2013, p. 364, n° 1076.

¹⁸ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 192, n° 242.

¹⁹ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1^{ère} éd., 2005, p. 1.

²⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 10^e éd. 2014.

²¹ J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », RTD civ. 1995, p. 69, spéc. p. 70.

²² Cf. nbp n° 19, n° 20, n° 21, n° 22, n° 23.

d'incertitudes²³, notamment en ce qui concerne la *summa divisio* « source formelle » ou « source matérielle ».

5. Sur ce point, la distinction entre sources formelles et sources matérielles soulève la problématique de savoir si les sources du droit ont vocation à mettre en forme un droit préexistant²⁴ (sources formelles) ou si elles sont indéterminables (omniprésentes au sein de notre société) et proviennent de toutes les inspirations que la pratique juridique nous offre (source matérielle)²⁵.

Plus précisément, les sources formelles²⁶ ont vocation à générer des règles « générales obligatoires »²⁷ et sont liées à la procédure de formation de la règle de droit : elles sont « des modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire des procédés et des actes par lesquels ces normes accèdent à l'existence "juridique", s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité »²⁸. En ce sens, peuvent être cités parmi elles : la loi, la coutume ou encore la doctrine. Or, cette conception a été jugée réductrice par l'école sociologique selon laquelle « le droit est plus grand que les sources formelles du droit »²⁹.

A contrario, les sources matérielles sont, quant à elles, source du droit par la force des choses³⁰, puisqu'elles sont « éparpillées comme une "poudre" au sein de la société et dont on

²³ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de thèse, 2005, p. 476 ; J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit des sources délicieuses », article précité ; Ph. JESTAZ, « Sources délicieuses...Remarques en cascades sur les sources de droit », RTD civ. 1993, p. 73 ; H. BATIFFOL, « Préface », *APD*, t. 27, Les sources du droit, Sirey, 1982, p. 2.

²⁴ J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1931, n° 58. Selon l'auteur, les sources formelles sont les « formes obligées et prédéterminées que doivent inéluctablement emprunter des préceptes de conduite extérieure pour s'imposer socialement sous le couvert de la puissance coercitive du droit ». V. A. LECA, *La genèse du Droit, Essai d'introduction historique au droit*, éd. Aix-Marseille, 3^e éd., 2002.

²⁵ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., coll. Manuel, 2013, p. 58, n° 65 ; P. DEUMIER et Th. REVET, « Sources du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, spéc. p. 1433 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

²⁶ V. Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I, 1919, rééd. 1996, L.G.D.J., n° 91 : « J'entends par sources formelles du droit positif, les injonctions d'autorité, extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ses injonctions compétemment formées, ont pour objet propres et immédiat la révélation d'une règle, qui serve la direction de la vie juridique ».

²⁷ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 192, n° 242.

²⁸ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, 1960, rééd., Paris : Université Panthéon-Assas, 2010, III-XLI-225, Préface de P.-M. DUPUY et Ch. LEBEN, p. 149 ; Association Internationale de Méthodologie Juridique, « La méthodologie de l'étude des sources du droit », Actes du 6^e Congrès de l'AIMJ, Pise, 1999, PUAM, 2001.

²⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^e éd., 2014, p. 19.

³⁰ G. SCELLE, « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. III, Sirey, 1934, p. 400. Selon l'auteur, la source matérielle « donne naissance à plusieurs sources extérieures » ; *Contra* E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 3, n° 5 : « La source matérielle n'est pas vraiment source du droit ».

n'a pas l'appréhension exacte, même si on les devine... »³¹. Elles sont « les sources du contenu de la loi »³², « les influences extérieures au droit »³³ et désignent ainsi, par exemple, des faits de nature différente : politique, social, économique. Il s'agit donc des facteurs qui sont à l'origine du contenu des normes, ce que François GÉNY appelait « donné rationnel » ou « donné idéal »³⁴.

Dès lors, la pluralité des sources matérielles et formelles alimente la difficulté de détermination des sources du droit à tel point qu'au sein de la doctrine « l'accord ne règne, en vérité, ni sur la nomenclature des sources ni à plus forte raison sur la manière de les classer »³⁵. De plus, l'identification des sources du droit est d'autant plus complexe que chaque système juridique propose sa propre conception de la théorie des sources du droit³⁶ : alors que la loi est mise au centre des pays romano-germaniques³⁷, le droit des pays de la *Common Law* est principalement jurisprudentiel³⁸.

6. Le dualisme de conception des sources conduit à la question de la distinction entre la source et la norme posée par Hans KELSEN³⁹. Cette distinction qui suppose d'une part, que la norme juridique est une prescription posant une règle de conduite et d'autre part, que la source de droit est un acte de volonté qui forge la norme et qui possède un caractère de généralité. En ce sens, seules les sources peuvent donner valeur ou validité⁴⁰ et seraient déterminées par trois critères : elles seraient obligatoires, générales et sanctionnées. Dans

³¹ Cl. FERREIRA MACEDO D'ISEP, « La certification environnementale comme instrument de gestion du risque écologique à l'égard du droit brésilien », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de M. PRIEUR*, 2007, p. 1239, spéc. p. 1249 ; V. M. H. DINIZ, *Compêndio de Introdução à ciência do direito*, 9e éd., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 281.

³² P. DEUMIER, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 58, n° 65.

³³ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2015, p. 5.

³⁴ Fr. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915 ; 2^e tirage, 1927.

³⁵ Ph. JESTAZ, « Source délicieuse... Remarques en cascades sur les sources de droit », article précité.

³⁶ R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, 11^e éd., 2015, p. 96, n° 99.

³⁷ Fr. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », D. 2002, p. 15.

³⁸ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11e éd., 2002, n° 324.

³⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Dalloz, 2^e éd., 1962, Bruylant, L.G.D.J, coll. La pensée juridique, 2004, p. 14 : « Une norme est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée. Il faut distinguer cette norme de l'acte de volonté qui la pose : elle est bien la signification spécifique de cet acte qui vise, en intention, la conduite d'autrui ; elle est cependant autre chose que cet acte ».

⁴⁰ P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la 'notion de sources du droit' », article précité, spéc. p. 253. V. notamment sur la validité octroyée par la source formelle, G. TEBOUL, « Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle du droit », RDP 1993, p. 939. Selon l'auteur, la « source formelle du droit » requiert que « l'on soit en présence d'une norme valide (c'est-à-dire d'une norme qui est valide) et non d'une norme qui tire sa validité d'elle-même : si la formule " source formelle du droit " ne convenait qu'aux normes juridiques qui puisent leur validité dans leur être, alors, même la loi - pourtant archétype de la notion de source formelle du droit - ne pourrait prétendre à l'attribution de ce label ».

cette conception, la norme provient donc de la source⁴¹ et se restreint à édicter une norme de conduite.

Or, cette conception des sources reposant sur les impératifs de validité et de conformité conduit à restreindre le paysage des sources du droit au point d'occulter un pan entier du droit positif actuel. Ainsi, bien que la condition d'intégration dans un ordre juridique⁴² soit impérative, il est « compréhensible qu'appelant de leurs vœux “une nouvelle définition de la norme”, nombre d'auteurs intègrent des normes dans les sources du droit sans tenir compte de leur contenu »⁴³. C'est pourquoi, s'il est fait référence aux définitions précédentes⁴⁴, force est d'admettre que le critère de généralité entrave l'idée de pluralité des sources dans notre environnement et qu'ainsi la notion de source désigne aussi les fruits des sources, à tel point que « sources et normes sont alors équivalentes »⁴⁵. En ce sens, si les caractères d'obligation et de sanction restent effectifs, celui de généralité semble être mis à l'écart.

Dès lors, la pratique du droit positif et « le rejet du critère de généralité »⁴⁶ imposent un élargissement de la conception de source du droit qui ne peut se résumer à la « loi écrite »⁴⁷ et il est possible d'assister au « foisonnement des sources du droit »⁴⁸.

Ainsi, peuvent être cités, parmi les sources qui intéressent directement notre propos : les sources supranationales, la Constitution, la loi ou encore la jurisprudence. Or, la problématique de la « multiplication »⁴⁹ des sources, de la complexité de la notion et de l'identification de la source se retrouve inévitablement en droit du travail.

⁴¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 39. Selon l'auteur, « une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique, et elle fait partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre ».

⁴² C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. : « On appelle ordre juridique l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine » ; V. J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1984, p. 7 : « Conçu comme synonyme d'ordonnement, l'ordre désigne alors à la fois le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs et l'ensemble articulé qu'ils forment ».

⁴³ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 6, n° 7 ; M. TROPPER, « Normativisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1074.

⁴⁴ V. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit. ; A. CASTALDO, Y. MAUSEN, *Introduction historique au droit*, op. cit. ; Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 192, n° 242 ; Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, op. cit. ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

⁴⁵ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 6, n° 7.

⁴⁶ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 7, n° 8.

⁴⁷ F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I, 1919, rééd. 1996, L.G.D.J., n° 91.

⁴⁸ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », D. 2006, p. 2279.

⁴⁹ X. PRÉTOT, « Les sources du droit du travail au regard du droit public », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p. 150.

Le droit du travail, comme toutes les autres branches du droit civil, est influencé par la pluralité de ses sources⁵⁰. Dès lors, la « forte originalité »⁵¹ de cet ordre juridique est d’allier ce qui sera désigné comme étant les « sources classiques » du droit (les sources supranationales ou les sources étatiques), et les « sources spéciales » du droit du travail (les sources conventionnelles ou encore les pouvoirs de l’employeur).

Ainsi, concernant les sources classiques, la question de la qualification de source du droit a-t-elle été plus évidente pour certaines que pour d’autres. En effet, bien que la qualification de « norme juridique » ne soit attribuée qu’aux normes insérées dans un « système normatif »⁵², certaines sources du droit, telle la jurisprudence, ont suscité de vifs débats quant à leur qualification de source du droit⁵³.

7. Selon la doctrine formaliste, « le terme de “jurisprudence” désigne l’ensemble des décisions de justice, en tant qu’elles fixent la solution des problèmes de droit. Elle est, en d’autres termes, l’œuvre de révélation du droit positif accomplie par les juges »⁵⁴. Selon ces auteurs, elle figure au rang des autorités⁵⁵, mais est « elle n’a pas le pouvoir de constituer directement des règles de droit »⁵⁶, ce qui la différencie notamment de la loi.

Le rejet de la qualification de la jurisprudence comme source formelle du droit tient au fait qu’il est fait interdiction au juge d’édicter des règles générales pour trois raisons : la séparation des pouvoirs⁵⁷, l’interdiction des arrêts de règlement⁵⁸ et l’autorité de la chose

⁵⁰ V. A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L’ordonnancement des relations du travail », D. 1998. Chron., p. 359, n° 5.

⁵¹ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 31, n° 29.

⁵² M. TROPPER, « Système juridique et État », APD, Sirey, 1986, T. XXXI, p. 29, spéc. p. 31.

⁵³ C. PUIGELIER, « Temps et création jurisprudentielle », in *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, 2006, p. 89. L’auteur explique comment le temps nourrit la création jurisprudentielle de sorte qu’il ne fait aucun doute pour elle qu’il existe un pouvoir de création de la part du juge. Elle conclut son article par ces mots : « la création jurisprudentielle serait une source de droit » ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 135, n° 130 ; P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge*, op. cit., p. 49 ; G. CORNU, *Introduction au droit*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13^{ème} éd. 2007, p. 231, n° 442 ; G. PIGNARRE, « Rapport introductif » in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, rétrospectives et perspectives à l’heure du bicentenaire du Code civil*, dir. G. PIGNARRE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 1 ; Fr. GÉA, *Contribution à la théorie de l’interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, t. I, vol. I, L.G.D.J., 2009, n° 131 s.

⁵⁴ J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey, Coll. Université, 15^e éd., 2014, p. 131, n° 129.

⁵⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 269, n° 142.

⁵⁶ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit. p.289, n° 361.

⁵⁷ MONTESQUIEU, *L’esprit des lois*, livre XI, chapitre IV.

⁵⁸ C. civ., art. 5 : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » ; V. P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges Ph. COUZINET*, 1974, p. 329 ; P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l’avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », Rec. D. 2005, p.247.

jugée qui écarte le caractère de généralité usuellement attribué aux sources du droit⁵⁹. Toutefois, la jurisprudence, faisant « corps avec la loi »⁶⁰, cette dernière impose à l'article 4 du Code civil que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »⁶¹.

Dans le silence de la loi, le législateur pousse ainsi le juge à créer du droit en le contraignant à interpréter la loi lorsque cette dernière ne fournit pas directement les éléments de solutions nécessaires à la résolution d'un litige. Dans ce contexte, « interprétation » sous-entend « création »⁶² et la jurisprudence dépasse le simple statut d'autorité⁶³ puisque, dès lors que la loi devient insuffisante pour la résolution du litige, le juge va « se comporter comme un législateur d'appoint ou de substitution ; elle fabrique une partie du droit qu'elle applique »⁶⁴. Bien que dépendante de la source légale⁶⁵, la jurisprudence est une source du droit⁶⁶ qui tient une place particulière en droit du travail : transfert des contrats de travail, critères de validité de clauses contractuelles, distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail, etc. L'efficacité de source jurisprudentielle n'est plus à démontrer.

⁵⁹ C. civ., art. 1351 : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

⁶⁰ V. Rep. civ., v° *Jurisprudence*, par Fr. BOULANGER, spéc. n° 22, repris par HEBRAUD, obs. ss Cass. soc., 28 mai 1953, RTD civ. 1953, p. 735.

⁶¹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. VI, 1827, p. 15 : « Cet article a pour but d'empêcher les juges de suspendre ou de différer arbitrairement leurs décisions par des référés au législateur ».

⁶² M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », RTD civ. 1992, p. 344, spéc. p. 345 ; M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p. 69 ; Ph. TÉRY, « Le droit à une législation figée ? », RTD civ. 2004, p. 341, spéc. p. 343 : « Tout ceci atteste des liens étroits qui peuvent exister entre faire la loi et l'interpréter- ce que savent d'ailleurs fort bien les juges qui pratiquent le mouvement inverse : interpréter la loi, c'est aussi la faire ». G. LYON-CAEN, « L'état des sources du droit du travail, agitations et menaces », Dr. social 2001, p. 1031. Selon l'auteur, la jurisprudence aurait « outrepassé sa mission qui est d'interpréter la loi, de vérifier si les arrêts ont correctement tranché les litiges ; elle se serait aventurée sur un terrain qui lui serait interdit : la création de normes, de toutes pièces ».

⁶³ É. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, op. cit., p. 177, n° 222 : « un droit prétorien, complément du droit législatif, existe dans notre droit positif fragilisant les arguments qui justifient que la jurisprudence soit uniquement qualifiée d'autorité. » ; V. Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence (l'échec du projet de Constitution européenne) », Defrénois 2005, n° 38203, p. 1205 ; C. WOLMARK, *La définition prétorienne - étude en droit du travail*, préface de G. BORENFREUND, Dalloz, Coll. Nouvelles Bibliothèques de thèses, 2007.

⁶⁴ P.-H. ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges Chr. MOULY*, t. 1, Litec, 1998, p. 3, spéc. p. 6.

⁶⁵ Ph. LANGLOIS, « La doctrine de la Chambre sociale de la Cour de cassation », Dr. social 2006, p. 1084, spéc. p. 1084. L'auteur souligne que « Mais elle [La jurisprudence] n'est pas libre. L'enjeu est alors essentiel : la légitimité de la création du droit par les juges se trouve dans les contraintes qui pèsent sur eux, la libre création du droit n'appartenant qu'au pouvoir législatif ».

⁶⁶ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 8^e éd., t. I, 1920, n° 122 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^e éd., 2005. En ce sens, Chr. LARROUMET, A. AYNÈS, *Introduction à l'étude du droit privé*, 6^e éd., Economica, 2013 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., L.G.D.J., 1994, p. 432, n° 465.

8. À la pluralité des sources classiques du droit s'ajoutent les sources spéciales du droit du travail, des sources professionnelles *sui generis* privées qui sont le fruit de « l'autonomie de l'entreprise »⁶⁷ et de « l'autonomie collective »⁶⁸. Ces sources, émises par des « producteurs de normes privées »⁶⁹, ont vocation à régir les rapports des acteurs de la relation de travail (employeurs, salariés, organisations syndicales) et sont issues d'une tendance à la « déréglementation »⁷⁰ qui a eu pour conséquence une production propre aux entreprises, enclines à davantage d'autorégulation⁷¹.

Ainsi, bien que confronté à la multiplicité des sources du droit, le droit du travail fait-il coexister des normes unilatérales et des normes conventionnelles issues « de combinaisons originales entre le statutaire et le contractuel »⁷² et dont les clauses ou l'objet sont obligatoires pour un ou plusieurs ensembles de personnes : règlement intérieur, usages d'entreprise⁷³, sources conventionnelles, etc. Dès lors, bien que chacune de ces sources puisse présenter un caractère conventionnel ou/et réglementaire, leur impérativité ne fait aucun doute : chacune de ces normes s'impose à tous les salariés concernés.

9. La particularité des sources du droit du travail s'explique tant par l'autonomie collective⁷⁴ et la loi du 25 mars 1919⁷⁵ que par l'autonomie de l'entreprise dont les responsables sont à l'origine de normes internes.

⁶⁷ En ce sens, l'autonomie tend à centrer l'activité de l'entreprise autour de la recherche d'une communauté d'intérêts, notamment celle des salariés et des employeurs. V. L. BOY, *La notion d'intérêt collectif*, thèse, Nice, 1979 ; Th. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », RTD com. 206, p. 709.

⁶⁸ E. COURTOIS-CHAMPENOIS, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée du droit du travail français et américain*, Préface de D. BERRA, PUAM, 2002 ; M. KELLER, G. LYON-CAEN, Travail (Droit du : sources), Rep. Droit du travail, 1992, n° 12 et 13.

⁶⁹ E. PESKINE, C. WOLMARCK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2015, p. 49, n° 64.

⁷⁰ Fr. TERRÉ, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Puf, 1998, p. 15, spéc. p. 18. Selon l'auteur, la « déréglementation n'est pas – contrairement à ce que l'on a pu penser – un recul, mais une autre forme de réglementation. Tant il est vrai que déréglementer, c'est encore réglementer ».

⁷¹ A. SUPIOT, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », Dr. social 1989, p. 195 ; M. BONNECHÈRE, « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », Dr. social 1990, p. 40.

⁷² Fr. TERRÉ, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », article précité, spéc. p. 22.

⁷³ V. J. DÉPREZ, « Naissance de la norme dans l'entreprise ; interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage », Dr. social 1987, p. 637 ; C. MOREL, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », Dr. social 1979, p. 279.

⁷⁴ Sur la notion d'autonomie collective, V. la Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective, signée par les partenaires sociaux : « Pour exister et plus encore pour se développer, la négociation collective doit disposer d'un espace suffisant, au sein duquel les interlocuteurs sociaux peuvent exercer leurs pleines responsabilités pour définir, adapter et améliorer les règles destinées à régir les rapports des salariés et des employeurs dans leur vie professionnelle » ; A. MAZEAUD, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la position commune du 16 juillet 2001, Dr. social 2003, p. 361 : « L'autonomie collective revêt plusieurs sens. On peut y voir l'expression d'un *domaine réservé* à la négociation collective, en matière par exemple de politique des salaires ou de durée et d'aménagement du

L'employeur, garant de la bonne marche de l'entreprise, détient alors trois pouvoirs : un pouvoir de direction, un pouvoir de sanction et un pouvoir normatif.

Dès lors, même si la théorie générale du droit pose le principe qu'« il n'y a pas de cloison étanche entre l'application du droit et sa création, mais une sorte de mouvement interactif entre l'une et l'autre »⁷⁶, les différents pouvoirs de l'employeur s'entremêlent et doivent, lors d'un instant, supporter un cloisonnement entre leurs fondements, leurs manifestations et leurs applications⁷⁷.

En effet, l'employeur, en vertu de son pouvoir de direction, prend des décisions qui peuvent se retrouver dans le cadre de son pouvoir normatif (prendre l'initiative d'édicter un règlement intérieur), mais également dans le cadre de son pouvoir disciplinaire (prendre l'initiative de sanctionner un salarié par un blâme ou un avertissement). Ainsi, partant de ce postulat, le pouvoir de direction de l'employeur peut-il être considéré comme une source du droit, c'est-à-dire un mode « de formation des normes juridiques [...] par lequel ces normes accèdent à l'existence "juridique" »⁷⁸, dont découlent les deux autres pouvoirs : le pouvoir normatif et le pouvoir de sanction.

Plus précisément, ce sont la volonté de l'employeur et sa capacité à prendre des décisions qui sont considérées comme source du droit. Le pouvoir de direction de l'employeur est donc « force créatrice du droit »⁷⁹ : il est créateur de décisions (sanction d'un salarié fautif, décisions relatives à la marche de l'entreprise, etc.) et d'actes (règlement intérieur, notes de service, etc.) qui s'imposent aux contrats de travail conclus avec lui. Le pouvoir de direction de l'employeur est donc source du droit à double titre : il incarne la source corporelle et ses décisions sont elles-mêmes sources du droit.

10. En droit du travail, l'ensemble de ces sources ne trouve à s'appliquer que si elles entrent en relation avec le contrat individuel de travail.

travail. Dans sa forme atténuée, l'autonomie ne s'affranchit pas d'une tutelle exercée par l'État ; elle est la capacité laissée par le législateur aux partenaires sociaux d'élaborer eux-mêmes des règles normatives, ce que les Allemands appellent volontiers *l'effet erga omnes* » ; V. M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Avant-propos A. SUPIOT, préf. Fr. MEYER et R. de QUENAUDON, presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

⁷⁵ Fr. TERRÉ, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », article précité.

⁷⁶ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 57, n^o 42.

⁷⁷ Une partie de la doctrine aurait tendance à ne pas distinguer les pouvoirs de l'employeur, préférant traiter de manière générale « du pouvoir de l'employeur ». E. DOCKÈS, « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Dr. social* 2004, p. 620.

⁷⁸ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, L.G.D.J., 1960, p. 149 ; Association Internationale de Méthodologie Juridique, « La méthodologie de l'étude des sources du droit », Actes du 6^e Congrès de l'AIMJ, Pise, 1999, PUAM, 2001.

⁷⁹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*

II. Le contrat de travail, source du droit

11. Contrat spécial conclu *intuitu personae*, le contrat de travail est un acte juridique qui répond aux principales exigences de fond d'un contrat de droit commun : l'échange et l'accord des volontés des parties contractantes⁸⁰.

L'importance de ces impératifs est due à l'étymologie du terme contrat, « synonyme de convention qui vient du *conventio*, lui-même dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'où être d'accord »⁸¹ mais également à l'exigence de transfert réciproque posée par les économistes du XVIIe siècle pour lesquels « tout échange n'est qu'un transfert réciproque, non d'objet, mais de valeur ; l'objet n'existe plus en lui-même, mais en tant que valeur »⁸². Cette analyse économique, ensuite retenue par les juristes, a permis d'adopter une conception plus réaliste du contrat, selon laquelle le contrat serait une opération économique fondée sur l'équilibre objectif ou subjectif de valeurs échangées ; tout contrat n'étant en définitive qu'un échange de valeurs.

Plus précisément, le contrat de travail a trouvé ses prémices dans le contrat d'ouvrage et dans la *locatio operatum* du droit romain qui permettaient au maître de faire de l'esclave l'objet d'un contrat de louage⁸³ puisqu'il était soutenu qu'« il n'y a que les services ignobles (non nobles) et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage, tels que ceux des serviteurs et servantes, des manœuvres, des artisans, etc... »⁸⁴.

La relation de travail se trouvait ainsi dans le louage⁸⁵ dont l'objet était l'échange de l'usage de quelque chose contre une rémunération. Il s'agissait donc de l'usage de la « force

⁸⁰ P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz, 1950, n°120, : « Cette cause se trouve normalement dans un accord de volontés et l'on ne voit pas pourquoi cette convention, créatrice d'une obligation, ne mériterait pas le nom de contrat. De ce point de vue, l'importance attachée au contrat a une valeur psychologique. Le contrat manifeste l'engagement de deux volontés, libres de se lier et d'organiser, serait-ce dans une mesure limitée, leurs rapports respectifs. L'attachement au contrat marque, à la fois, le respect pour les droits de la personne et la répugnance pour les mesures autoritaires d'emploi de la main-d'œuvre ».

⁸¹ J. GHESTIN, « Contrat », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et St. RIALS, Puf, 2003, p. 276.

⁸² J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 92 2° et 3° trimestre 2000, p. 81, spéc. p. 83.

⁸³ A. MARTINI, *La notion du Contrat de travail : étude jurisprudentielle, doctrinale et législative*, thèse, 1912, Ed. Juris-classeur.

⁸⁴ Pothier, « du louage », § 10.

⁸⁵ A. BEAUCOURT, *Le contrat de travail, nature juridique et principaux effets*, thèse, 1912, Ed. Arthur Rousseau, p.42.

productive ou de toute son activité que l'ouvrier ou le domestique promet contre le paiement d'un salaire ou gage »⁸⁶.

Ainsi, si l'article 1710 du Code civil définit le louage d'ouvrage⁸⁷ comme « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » et que le Code du travail de 1910 reprend ses dispositions à propos du contrat de travail⁸⁸, la singularité du contrat de travail s'explique par le fait que « le rapport employeur-salarié n'est pas un rapport d'échange donc n'est pas un louage. [En ce sens,] le travail n'est pas un bien, car il n'y a louage d'un corps avec jouissance reconnue au locataire »⁸⁹.

Ainsi, bien qu'il existe une « filiation » ou des « liens de parenté » entre le contrat de travail et le contrat de louage ou d'autres contrats⁹⁰, le contrat de travail est un contrat à part entière, élaboré dans un souci de palliation des manques du contrat de louage de service, que le juge a estimé nécessaire de faire déroger au droit commun. Le contrat de travail est alors le fruit d'un droit « spécial »⁹¹ (le droit du travail) qui peut, tout en s'en détachant⁹², bénéficier du « tronc commun »⁹³ du droit civil.

⁸⁶ CORNIL, «du louage de services ou contrat de travail» ; V. PLANIOL, «traité élémentaire de droit civil», t. II, § 1827 : « Ce contrat est bien un louage, la chose louée est la force de travail qui réside en chaque personne et qui peut être mise en location, et c'est justement ce qui arrive dans ce contrat où la rémunération du travail au moyen du salaire est proportionnelle au temps comme dans le louage de choses».

⁸⁷ V. A. BEAUCOURT, *Le contrat de travail, nature juridique et principaux effets*, *op. cit.*

⁸⁸ N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Éd. Puf, 1999, p.80. En 1910, année de parution du premier Code du travail, le terme de contrat de travail va être utilisé dans le titre II du premier livre, mais les dispositions sont celles du louage de service, malgré les débats législatifs entourant la notion de contrat de travail, en faveur d'une réglementation spécifique. C'est depuis la loi du 13 juillet 1973 que l'on ne doit plus parler que de «contrat de travail».

⁸⁹ G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », APD, t.XIII, 1968, p.14 ; *contra* Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, thèse, Litec, 1992 ; Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. social*, 1992, p.859, spéc. p. 867 : «La subordination étant inhérente au louage de services, variété de louage de choses, elle inscrit la force de travail dans le mécanisme de la location: elle la transforme en chose louée».

⁹⁰ P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail, Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats? », *in La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogue de l'Université de Lille II par Chr. JAMIN, D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p.198.

⁹¹ Ph. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 5/99, p.383, spéc, p. 394.

⁹² X. LAGARDE, « Aspect civiliste des relations individuelles de travail », *RTD civ.* 2002, p. 435 spéc. p. 437. L'auteur explique que « «faire du droit du travail» peut conduire à l'utilisation de normes civilistes ; en revanche, ce ne sera jamais plus faire «du droit civil».

⁹³ J.-J. DUPEYROUX, « Avant-propos, Droit civil et Droit du travail: l'impasse », *Dr. social*, 1988, p. 371. L'auteur évoque, à propos du Droit civil, un «tronc commun: une batterie de concepts de base, un faisceau de principes généraux, applicables comme tels, sauf dérogation, en tous domaines du droit privé».

12. La définition du contrat de travail a évolué, au fil des divergences d'opinions, depuis le début du XXe siècle.

Alors que la jurisprudence le définit comme « une convention par laquelle une personne s'engage à travailler pour le compte d'une autre et sous sa subordination moyennant une rémunération »⁹⁴, la doctrine l'identifie comme « la technique d'accès à l'emploi salarié, et en principe la technique unique et exclusive »⁹⁵, et plus précisément comme « le contrat par lequel une personne physique (le salarié) s'engage à exécuter un travail sous la subordination d'une personne physique ou morale (l'employeur), en échange d'une rémunération »⁹⁶.

13. Ainsi, le contrat de travail est-il le seul qui puisse sceller une relation de travail salariée⁹⁷. En effet, c'est à la fin des années 1970 que la nécessité d'un contrat de travail s'est faite sentir⁹⁸ puis à la fin du XXe siècle que le « renouveau du contrat de travail »⁹⁹ et qu'« un retour au premier plan de la figure du contrat dans la lecture juridique des relations du travail »¹⁰⁰ ont été observés. Le retour en force du contrat de travail est notamment dû à la production jurisprudentielle qui a permis la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail¹⁰¹, l'autonomie des sources¹⁰² (et le principe de non-

⁹⁴ Cass. soc., 22 juillet 1954, Bull. civ. IV, n° 576 ; Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42734 ; Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 08-44987.

⁹⁵ A. LYON-CAEN, «Actualité du contrat de travail, bref propos», Dr. social, 1988, p. 540, spéc. p. 541.

⁹⁶ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, Droit du travail, op. cit., p. 227, n° 194. Toutefois, dès 1912, une définition du contrat de travail a été proposée. V. H. CAPITANT, *Cours de législation industrielle*, 1912, p. 125 : « un contrat par lequel une personne, employé, ouvrier, domestique, s'engage à travailler pour une autre, pendant un temps déterminé, ou, le plus souvent, sans fixation de délai, moyennant une rémunération en argent, fixée soit par jour, par semaine ou par mois, soit d'après le travail accompli. Le trait caractéristique de ce contrat réside de ce fait qu'une personne met sa capacité de travail d'une façon continue à la disposition d'une autre, moyennant une rémunération ».

⁹⁷ Ch. réun., 8 janvier 1908, DP. 1908, I, 185.

⁹⁸ A. JEAMMAUD, «Les polyvalences du contrat de travail», in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.299. La crise des années 1970, provoquée par les Trente Glorieuses, s'est traduite par l'inflation et par la montée du chômage : deux manières pour les patrons d'essayer de maintenir leur taux de profit en pressurant davantage les travailleurs. De ce fait, à cause de la menace pesante qui règne sur le l'emploi, la situation juridique du travailleur connaîtra une nouvelle évolution vers la consécration d'un statut fondé sur le contrat à durée indéterminée (CDI) à plein temps. Cette avancée sera principalement due à la négociation et à la législation.

⁹⁹ Ph. WAQUET, «Le renouveau du contrat de travail», RJS 5/99, p.383.

¹⁰⁰ A. JEAMMAUD, «Le contrat de travail, une puissance moyenne» in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Étude offerte à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p.299.

¹⁰¹ Cass. soc., 8 octobre 1987, Bull. civ., V, n° 541, p. 344 ; Dr. social 1988, p. 140, et l'étude de J. SAVATIER, p. 136.

¹⁰² Le principe de l'autonomie des sources est un principe forgé par la Cour de cassation en matière d'articulation entre source conventionnelle et contrat de travail. Selon ce principe, les avantages nés de conventions collectives, d'usages ou encore d'engagements unilatéraux ne s'incorporent pas au contrat de travail. V. not. en matière de salaire contractuel Cass. soc., 25 février 1998, RJS 4/1998, n° 497 ; Cass. soc., 27 janvier 1999, RJS 3/1999, n° 364 ; Dr. social 1999, p. 308, obs. Chr. RADÉ.

incorporation¹⁰³ des dispositions conventionnelles ou des usages et engagements unilatéraux¹⁰⁴), ou encore la détermination du socle contractuel. Dès lors, le contrat de travail, fort d'une évolution jurisprudentielle œuvrant en faveur d'une autonomie des sources du droit, est devenu « un vrai contrat imposant des obligations aux deux parties »¹⁰⁵ dont la qualification de source du droit a fait débat.

14. Initialement, le contrat de travail, acte juridique individuel n'était « guère envisagé par les juristes comme une source du droit à part entière »¹⁰⁶ et la doctrine était partagée sur la qualification qu'il convenait de lui attribuer¹⁰⁷. En effet, « dans une conception stricte, seul le législateur serait source de droit »¹⁰⁸ puisque « sont sources de droit les règles de droit objectif, caractérisées par leur permanence et leur généralité »¹⁰⁹. En ce sens, qualifier le contrat de travail de source du droit serait impossible, car n'étant ni abstrait ni général¹¹⁰, il est avant tout producteur d'obligations et non de droit¹¹¹. Or, la mise à l'écart du caractère de

¹⁰³ Cass. soc., 16 novembre 1993, RJS 1/94 n° 3 : 30 mars 1994 ; Dr. social 1994, p. 521 ; Cass. soc., 9 février 1994 : RJS 3/94, n° 280.

¹⁰⁴ Cass. soc., 10 mai 1994 : RJS 6/94, n° 735 ; V. not. Ph. WAQUET, « Contrat de travail et statut collectif » : RJS 6/94, p. 399.

¹⁰⁵ G. LYON-CAEN, « Le juge et l'entreprise », in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, actes du colloque du 27 novembre 1998, Paris, la Documentation française, 2000, p. 98.

¹⁰⁶ R. ENCINAS de MUNAGORRI, « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », note sous TGI Marseille, 15 avril 2004, RJS 6/2004, n° 729, RTD civ. 2004, p. 594 ; Dr. social 2004, p. 545, obs. A. SUPIOT.

¹⁰⁷ V. S. LEGAC-PECH, « La figure contractuelle en droit du travail », D. 2005, p. 2250, n° 5 : « Il n'est d'ailleurs même pas certain que l'on s'accorde à voir dans le contrat une véritable source de droit ». Toutefois, l'auteur semble lui attribuer la qualité de source du droit lorsqu'elle le compare aux « autres sources du droit » ; V. aussi, E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 7, n° 5 : « Il est remarquable de constater que la plupart des ouvrages de droit du travail ne traitent pas, dans leurs développements relatifs aux sources du droit du travail, du contrat de travail ». V. B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, I. Relations individuelles de travail*, Litec, 2^e éd., 1992 ; G. COUTURIER, *Droit du travail, I/ Les relations individuelles de travail*, Puf, 3^e éd., 1996 ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit. ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, op. cit. : « Sont source de droit les règles de droit objectif, caractérisées par leur permanence et leur généralité. On n'évoquera donc pas ici le contrat de travail en tant que tel, générateur de droits et d'obligations entre les parties » ; Fr. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, L.G.D.J., 4^e éd., 2014. *Contra* A. COURET, M. MINE, B. GAURIAU, *Droit du travail*, Sirey, coll. Université, 3^e éd., 2013 ; E. PESKINE, C. WOLMARCK, *Droit du travail 2016*, op. cit. ; J.-E. RAY, *Droit du travail, Droit vivant 2014-2015*, Liaisons, 23^e éd., 2014.

¹⁰⁸ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, op. cit., p. 4.

¹⁰⁹ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, op. cit., p. 43, n° 61.

¹¹⁰ J.-P. CHAZAL, « de la signification du mot loi dans l'article 1134 du Code civil », RTD Civ. 2001, p. 265.

¹¹¹ V. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD Civ. 1999, p. 771, spéc. p. 775 ; G. COUTURIER, *Droit du travail. I/ Les relations individuelles de travail*, Puf, 3^e éd., 1996, p. 46 et suiv. ; A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, op. cit., p. 59 ; V. not. P. MAYER, « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Economica, 2006, p. 679 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », article précité.

généralité¹¹² et du caractère obligatoire¹¹³ permet d'insérer le contrat de travail au sein d'un système normatif et de l'envisager comme une source du droit.

Toutefois, l'ordonnancement des sources du droit du travail impliquant le contrat de travail, « comment affirmer que “le contrat de travail, s'il ne constitue pas une source de droit objectif, prend place dans l'ordonnancement des sources” ? »¹¹⁴.

En effet, bien que le contrat de travail soit majoritairement le fruit des sources légales et conventionnelles, il crée également des règles de droit¹¹⁵ et a un caractère normatif¹¹⁶ : les parties contractantes fixent, dans une certaine mesure, les conditions de leur relation¹¹⁷.

Remplissant une « fonction heuristique »¹¹⁸, source d'obligations¹¹⁹ et participant à la création du droit¹²⁰, le contrat de travail exerce une force contraignante à l'égard du salarié comme de l'employeur : la « qualification d'élément contractuel »¹²¹ assure l'intangibilité des obligations.

¹¹² E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 7, n° 7 ; Chr. ATIAS, « La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique », D. 1997, p. 44 ; J. GHESTIN, « Les données positives du droit », RDT civ. 2002, p. 11.

¹¹³ G. TIMSIT, « Pour une nouvelle définition de la norme », D. 1988, chron. XLII ; M. TROPER, « Système juridique et État », APD, Sirey, 1986, t. 31, p. 29.

¹¹⁴ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 6, n° 7 ; H. THUILLIER, « Contribution à la théorie des sources en droit du travail », JCP G 1974, I, 2649.

¹¹⁵ D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 23 ; Chr. LARROUMET, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5^e éd., 2006, p. 16, n° 22 : « ce serait en vertu d'une règle de droit générale et abstraite, la loi, que constitue l'article 1134 du code civil, que les stipulations non impersonnelles d'un contrat auraient force de loi ».

¹¹⁶ P. ANCEL « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » RTD Civ. 1999, p. 771 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^e éd., 2010.

¹¹⁷ G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », article précité.

¹¹⁸ A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », article précité, spéc. p. 312.

¹¹⁹ M. JULIEN, *Le contrat de travail, source d'obligation*, Thèse, Université Lumière Lyon 2, 2003, p. 25 : « Comme tout contrat, le contrat de travail est également “sources d'obligations” : il produit des obligations communes à toute convention appartenant à cette espèce contractuelle ».

¹²⁰ H. KELSEN, « la théorie juridique de la convention », APD, 1940, t.10, p.33

¹²¹ S. LEGAC-PECH, « La figure contractuelle en droit du travail », article précité, n° 11 : « Perçu à tort comme l'outil de la flexibilité comparé aux autres sources du droit du travail que sont la loi ou les conventions collectives, le contrat va au contraire assurer l'intangibilité des obligations. Initié par une série d'arrêts en 2003, le régime de la modification unilatérale se dessine encore plus nettement qu'auparavant autour de la qualification de contractuel des éléments du contrat de travail. Le caractère contractuel confère à la stipulation en cause un caractère intangible, excluant par là toute modification unilatérale. Inversement, en déniant le caractère contractuel de la stipulation litigieuse relative au lieu d'exécution de la relation de travail, les juges estiment que l'employeur peut imposer un changement de lieu, dans un même secteur géographique, sous peine de licenciement en cas de refus ».

Dès lors, il serait « la source ultime du droit du travail, sans doute la mieux reconnue des employeurs et des salariés dès lors que ce contrat est écrit »¹²². De ce constat, il ressort que le contrat de travail peut prendre place dans l'ordonnement des sources¹²³ au même titre que la loi ou la convention collective¹²⁴.

Le contrat de travail est donc qualifié de « droit vivant »¹²⁵, une petite loi qui permet « d'exprimer concrètement le droit en action »¹²⁶. De plus, son rôle joué « comme source générique et normative réglementant les rapports de travail demeure en réalité, sur le terrain du droit et du fait, essentiel »¹²⁷.

15. Régissant les rapports de travail, les critères du contrat de travail sont déterminés par la jurisprudence¹²⁸ et la doctrine¹²⁹ et sont cumulatifs : un travail, un lien de subordination et une rémunération.

D'abord, le premier élément indispensable, celui qui donne au contrat ses caractères spécifiques est la *res*, c'est-à-dire le travail¹³⁰. Ce « travail » va désigner tant la force de travail que le résultat de l'ouvrage.

La prestation de travail doit être effective et personnelle et, « si elle peut revêtir les formes les plus diverses [...] elle doit correspondre à un emploi et se rapporter à une activité professionnelle, une activité normalement exercée par un travailleur »¹³¹. En ce sens, l'activité professionnelle désigne « non seulement une activité habituelle dont l'intéressé entend tirer des revenus, mais aussi une activité économiquement et socialement reconnue comme telle

¹²² Fr. GRANDAZZI, *Le droit du travail: les dangers de son ignorance*, Rapport du CES, mai 2002, II-24 - C. Radé, «la contractualisation de la pratique professionnelle des parties», RDC 2008-2, p.390, pour qui le contrat de travail constitue «l'une des sources, mais pas la seule, applicables à la relation de travail, avec les usages, les engagements unilatéraux de l'employeur, les différents accords collectifs applicables dans l'entreprise, et bien entendu les lois et règlements».

¹²³ H. THULLIER, « Contribution à la théorie des sources en droit du travail », article précité.

¹²⁴ I. VICARIE, « La renonciation du salarié », Dr. social 1990, p. 757 ; E. DOCKÈS, *Droit social des associations et autres organismes sans but lucratif*, Juris édition, coll. Le juris corpus, 2010, p. 298, n° 17-10.

¹²⁵ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, op. cit., p. 88.

¹²⁶ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, op. cit., p. 88 : « il a sur la loi proprement dite cette supériorité d'exprimer concrètement le droit en action ».

¹²⁷ G.H. CAMERLYNCK, *Droit du travail, Le contrat de travail*, Dalloz, 2ème Éd., 1982, p. 23.

¹²⁸ Cass, soc, 3 juin 2009, *île de la tentation*, n°s 08-40981 à 08-40983 et 08-41712 à 08-41714, Bull. civ. V, n° 141, D. 2009, p. 2517, note B. EDELMAN ; D. 2009, p. 1530, obs. M. SERNA ; D. 2009, p. 2116, chron. J.-Fr. CESARO et P.-Y. GAUTIER ; D. 2010, p. 342 et les obs. ; RDT 2009, p. 507, obs. G. AUZERO ; RTD com. 2009, p. 723, obs. F. POLLAUD-DULIAN, Dr. social 2009, p. 780, avis D. ALLIX, note J.-J. DUPEYROUX ; Dr. social 2009, p. 931, chron. Chr. RADÉ ; JCP S 2009. Actu. 41, P.-Y. VERKINDT ; Liaisons soc. 2009, n° 99, p. 42, obs. J.-E. RAY.

¹²⁹ G.H. CAMERLYNCK, *Droit du travail, le contrat de travail*, 2ème Éd., 1982.

¹³⁰ A. BEAUCOURT, *Le contrat de travail, nature juridique et principaux effets*, thèse, 1912, Ed. Arthur Rousseau, p. 155

¹³¹ P. FIESCHI-VIVET, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », RJS 7/91, p. 414, n° 19.

qui constitue l'objet principal de la relation juridique »¹³². Ce critère semble donc être le plus évident à caractériser. Il est possible d'affirmer que pratiquement toutes les activités peuvent être qualifiées de « travail », notamment depuis l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui a reconnu comme « contrat de travail » les prestations de participants à un jeu de télé-réalité¹³³. Néanmoins, il est nécessaire de rester prudent quant à l'utilisation de critère de la prestation de travail. En effet, certaines situations peuvent paraître difficiles à caractériser de contrat de travail : travail du stagiaire¹³⁴ ou encore de l'activité d'insertion par le travail exercée par un compagnon d'Emmaüs¹³⁵. Toutefois, ces situations restent, sommes toutes, exceptionnelles.

Ensuite, le deuxième critère du contrat de travail est celui du lien de subordination juridique, élément clef de la qualification du contrat de travail¹³⁶, qui s'oppose à la théorie de la dépendance économique¹³⁷ : alors que la théorie de la dépendance économique appréhende l'effet du pouvoir, le lien de subordination juridique s'intéresse à l'exercice du pouvoir lui-

¹³² Fr. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats de travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, L.G.D.J, 2001, p. 33, n° 33 ; V. J.-J. DUPEYROUX, « Travail et activité sociale », *Dr. social* 1994, n° 24.

¹³³ Cass, soc, 3 juin 2009, *île de la tentation*, *op. cit.*

¹³⁴ Cass, soc, 17 octobre 2000, n° 98-40986, *Bull. civ. V*, n° 336, p. 259 ; RJS 2000, n° 1214, « l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil n'est pas de nature à exclure la mise en oeuvre d'une convention de stage en entreprise (si) les conditions requises par la convention de stage en entreprise du 20 mai 1994 pour la réalisation du stage avaient été remplies et si, en conséquence, la convention avait reçue application... ».

¹³⁵ Cass, soc, 9 mai 2001, n° 98-46158, *Bull. civ. V*, n° 155, p. 124 ; D. 2002. Jur. 1705, note E. ALFANDARI ; RDSS 2001, p. 818, obs. E. ALFANDARI ; *Dr. social* 2001, p. 798, note J. SAVATIER ; RJS 2001, p. 575, n° 825.

¹³⁶ P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, M. HENSSLER, P. REMY, E. MARTIN PUEBLA, N. MZID, M. TARCHOUNA, « La modification du contrat de travail », *RDT* 2009, p. 256.

¹³⁷ P. CUCHE, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. Crit.* 1913, p. 412 ; V. égal., « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », *D.* 1932. Chron. 101 ; R. SAVATIER, note ss. *CA Poitiers*, 5 décembre 1923, *D.* 1924, p. 73 ; v., égal., « Vers une socialisation du contrat de louage d'industrie », *D.* 1934. Chron. p. 37 ; A. ROUAST, « La notion de dépendance économique est apparue au début du XXème siècle. Elle a été envisagée par certains auteurs comme critère du contrat de travail. Selon ces auteurs, est en situation de dépendance économique celui qui tire la majeure partie de ses revenus d'une même relation contractuelle et qui consacre tout son temps à cette relation. En effet, il est possible d'être rémunéré pour son travail sans être salarié mais il est impossible d'être salarié sans être subordonné à un employeur.

même¹³⁸. Depuis l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931¹³⁹, c'est l'exercice d'un pouvoir, non ses effets, qui caractérise le contrat de travail¹⁴⁰.

Le lien de subordination juridique 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 subordonné¹⁴¹. Ce lien de subordination juridique est créé par les clauses contractuelles qui permettent à l'employeur, non seulement de créer un lien de subordination sur mesure, mais aussi d'insérer le salarié dans un lien de subordination plus légitime, car accepté de manière plus détaillée¹⁴².

Enfin, le dernier critère indispensable à la qualification d'un contrat de travail est celui de la rémunération. Bien que non interdits par le Code du travail, rares sont les emplois bénévoles. Aussi, une relation de travail démunie de salaire amoindrirait l'existence du lien de subordination. Ainsi, c'est dans un souci de protection du travailleur que le SMIC a été créé. En outre, de simples avantages en nature peuvent être qualifiés de « salaires » suffisants pour entraîner la qualification de « contrat de travail »¹⁴³.

16. Dès lors, le contrat de travail, « figure de base de l'ordonnement des relations du travail »¹⁴⁴ est au cœur de différentes articulations dynamiques. Bien qu'autonome¹⁴⁵, il est subordonné à l'ensemble des autres sources du droit du travail.

¹³⁸ O. LECLERC, T. PASQUIER, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé », RDT 2010, p. 83, spéc. p. 85.

¹³⁹ Cass, civ., 6 juillet 1931, D. 1931, p. 121, « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique de ce travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; La qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie ».

¹⁴⁰ Cependant, dès 1932, une série de décisions a fait douter de cette interprétation sans pour autant apporter de changement fondamental. Le Professeur PIC s'interroge justement sur le fait de savoir si « la Cour de cassation ne [revenait] pas pratiquement, par des voies détournées, au critérium de la dépendance économique qu'elle [rejetait] en théorie ». V. Cass. Civ., 22 juin 1932 (3 arrêts), 30 juin 1922, et 1er août 1932, D. H., 1, p. 145, note P. PIC.

¹⁴¹ Cass, soc, 13 novembre 1996, n° 94-13187, Bull. civ. V, n° 382 ; Dr. social 1997, p. 1067, note J.-J. DUPEYROUX ; JCP E 1997, II, 911, note J. BARTHÉLÉMY ; TPS 1997, comm. n° 20, note X. PRÉTOT ; Dr. et Patrimoine 1997, n° 45, p. 73, note P.-H. ANTONMATTEI ; GADT, 4^e éd., n° 2.

¹⁴² M. MEKKI, « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ? », RDT 2006, p. 292.

¹⁴³ Cass, soc, 17 avril 1985, Bull. civ. n° 171.

¹⁴⁴ M. MORAND, E. DOCKÈS, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », RDT 2007, p. 144.

¹⁴⁵ V. N. MOLFESSIS, « La nature juridique des recommandations patronales », RTD civ. 2000, p. 200.

III. L'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit

17. Le thème de l'articulation des sources du droit a, par le passé, fait l'objet d'études approfondies remarquables¹⁴⁶. Toutefois, des zones d'ombres persistent, notamment concernant l'étude générale de l'articulation entre le contrat de travail, source autonome du droit, et les autres sources du droit.

La définition de ces méthodes d'articulations est un préalable indispensable à l'étude particulière de l'articulation entre le contrat de travail et les autres sources du droit (A).

Ainsi, cette étude de l'articulation des sources, recentrée sur le contrat de travail, permet-elle de dégager un phénomène d'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit : l'existence de mécanismes d'influences et de résistances entre sources du droit du travail et contrat de travail (B).

¹⁴⁶ V. not. E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, *op. cit.* ; B. TEYSSIÉ, *L'articulation des normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011 ; G. LYON-CAEN, « L'état des sources du droit du travail », article précité ; I. VACARIE, « La renonciation du salarié », article précité ; P. PUIG, « La hiérarchie des normes : du système au principe », RTD civ. 2001, p. 749 ; J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Dr. social 2013, p. 17 ; M.-A. MOREAU, « Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale », *in Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Th. AUBERT-MONPEYSEN, Études de l'IRDEIC, PU Toulouse 1 Capitole, 2013 : L'auteur observe que le « mode d'articulation normative par consensus » est « l'expression d'un mouvement beaucoup plus large qui correspond aux exigences d'universalisme propre à la protection des droits de l'homme et ici des droits de l'homme au travail, incluant les aspects collectifs propres à leur défense en matière sociale ».

A. L'articulation des sources

18. Du latin *Articulatio*¹⁴⁷ et diminutif de *artus*¹⁴⁸, « la notion d'«articulation» est aussi séduisante que dangereuse »¹⁴⁹.

Au départ médical, le terme désigna dès 1478, « la jointure des os avant de désigner abstraitement, dans un sens logique et rhétorique, développé par le structuralisme, la matière dont un système complexe est organisé fonctionnellement »¹⁵⁰. Plus couramment, l'articulation révèle l'« assemblage de plusieurs pièces mobiles les unes par rapport aux autres » ou l'« organisation en éléments distincts contribuant au fonctionnement d'un ensemble »¹⁵¹ ou encore « la manière dont un système complexe et organisé fonctionne »¹⁵². Dès lors, « il s'agit, concrètement, d'établir les relations de plusieurs éléments les uns par rapport aux autres, en assurant pour chacun leur usage »¹⁵³.

Toutefois, en droit, traditionnellement, l'étude de l'articulation des sources se concentre autour de deux axes : la recherche d'ordre et de cohérence impliquant la démonstration d'un système hiérarchique¹⁵⁴ et la résolution de conflits de normes¹⁵⁵.

Ainsi, l'articulation renvoie-t-elle à « l'organisation des sources du droit, à l'agencement des sources, à leurs interactions »¹⁵⁶, sans pour autant exclure le principe de l'autonomie des

¹⁴⁷ dérivé latin *articulus* (article).

¹⁴⁸ *artuum* désignant les membres.

¹⁴⁹ J.-Fr. CESARO, « L'articulation de la norme interne et de la norme internationale », article précité.

¹⁵⁰ P. MORVAN, « L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«osthéopathie» juridique », in *L'articulation des sources des normes en droit du travail*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 7, spéc. p. 8.

¹⁵¹ V° « Articuler », *Dictionnaire Le petit Robert 2014*, Le Robert, p. 149.

¹⁵² A. REY, « Articulation », in *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

¹⁵³ St. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, L.G.D.J., coll. Varennes, p. 29, n° 25.

¹⁵⁴ V. not. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, op. cit. ; J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », article précité ; G. LYON-CAEN, « L'état des sources du droit », article précité.

¹⁵⁵ V. A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, Lyon III, 1975 ; Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 243 ; A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », Dr. social 1993, p. 363 ; J. SAVATIER, « La solution du conflit de normes entre Code du travail et statuts des entreprises publiques par l'application de la règle la plus favorable aux salariés » Dr. social 1996, p. 1054 ; G. LYON-CAEN, « Sur le conflit de normes entre Code du travail et statut des entreprises publiques », concl. Cass. soc., 17 juillet 1996 ; R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD Civ. 1997, p. 792 ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur », Dr. social 1999, p. 115 ; F. BOQUILLON, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », Dr. social 2001, p. 255 ; S. LAULOM, « La fabrication du principe de faveur », RDT 2009, p. 219 ; P. MORVAN, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », Dr. social 2009, p. 679 ; J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », article précité.

¹⁵⁶ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 9, n° 10.

sources. Dès lors, « on se représente bien des normes mises en rapport et on perçoit bien qu'il est utile de s'intéresser à ces éléments qui semblent se trouver entre les normes »¹⁵⁷.

Elle désigne également les mécanismes de concours de normes. En ce sens, elle conduit « à agencer les normes les unes avec les autres afin d'identifier celle d'entre elles qui résoudra le concours »¹⁵⁸.

19. Or, « tout est plus simple qu'on ne peut l'imaginer et en même temps plus enchevêtré qu'on ne saurait le concevoir »¹⁵⁹. La multiplication des sources du droit engendre la confusion et il a été constaté que « le domaine des sources du droit est un domaine où règne aujourd'hui le plus grand désordre »¹⁶⁰.

Afin d'établir l'ordre parmi le foisonnement des sources, les mécanismes d'articulation des normes renvoient traditionnellement à une organisation hiérarchique qui suppose un rapport d'autorité et de subordination entre les sources. En effet, afin de comprendre et de faire évoluer l'articulation des sources, la Théorie générale du droit a dégagé les méthodes d'élaboration du droit, mais également d'articulation des systèmes juridiques qui ordonnent les sources¹⁶¹. Dès lors, il convient de s'interroger sur la pensée Kelsénienne et son système de hiérarchisation des normes selon laquelle il faut envisager « l'ordre juridique comme un processus, c'est-à-dire dans son mouvement, et plus précisément dans son double mouvement, qui est, de haut en bas, un mouvement qui dérive d'un pouvoir supérieur à un pouvoir inférieur, de bas en haut, un mouvement inverse qui dérive d'une norme inférieure vers une norme supérieure. Métaphoriquement, du sommet à la base, une cascade de pouvoirs, de la base au sommet, une escalade de normes »¹⁶².

¹⁵⁷ J.-Fr. CESARO, « L'articulation de la norme interne et de la norme internationale », article précité, spéc. p. 226.

¹⁵⁸ St. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 33, n°25.

¹⁵⁹ J. W. von GOETHE, *Sentences en prose*, 1870.

¹⁶⁰ M. LEHOT, « Proposition pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », article précité spéc. p. 2353.

¹⁶¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, p. 1, n° 1 ; V. not. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969 ; É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préface de J.-L. AUBERT, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997 ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », D. 2006, chr. p. 2279 ; N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, t. I 1996, L.G.D.J, Association H. CAPITANT, p. 65.

¹⁶² N. BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », in *"Sources du droit"*, APD, t. VIII, Sirey 1982, p. 135, spéc. p. 143.

Ainsi, l'ordre juridique, magma des sources du droit, est-il un ensemble de normes qui « dans un pays ou une société donnés, à un moment donné, en régissent le fonctionnement »,¹⁶³ mais également « un être social, au sein duquel se manifeste un pouvoir et prennent naissance des normes »¹⁶⁴. Il renvoie à une organisation hiérarchique justifiée par la quête d'ordre et d'organisation¹⁶⁵ inhérente à tous les juristes, car, dans un objectif de sécurité juridique, « l'ordre et le droit sont indivisibles »¹⁶⁶ : une source nouvellement créée ne reste donc pas étrangère à aucun ordre juridique.

Dès lors, suscitant les notions de pouvoir et de subordination, Hans KELSEN explique que « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »¹⁶⁷, avant de fournir une définition de la hiérarchie des normes.

Selon lui, « tout ordre, juridique, moral ou juridique positif, représente un système de normes non pas coordonnées, mais hiérarchisées, c'est-à-dire une pyramide de normes, dont le niveau suprême est la Constitution fondée en validité par la norme fondamentale présumée et dont le niveau le plus inférieur est celui des normes posant comme obligatoire un certain comportement individuel concret »¹⁶⁸.

De cette théorie, découlent des impératifs de validité et de conformité des normes de l'ordre juridique : chaque norme issue de la pyramide tirerait sa licéité de la source qui lui est immédiatement supérieure¹⁶⁹. Cette pyramide des normes organise le degré de précision des sources en présence¹⁷⁰, mais également le degré d'autorité de la norme¹⁷¹.

¹⁶³ G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore » *Droits* 2001, n° 33, p. 3.

¹⁶⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, rééd. *L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Dalloz, 2002, § 24.

¹⁶⁵ V. M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », article précité ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, chr. p. 2279 : « En ce début de XXIème siècle, le désordre est fréquemment dénoncé. Il est sans cesse question de désordre mondial, de désordre économique ou de désordre social. La matière juridique n'échappe pas à ce blâme : le désordre juridique semble caractériser une ère nouvelle, celle de la désorganisation et l'insécurité juridique ».

¹⁶⁶ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », article précité.

¹⁶⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, L.G.D.J, 1999, p. 224.

¹⁶⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁶⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.* ; Sur le rapport de validité entre les sources, V. R. GUASTINI, « Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, *Economica*, 2006, p. 453 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 253.

¹⁷⁰ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », article précité, spéc. p. 750 : « c'est à celles de niveau inférieur qu'il revient d'apporter les précisions utiles, et ainsi de suite jusqu'aux normes à caractère individuel et aux actes de pure exécution matérielle ».

Toutefois, bien que proposant une organisation hiérarchique claire et utilisée par grand nombre de références¹⁷², la pyramide des sources du droit, telle qu'exposée par Hans KELSEN, n'est pas adaptée à tous les ordres juridiques et devient insuffisante, notamment en droit du travail. En effet, la hiérarchie des sources du droit de Hans KELSEN qui tend à associer le système hiérarchique à une méthode de résolution de conflit de normes, faisant primer la norme supérieure sur celle qui lui est inférieure¹⁷³, ne peut être généralisée à tous les ordres juridiques, dans toutes les branches du droit pour deux raisons principales :

D'une part, hiérarchie des normes et ordre juridique peuvent, dans une certaine mesure, cohabiter mais ne sont pas synonymes¹⁷⁴.

D'autre part, cette organisation semble actuellement dépassée. Vivement critiquée¹⁷⁵, elle ne répondrait plus pleinement aux mouvements du droit contemporain et plus particulièrement en droit du travail dont la pluralité des ordres juridiques n'a d'égale que le nombre de pays doté d'un droit du travail.

¹⁷¹ D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Université, Panthéon Assas, Paris II, 1992, p. 432. Selon l'auteur, l'autorité de la norme est fonction de l'autorité dont émane la règle, autorité qui fonde sa validité et son appartenance au système juridique.

¹⁷² V. Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002 ; M. DELMAS MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 ; du même auteur, *Le relatif et l'universel*, Seuil DL 2004 ; R. LIBCHABER, N. MOLFESSIS, « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'état », RTD. civ. 1999, p. 231, spéc. p. 232 : « « La représentation pyramidale (...) du célèbre Autrichien continue à orienter la plupart des réflexions sur l'ordonnement juridique. Pour sa simplicité aussi bien que pour ses vertus didactiques, la représentation hiérarchisée et quasi mécaniste d'un ensemble de sources, agencées les unes par rapport aux autres, se présente toujours en modèle ». En effet, la majorité des manuels, notamment d'introduction au droit, présentent les sources du droit de façon hiérarchisée : V. Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 195 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Cours, droit privé, 11ème éd., 2015, n° 94 « l'utilité d'une telle hiérarchie est déterminante, dans la mesure où une norme inférieure ne peut ni déroger à une norme supérieure, ni l'abroger ».

¹⁷³ D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2007, p. 478.

¹⁷⁴ T. TAURAN, « Que faut-il entendre par système en matière juridique ? (Remarques personnelles sur les critères permettant de définir la notion de système) », RRJ 2001-3, p. 1529, spéc. p. 1541 : « L'existence d'une hiérarchie n'est pas une condition indispensable à l'existence d'un système, elle est seulement une condition de la cohérence d'un système ».

¹⁷⁵ V. Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit. ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation à la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933 ; G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », article précité ; M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », article précité ; R. LIBCHABER et N. MOLFESSIS, « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'Etat », article précité, spéc. p. 232 : « Nul n'ignore plus que l'édifice se trouve soumis à des influences profondes qui affectent son évolution et laissent souvent l'esprit perplexe » ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 173 et suiv., « Cette première représentation appelle de sérieuses réserves. Tout d'abord, et c'est capital, ne peuvent figurer sur cette échelle que les normes posées par un acte juridique (...). Le véritable principe d'une hiérarchie des normes juridiques doit, selon nous, être recherché ailleurs : dans la force juridique qu'elles présentent (...) » ; Fr. GRANET, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 41.

20. L'ensemble des ordres juridiques, qu'ils soient européens ou internationaux, fonctionne en termes d'articulation des sources du droit, puisque la production des normes en droit du travail dépend de l'ordre juridique dans lequel elles s'inscrivent. Or, les ordres juridiques ne sont pas les mêmes selon le système juridique.

En effet, alors que le système de la *Common Law* prône « l'autonomie de l'organisation des entreprises »¹⁷⁶ (Etats-Unis) ou le « laisser-faire collectif »¹⁷⁷ (théorie anglaise), excluant pour l'un l'articulation des sources étatiques et professionnelles et limitant l'intervention de la loi pour l'autre, la France a pendant longtemps favorisé l'« omniprésence du législateur »¹⁷⁸. Cette méthode, privilégiant la sécurité juridique, ne laisse qu'une faculté restreinte à l'entreprise quant à la création des normes. En ce sens, la diversité des ordres juridiques laisse à conclure que « les contours et les frontières des protections accordées aux travailleurs ne procèdent pas des mêmes sources ni des mêmes synergies »¹⁷⁹. Ainsi, les systèmes propres à la *Common Law* permettent-ils de dégager l'existence d'un nouvel ordre juridique, propre à l'entreprise, qui présente l'avantage de placer l'entreprise au cœur de la relation de travail sans pour autant la transformer en scène de non-droits¹⁸⁰. Dès lors, en droit américain, on peut observer une totale liberté de négociation des conventions collectives (sous seule condition du respect des droits fondamentaux). *A contrario*, le contrat de travail subit une restriction de la liberté de négociation, ce qui implique une absence totale d'articulation entre le contrat et la convention collective¹⁸¹.

¹⁷⁶ E. JEANSEN, *l'articulation des sources – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 16, n° 16.

¹⁷⁷ V. O. KAHN-FREUND « Legal Framework » in *The system of industrial relations in Great Britain : its history, laws and institutions*, dir. A. FLANDERS et H. A. CLEGG, B. Blawckwell, 1954, p. 42.

¹⁷⁸ X. BLANC-JOUVAN, « L'entreprise et le droit du travail : l'exemple du droit américain », Dr. social 2005, p. 152.

¹⁷⁹ M.-A. MOREAU, « Cinquante ans d'analyse des mutations des normes du travail en Amérique du Nord », Dr. social 2015, p. 196 ; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006 ; v. égal. « Le tableau des sources », in *Labor law as the Law of Economic Resistance*, 2013, p. 588.

¹⁸⁰ M.-A. MOREAU, « Cinquante ans d'analyse des mutations des normes du travail en Amérique du Nord », article précité: « les autres protections [autre que le droit du travail], sauf adoption de lois particulières (*statutes*), sont inscrites dans la *Common Law* (notamment responsabilité/*Torts*, discriminations, *Human Rights*) et non dans un droit étatique du travail liant relations individuelles et relations collectives ».

¹⁸¹ Si le contrat de travail est indispensable à l'établissement de la relation de travail, « il apparaît de peu d'utilité en présence d'une convention collective, puisqu'il ne peut apporter à celle-ci aucune dérogation ». Aussi, l'indépendance de l'ordre juridique de l'entreprise implique également une particulière puissance du pouvoir de l'employeur, notamment lors de la rédaction de l'*employee handbook* (le manuel du salarié) qui ressemble en tout point au règlement intérieur français, exception faite qu'il n'est pas encadré par la loi. V. X. BLANC-JOUVAN, « L'entreprise et le droit du travail : l'exemple du droit américain », article précité, spéc. p. 157.

Parallèlement, dans les systèmes romano-germanique, plus précisément en Allemagne, en l'absence de Code du travail, les principales sources du droit du travail sont la législation fédérale, les conventions collectives, les conventions d'entreprise et la jurisprudence.

En apparence similaires, les sources du droit Allemand s'organisent principalement autour de lois isolées relatives à divers grands problèmes en droit du travail qui sont ensuite complétées par des ordonnances du gouvernement¹⁸². Aussi, quant à l'articulation entre pouvoirs de l'employeur et contrat de travail, « les droits espagnol et allemand sont ceux qui consacrent le plus explicitement un pouvoir d'origine légale, (...) en consacrant expressément un pouvoir de modification »¹⁸³, à tel point que le droit allemand consacre la pratique du « licenciement par voie de modification » telle que prévue dans la loi « sur la protection contre le licenciement » (au §2 KSchG)¹⁸⁴.

Dès lors, une scission existe entre l'organisation de l'ordre juridique du droit du travail des pays de la *Common Law* et celle du système romano-germanique : alors que les premiers conçoivent une conception dualiste de l'ordre juridique, dissociant sources classiques et sources professionnelles, les seconds les intègrent dans un seul et même ordre juridique.

Selon le pays concerné, l'articulation des sources du droit du travail dépend donc de l'ordre juridique dans lequel les sources s'inscrivent. Qu'il s'agisse de pays faisant partie de la *Common Law* ou de systèmes juridiques fondés sur un système romano-germanique, certains ordres juridiques (tel le modèle allemand) offrent une organisation qui facilite l'articulation des sources du droit du travail.

21. L'ordre juridique du droit du travail interne, à l'image de l'organisation romano-germanique, est alors composé des sources classiques, des sources professionnelles, mais également de la norme individuelle, le contrat de travail. Or, l'ordre juridique du droit du travail ne répond pas à une articulation hiérarchique faisant obligatoirement primer la norme supérieure sur la norme inférieure en cas de conflits. L'articulation des sources du droit du travail permet d'une part, de déterminer la norme applicable lorsque deux sources sont en conflit et d'autre part, d'enrichir le contenu contractuel par la technique de dérogation proposée par l'article L.2254-1 du Code du travail.

¹⁸² V. site internet de l'Organisation Internationale du travail : http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158859/lang--fr/index.htm

¹⁸³ P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, M. HËNSSLER, P. REMY, E. MARTIN PUEBLA, N. MZID et M. TARCHOUNA, « La modification du contrat de travail » RDT 2009, p. 256.

¹⁸⁴ G. LYON-CAEN, « Les pochettes-surprises de la chambre sociale : l'arrêt *Aventis Pharma* » Sem. soc. Lamy 2004, n° 1154, p. 6, spéc. 8.

22. La méthode d'articulation des sources du droit du travail présente des intérêts particuliers, notamment en matière de production et de complémentarité des normes¹⁸⁵. En effet, l'articulation du contrat de travail avec une autre source du droit permet parfois d'obtenir des résultats singuliers, plus particulièrement au niveau du contenu contractuel : la création de la règle de droit n'est parfois possible que par une articulation entre le contrat de travail et source conventionnelle¹⁸⁶. Ainsi, l'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit du travail est-elle normative. Si cette hiérarchisation est de moins en moins possible du fait de l'autonomie des sources du droit, l'articulation permet toujours de conditionner le contenu contractuel.

Parallèlement à cet intérêt de production normative, l'articulation entre le contrat de travail et les autres sources du droit permet de régler des conflits de normes.

23. La diversité des sources du droit implique que parfois, plusieurs normes peuvent régir une même situation. Dès lors, se présente un conflit qui se résout par les méthodes d'articulation des sources du droit du travail.

Or, bien qu'en droit du travail le principe de faveur¹⁸⁷, « authentique règle de l'ordre juridique en vigueur »¹⁸⁸, soit la méthode de conflit de normes la plus célèbre, il existe plusieurs méthodes d'articulations possibles dont l'application dépend de la nature des normes en concurrence : « critère temporel »¹⁸⁹ ou critère hiérarchique.

¹⁸⁵ G. VACHET, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté? », *Dr. social* 2009, p. 896.

¹⁸⁶ Par exemple, le contrat de travail peut prévoir une détermination de la durée annuelle du travail sous forme d'une convention de forfait en jours ou en heures à la seule condition que cette répartition du temps de travail soit prévue par un accord collectif. V. C. trav., art. L. 3121-39 : « La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions ».

¹⁸⁷ V. not. Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », article précité ; A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2002, p. 139 ; N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, L.G.D.J, 1980, p. 52 ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur », article précité ; V. not, R. VATINET, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. social* 1998, p. 534.

¹⁸⁸ A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur », *Dr. social* 1999, p. 115, spéc. p. 116 ; V. not, R. VATINET, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. social* 1998, p. 534.

¹⁸⁹ En droit interne, la règle d'application de la norme la plus ancienne est principalement rencontrée en droit constitutionnel du travail. Ainsi, dans un souci de sécurité juridique, le Conseil constitutionnel a décidé qu'une loi nouvelle ne devait pas s'appliquer aux conventions collectives conclues avant son entrée en vigueur, sauf motif d'intérêt général suffisant. Le « critère temporel » permet de faire primer, selon le conflit en présence, la règle la plus ancienne ou la règle la plus récente. Toutefois, cette méthode d'articulation qui n'implique pas directement un conflit entre le contrat de travail et une autre source du droit ne sera pas davantage développée. V. not. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail, op. cit.*, p. 64, n° 99 ; Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC, *Dr. social* 2003, p. 264 ; Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC.

Toutefois, nous l'avons vu, en droit du travail, l'organisation hiérarchique est dépassée.

Ainsi, le principe de faveur est-il la principale méthode d'articulation des sources du droit qui met, non pas le contrat de travail, mais le salarié au cœur de l'articulation. Cette méthode pose la question de l'identification de la source la plus favorable pour le salarié, sans tenir compte d'une éventuelle hiérarchie des sources du droit. Le principe de faveur, sans détruire l'existence de la pyramide des sources, désarticule cette dernière pour isoler les sources en conflit et les confronter afin d'extraire une solution appropriée au salarié et d'intervenir « au stade de l'élaboration des normes du droit du travail »¹⁹⁰.

24. L'objet de l'étude tend à solutionner la complexité des rapports entre le contrat de travail et les autres sources du droit dans l'ordre juridique interne. En effet, tant la perpétuelle évolution de leur articulation que l'insuffisance et l'inadaptation du dispositif hiérarchique conduisent à s'interroger sur l'existence d'un nouveau schéma d'articulation entre le contrat de travail et les autres sources du droit. L'établissement d'une hiérarchie des normes a été une étape cruciale dans le processus d'ordonnement des sources du droit. Autorisant une visibilité d'une remarquable clarté, elle a permis d'une part, d'évaluer l'applicabilité et la validité d'une norme et d'autre part, d'articuler deux normes pour les adapter conformément à une situation donnée.

Toutefois, on sait qu'en droit du travail, l'ordonnement des sources du droit ne répond pas aux critères d'articulation traditionnellement imposés : le principe de faveur bouleverse une hiérarchie où chaque norme a sa place déterminée et dans laquelle la norme applicable est celle qui est qualifiée de « supérieure ». Dès lors, le principe de faveur contraint à admettre d'une part, le dépassement d'une hiérarchie des normes classique à la base de laquelle se situe le contrat de travail et d'autre part, l'autonomie des sources du droit du travail.

Ainsi, le contrat de travail, au cœur de la relation de travail, permet-il une interaction des sources du droit et se retrouve au centre de l'articulation des sources du droit du travail. Dès lors, si dans le contexte de l'autonomie des sources du droit, le contrat de travail est extrait de l'ordonnement des sources du droit et mis au premier plan d'une étude sur l'articulation des sources du droit, de nouveaux phénomènes se dégagent : l'influence des sources du droit sur le contrat de travail et la résistance du contrat de travail aux autres sources du droit.

¹⁹⁰ F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », article précité, spéc. p. 255.

Néanmoins, la hiérarchie des normes traditionnelle, bien que dépassée, n'est pas détruite. Elle constitue la base de l'analyse de l'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit du travail.

Ce thème présente des implications en contentieux du travail, notamment sur la validité du contenu contractuel et plus précisément sur les modes de résolution de conflit impliquant le contrat de travail. Dès lors, une nouvelle méthode d'articulation doit être envisagée.

B. L'articulation au moyen des phénomènes d'influence et de résistance

25. Au Moyen-Âge, *influentia*¹⁹¹ signifiait « action attribuée aux astres sur la destinée des hommes », « sorte d'écoulement, de flux censé provenir des astres et agir sur les hommes et les choses »¹⁹². Sur ce fondement scientifique, LITTRÉ a pu décrire l'influence comme étant une « sorte d'écoulement matériel que l'ancienne physique supposait provenir du ciel et des astres et agir sur les hommes et sur les choses »¹⁹³. Dès lors, de ces définitions se dégage un sentiment de mouvement et de puissance.

D'une part, l'influence suscite le mouvement et la transmission. On le retrouve dans la quatrième édition du *Dictionnaire de l'Académie française* (1762), qui la décrit comme la « qualité, puissance, vertu qui découle des astres sur les corps sublunaires » puis comme une « qualité, puissance, vertu qu'on prétend qui découle des astres sur les corps sublunaires »¹⁹⁴. D'autre part, sa définition inspire un sentiment de puissance, et ce, dès le XIIIe siècle où l'influence a été définie comme « l'action lente et continue exercée par une personne, une chose sur une autre personne ou chose »¹⁹⁵ puis comme une « autorité, un prestige »¹⁹⁶. Aujourd'hui, l'influence est communément définie comme l'« action, généralement continue, qu'exerce quelque chose sur quelque chose ou sur quelqu'un » ou encore comme l'« ascendant de quelqu'un sur quelqu'un d'autre ». Ainsi, qu'elle soit exercée sur des personnes ou des choses, l'influence est synonyme d'ascendant, de répercussion ou d'emprise.

¹⁹¹ Dérivé du latin *influere* (couler dans).

¹⁹² *Epître S. Jérôme, La devine influence*, 1552 ds T.-L. ; XIIIe siècle : "mais les comètes plus ne guettent, ni plus expressément ne jettent leurs influences ni leurs rais (rayons)..., ni sur rois que sur pauvres hommes".

¹⁹³ *Dictionnaire de la langue française*, 1863-77.

¹⁹⁴ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 4^e éd., 1762, PARIS, p. 930.

¹⁹⁵ RAYMOND LULLE, *Evast et Blaquerne*, éd. A. Llinares, p. 146.

¹⁹⁶ LINGUET, [*Annales pol. civiles et litt.*] IX, 38 ds GOHIN, p. 296.

26. L'ensemble de notre système juridique est fondé sur des influences religieuses¹⁹⁷, sociologiques, économiques¹⁹⁸, mais surtout doctrinales¹⁹⁹ qui se manifestent lors de la formation de la loi, de la jurisprudence²⁰⁰, mais également « dans la perspective de l'harmonisation ou de l'unification internationales des droits »²⁰¹. Ainsi, la notion d'influence a-t-elle animé la doctrine²⁰² du fait qu'elle soit à l'origine de l'interactivité entre les sources du droit et particulièrement entre les sources du droit et le contrat de travail. Il existe une articulation entre les sources du droit qui se manifeste par l'influence des unes sur les autres. Dès lors, vectrice d'emprise et d'interactivité, l'influence se distingue de la hiérarchie des sources sans pour autant la remettre en question. En effet, bien qu'impliquant une influence des sources sur le contrat de travail, l'articulation du principe hiérarchique vise

¹⁹⁷ V. J. ELLUL, *Le fondement théologique du droit*, 1946 ; v. égal. *La théologie chrétienne et le droit*, APD, 1960 ; *La révélation chrétienne et le droit*, Ann. Fac. Droit Strasbourg, t. IX, 1961 ; *Dimensions religieuses du Droit et notamment sur l'apport de saint Thomas d'Aquin*, APD, 1973 ; « Religion, société et politique », in *Mélanges J. ELLUL*, PUF, 1983 ; B. TIERNEY, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, Cambridge, 1982, trad. franç., PUF, 1993 ; J. FOYER, *Introduction au thème : Eglises et pouvoir politique*, Actes univ. d'Angers, colloque 1985, p. 9 s. ; Fr.-X. DUMORTIER, s. j., « La passion de l'universel dans et pour la Compagnie de Jésus », in *Regards sur le droit*, éd. Dalloz, 2010, p. 391 ; *Droit, Ethique et Religion de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, dir. B. FEUILLET-LIGER, préface de R. BOUDON, éd. Bruylant, 2012 ; V. not. E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, 1912 ; J. CARBONNIER, « La Bible et le droit », in *La révélation chrétienne et le droit*, Ann. Fac. Droit Strasbourg, *op. cit.*, p. 115 ; Ph. MALAURIE, « La Bible et le droit », RTD civ. 2000, p. 525. V., sur la distinction du fiqh musulman, du droit romain, du droit canonique et du talmud, G.-H. BOUSQUET, *Le droit musulman*, 1963, p. 55 ; V. aussi, quant au bouddhisme, VU VAN MAU, « Influence du bouddhisme sur le droit », Rev. asienne de droit comparé, 1964, p. 3.

¹⁹⁸ Ch. HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », RDT 2008, p. 288 ; V. S. MONTAGNE et C. SAUVIAT, « L'influence des marchés financiers sur les politiques sociales des entreprises : le cas français », *Trav. et emploi*, juillet 2001, n° 87, p. 111.

¹⁹⁹ D. HOUTCIEFF, obs. RTD civ. 2003, p. 185, sur la thèse de N. HAKIM, préc. : « Dès lors que l'opinion isolée résonne au creux du débat doctrinal, son écho retentit au sein de la communauté des juristes et influence l'évolution du droit. Ainsi faut-il que la doctrine assume sa fonction d'oracle et d'augure du droit positif, afin de veiller à rendre le droit plus cohérent et mieux adéquat aux exigences sociales ».

²⁰⁰ V. Ph. JESTAZ, *Doctrines et jurisprudence, une liaison de 25 siècles*, 4e Conférence Albert-Mayrand, éd. Thémis Montréal, 2000, p. 1 ; Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, « Doctrines et jurisprudence : cent ans après », RTD civ. 2002, p. 1 ; J.-P. CHAZAL, « “Relire Josserand”, oui mais... sans le trahir », D. 2003, p. 1777.

²⁰¹ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, p. 163, n° 199.

²⁰² Sur l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit interne, V. not. S. HENNION-MOREAU, « L'influence du droit social communautaire sur le droit interne », *Dr. social* 1992, p. 736 ; Fr. GAUDU, « L'influence du droit communautaire sur la politique de l'emploi », *Dr. social* 1993, p. 801 ; S. LAULOM, « L'organisation du temps de travail sous l'influence des droits sociaux européens et ses nombreuses références », RDT 2011, p. 298. Sur une influence générale, C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », in *Revue Droits*, t. 33, *Ordre juridique* 1/, p. 25 ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », D. 2006, p. 2279. Sur l'influence du principe hiérarchique, V. P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », article précité ; Sur l'influence des phénomènes sociaux sur l'évolution de la durée du droit du travail, V. Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », *Dr. social* 2009, p. 251 ; Sur l'influence du droit du travail sur le droit civil, V. not. J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. social* 1988, p. 405 ; P.-Y. GAUTIER, « Les interactions du droit civil et du droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, préc., p. 129 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vue du droit civil : l'unité du droit des obligations », in *Regards croisés sur le droit social*, Sem. sociale Lamy, suppl. n° 1095, 28 oct. 2002, p. 31.

principalement à déterminer une articulation afin d'établir un rapport hiérarchique et afin d'organiser les sources dans un ensemble.

Or, ce qui sera nommé « phénomène d'influence des sources du droit sur le contrat de travail » ou « phénomène d'influence » tend à analyser des rapports bilatéraux sans toutefois chercher à les hiérarchiser. L'étude de cette méthode d'articulation implique l'analyse des influences que peuvent avoir chaque niveau de source du droit sur la forme ou le contenu du contrat de travail : comment il le modèle, comment il le contraint, comment il le renforce.

Ainsi, le dispositif hiérarchique est-il « en crise »²⁰³ et le propos de cette analyse, s'il n'exclut pas le dispositif hiérarchique, tend à proposer une méthode alternative d'articulation.

En ce sens, il s'agit de décomposer le système hiérarchique pour analyser et articuler individuellement chaque niveau de source avec le contrat de travail : sources classiques (supranationales et internes) puis sources spéciales (source conventionnelle et pouvoirs de l'employeur).

Tous ces éléments, appliqués et articulés entre eux, influencent la pratique et l'évolution du droit du travail. Toutefois, l'influence majeure, la plus dynamisante, est celle que les sources du droit exercent entre elles. Parmi les sources du droit, le contrat de travail représente un concentré d'influences des sources l'entourant qui font l'identité de ce dernier. Le contrat de travail, renforcé par les dispositions provenant de différentes sources, peut donc développer un phénomène de résistance aux sources qui l'entourent.

27. La notion de résistance est polysémique. Définie dès le XIII^e siècle comme la « qualité par laquelle un corps résiste à l'action d'un autre corps »²⁰⁴ elle désignait en physique la « force qui s'oppose, ou annule l'effet d'une autre force »²⁰⁵. Employée au sujet de l'électricité, au XIX^e siècle elle était le « conducteur conçu pour dégager une puissance thermique déterminée »²⁰⁶. Dès lors, la résistance implique l'opposition et la puissance.

Ainsi, dès 1404, la résistance désigne-t-elle l'« action de se défendre par les armes, de s'opposer par la force à une personne ou un groupe qui emploie la force ou la contrainte

²⁰³ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », article précité.

²⁰⁴ ARISTOTE, R. EDGREN, *Mahieu le Vilain: Les Metheores d'Aristote. Traduction du XIII^e siècle*, publiée pour la première fois par R. EDGREN. Upsal, Almqvist et Wiksells, 1945, p. 38

²⁰⁵ N. ORESME, *Livre du Ciel et du Monde*, éd. A. D. MENUT, University of Wisconsin Press, 1941, p. 110.

²⁰⁶ E. JACQUEZ, *Dict. d'électricité et de magnétisme : étymologique, historique, théorique, technique avec la synonymie française, allemande & anglaise*, Librairie C. Klincksieck, 1887, p. 171

physique »²⁰⁷. Dès années plus tard, la « Résistance française » a, quant à elle, marqué l'Histoire de France lors du conflit mondial de 1939-1945 : définie comme l'« Ensemble des actions menées, durant la Seconde Guerre mondiale, contre les occupants et leurs auxiliaires »²⁰⁸, elle est « perçue comme une force occasionnelle »²⁰⁹.

28. L'articulation des sources du droit suppose une interactivité de ces dernières. En raison de ses significations, le terme « résistance » a été choisi afin de définir la dynamique entre le contrat de travail et les autres sources du droit et se révèle indispensable du fait de la disproportion existant dans leurs rapports²¹⁰. Dès lors, « le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit » est possible en raison de l'autonomie des sources du droit et se révèle principalement dans l'articulation du contrat de travail avec les sources spéciales du droit du travail²¹¹ : la problématique de la résistance du contrat de travail aux autres sources du droit se pose particulièrement lorsque le travail est atteint au moyen de sa modification par une autre source²¹².

²⁰⁷ Chr. De PISAN, *Livre de Charles V*, éd. S. Solente, t. 1, p. 130.

²⁰⁸ Ch. De GAULLE, *Discours*, 18 juin ds *Discours et Messages*, p. 4: la flamme de la résistance française.

²⁰⁹ Encyclopédie Larousse, dossier spécial « La résistance française », http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/la_R%C3%A9sistance/138691#118455.

²¹⁰ V. not., J.-M. CHONNIER, « 'L'étrange cas' de la modification du contrat de travail », D. 2005, p. 2912 : « Lieu de rencontre, ou tout au moins de croisement, de l'inégalité hiérarchique et de l'égalité contractuelle, le contrat de travail noue entre l'employeur et le salarié une relation que menace sans cesse le déséquilibre : d'un coté la subordination qui contraint le salarié à se soumettre au pouvoir de direction de l'employeur, de l'autre le contrat qui lui permet d'y résister ».

²¹¹ V. not. J. BARTHÉLÉMY, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », Dr. social 2003, p. 25 ; « Modulation des horaires et contrat de travail », Dr. social 2011, p. 151 ; J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », Dr. social 2006, p. 24 ; « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », article précité ; G. BORENFREUND, « La résistance du contrat de travail à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », Dr. social 1990, p. 62 ; « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316 ; Fr. FAVENNEC, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Sem. Sociale Lamy, 9/03/2015, suppl. n° 1667 ; M.-A. MOREAU, « Temps de travail et charge de travail », Dr. social 2000, p. 263 ; H. TISSANDIER, « Quelle capacité de résistance du contrat de travail face à un accord de réduction du temps de travail ? », RDT 2006, p. 188 ; E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », Dr. social 2014, p. 438.

²¹² V. not. G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif », Dr. social 1990, p. 626 ; G. BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. ouvrier 1997, p. 514 ; M. MORAND, E. DOCKÈS, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », RDT 2007, p. 144 ; J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », article précité.

29. La résistance face à l'influence, l'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit garde un goût de dispositif hiérarchique. C'est pourquoi, le développement de notre propos conservera comme modèle l'organisation pyramidale telle que connue.

De manière générale, il est important de s'interroger sur la façon dont les sources du droit viennent moduler le contenu contractuel au moment de sa conclusion, mais également pendant l'exécution du contrat individuel de travail. Toutefois, parallèlement à ce phénomène, le contrat de travail peut s'opposer aux autres sources du droit notamment par des mécanismes de dérogation ou d'opposition afin de conserver, « compte tenu de la nature de son patrimoine héréditaire et de celle de son environnement, (...) une bonne santé jusqu'à l'âge le plus avancé de sa vie »²¹³.

En ce sens, la question centrale est : quels sont les effets produits par l'interaction entre le contrat de travail et les autres sources du droit ?

Ainsi, le thème de l'équilibre entre subordination et autonomie du contrat de travail par rapport aux autres sources est-il central, notamment lors de l'étude de la modification du contrat de travail.

Les articulations entre le contrat de travail et les autres sources du droit étant multiples, l'intérêt du sujet est d'une part, de comprendre les évolutions du contenu du contrat de travail et d'autre part, de mesurer les implications de ces articulations en contentieux du travail.

Dès lors, l'étude de l'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit tend à s'analyser au moyen du phénomène d'influence des sources sur le contrat de travail (Partie 1) et du phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources (Partie 2).

²¹³ J. RUFFIÉ, *Naissance de la médecine prédictive*, Odile Jacob, 1993, p. 61.

Partie 1. L'influence des sources du droit sur le contrat de travail

Partie 1. L'influence des sources du droit sur le contrat de travail

30. Organisant l'ordonnement juridique, la pyramide des normes²¹⁴ de KELSEN²¹⁵ instaure, grâce au principe de légalité²¹⁶, une relation hiérarchique entre les sources du droit qui « bénéficie toujours, malgré les changements de nature qui affectent le droit, d'un certain succès »²¹⁷. Dès lors, ce dispositif hiérarchique soulève généralement des problématiques liées à la validité et à la conformité des sources, à la supériorité des unes par rapport aux autres, à la détermination de la source applicable en cas de conflit.

31. On sait que les sources du droit du travail s'étendent des sources supranationales jusqu'au contrat de travail qui se situe au cœur de l'application des sources du droit. Dès lors, la question de son articulation avec les autres sources du droit ne peut se résoudre à être restreinte à une organisation hiérarchique. Elle n'est pas uniquement conflictuelle, elle correspond à une influence des autres sources sur le contrat de travail qui trouve à s'appliquer de la phase précontractuelle jusqu'à la rupture du contrat de travail.

L'analyse de l'influence des sources du droit vise d'une part, à démontrer comment ces dernières exercent un pouvoir et une action (directe ou indirecte) sur le contrat de travail et d'autre part à analyser les effets constatés sur le contenu et l'exécution contractuelle.

32. Pris isolément, chaque niveau de source du dispositif hiérarchique exerce une influence sur le contrat de travail. Ainsi, qu'il s'agisse de sources classiques ou de sources

²¹⁴ Sur la hiérarchie des normes, V. not. B. BEIGNIER et St. MOUTON, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », D. 2001, chron. p. 1636 ; L. DUBOIS, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *Mélanges BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 205 ; Fr. GRANET, « Perturbation dans la hiérarchie des normes », in *Études P. CATALA*, 2001, Litec, p. 41 ; J.-Cl. SOYER, « Loi nationale et Convention EDH », in *Mélanges J. FOYER*, 1997, PUF, p. 125 ; A. TOUFFAIT, « Traité et loi postérieure », in *Études M. ANCEL*, 1975, Pédone, t. 1, p. 379 ; M. MONIN, « 1989 : Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes », D. 1990, chron. p. 27 ; P. PUIG, « Hiérarchie des normes: du système au principe », RTD civ. 2001, p. 749 ; D. de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, thèse Paris, 1996.

²¹⁵ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, préface de B. TEYSSIÉ, Economica, 2008, p. 23, n° 24.

²¹⁶ D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'état de droit, Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Dalloz, 1996, p. 403 ; Fl. CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité – Développements récents », AJDA 2009, p. 1650 ; V. également, au sujet du « principe de normativité », plus général que le principe de légalité, J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 39.

²¹⁷ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, op. cit., p. 23, n° 24.

spéciales, l'étude de l'articulation entre le contrat de travail et les sources du droit du travail nécessite l'analyse de l'influence individuelle exercée par chaque niveau de source sur le contrat de travail. Dès lors, afin d'être précise et complète, l'étude de l'influence des sources du droit sur le contrat de travail implique de respecter l'ordre tel qu'entendu par le « dispositif hiérarchique »²¹⁸ des sources du droit.

33. Il s'agit donc d'analyser comment chaque source du droit va agir sur le contrat de travail. Dans un souci de clarté, l'étude de l'influence des sources du droit sur le contrat de travail va se dérouler suivant la logique de la hiérarchie des normes : du niveau le plus général, les sources du droit classiques (Titre 1), pour s'arrêter au plus proche du contrat de travail, les sources spéciales qui regroupent les sources conventionnelles et les pouvoirs de l'employeur (Titre 2).

²¹⁸ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, *op. cit.*

Titre 1. L'influence des sources classiques sur le contrat de travail

34. « Outil d'organisation et de lecture du rapport de travail »²¹⁹, le contrat de travail est au centre du droit du travail et se construit principalement sur les fondements du droit national.

Toutefois, on le sait, le droit national n'est pas autonome. La loi dépend du droit externe qui, selon l'article 55 de la Constitution, a « une autorité supérieure à celle des lois » sous réserve « de son application par l'autre partie ».

Dès lors, la question de l'articulation du contrat de travail avec les sources du droit classiques implique de se poser une question : l'articulation entre le contrat de travail et les sources du droit classiques implique-t-elle obligatoirement une relation hiérarchique ?

35. L'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit peut être envisagée d'un autre point de vue que celui du « dispositif hiérarchique » ; elle peut s'imposer *via* une relation d'influence entre les sources de droit classiques et le contrat de travail.

Bien que la transposition du droit de l'Union européenne en droit interne permette aux deux niveaux de sources de ne former qu'un seul corps de règles qui « sont donc conjointement applicables par les mêmes organes aux mêmes sujets »²²⁰, une étude dissociée de ces deux niveaux de sources est nécessaire pour que l'analyse de l'influence des sources du droit sur le contrat de travail soit complète. Cette analyse répond à un double objectif.

36. D'une part, le rapport hiérarchique des sources du droit ne répondant que partiellement à la question de l'articulation du contrat de travail avec les sources de droit classiques, il s'agit d'explorer les méthodes d'application des sources supranationales en droit interne qui aboutissent à la dynamisation de l'influence des sources supranationales sur le contrat de travail (Chapitre 1).

D'autre part, le droit interne, recevant lui-même l'influence des sources supranationales, constitue le socle de la construction contractuelle qui sera complété par la source jurisprudentielle. La loi et la jurisprudence, situées au carrefour des sources du « dispositif

²¹⁹ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, dir. P.-H. ANTONMATTEI, Montpellier, 2010, p. 51.

²²⁰ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, L.G.D.J, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2014, p. 183.

hiérarchique », sont le vecteur de l'influence de l'ensemble des sources du droit sur le contrat de travail (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'influence des sources supranationales sur le contrat de travail

37. Selon les Professeurs KELLER et LYON-CAEN, « La loi n'est plus souveraine ; elle est sous influence. Des sources du droit plus puissantes ont primauté sur elle, et donnent contenu aux rapports de travail »²²¹. Le constat est donc le suivant : les sources du droit ont un lien entre elles qui va au-delà d'une relation hiérarchique.

38. Le contrat de travail est l'extrémité d'une chaîne dont les maillons sont les différentes sources du droit tant étatiques que supranationales.

Ainsi, l'articulation du contrat de travail avec les sources du droit supranationales nécessite-t-elle d'étudier l'organisation des sources du droit du travail de manière générale et de s'interroger sur leurs mécanismes d'articulation avec le contrat de travail en particulier. Cette articulation implique un phénomène d'influence des sources du droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sur le contrat de travail qui va pouvoir agir directement ou indirectement sur le contrat de travail (Section 1).

L'effectivité de l'influence des sources supranationales sur le contrat de travail présente un intérêt tout particulier, dès lors qu'un litige horizontal (entre particuliers) est présenté devant une juridiction européenne ou nationale (Section 2).

²²¹ M. KELLER, G. LYON-CAEN, « Les sources du droit du travail », Répertoire de droit du Travail n° 134, 2012.

Section 1. L'influence imposée

39. L'étude de l'articulation du contrat de travail avec les sources supranationales impose de s'interroger au préalable sur l'organisation générale des sources du droit du travail (§1). Mettant en évidence l'absence d'une apparente organisation hiérarchique, cette analyse révèle l'existence d'un phénomène d'influence du droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sur le contrat de travail (§2).

§1. Le dispositif hiérarchique écarté

40. Afin d'étudier l'articulation du contrat de travail avec les sources supranationales, la méthode classique commanderait une étude suivant la hiérarchie des normes (A). Or, l'analyse de l'articulation des sources du droit du travail a par le passé, déjà démontré que cette méthode n'était pas satisfaisante (B).

A. La hiérarchie en apparence affirmée

41. Le sens et la portée d'une norme juridique dépendent de son intégration dans un ordre ou un système juridique²²². Pour déployer tous les effets qu'elle pourrait produire, elle doit obéir à une hiérarchie normative²²³. À ce titre, l'interaction entre le contrat de travail et les sources supranationales est due aux principes de primauté (1) et d'effet direct (2) exercés par les sources du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail.

Fonctionnant à l'image d'un « tandem »²²⁴ dans la jurisprudence de la Cour de Justice, ces deux principes semblent affirmer qu'il existe une supériorité du droit de l'Union européenne sur le droit interne, à condition que l'on accepte l'intégration du droit de l'Union européenne à l'ordre juridique interne.

²²² V. not. Ph. MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », RTD eur. 1994, p. 609 ; C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme, le tracé et la mesure », APD 2008, t. 51, *L'égalité*, p. 341 ; C. THIBIERGE (dir.), *La force normative - naissance d'un concept*, Bruylant/L.G.D.J., 2009.

²²³ F. PICOD, « La normativité du droit communautaire », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : la normativité) - janvier 2007.

²²⁴ J.-V. LOUIS, T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, L.G.D.J., 2005, p. 305.

1. Le principe de primauté du droit supranational sur le contrat de travail

42. Par sa formulation, l'article 55 de la Constitution énonce l'existence d'une « autorité supérieure » des normes supranationales sur le droit interne et donc sur le contrat de travail²²⁵.

Ainsi, suppose-t-elle le principe de primauté des normes supranationales.

Ce principe du droit de l'Union européenne a valeur absolue²²⁶ et implique principalement, lors de conflits entre normes supranationales et normes internes²²⁷, la suprématie des sources supranationales sur l'ensemble des sources de droit interne²²⁸. En ce sens, n'importe quelle norme de droit interne (loi, règlement, arrêté, ordonnance, etc.) contraire à une source du droit de l'Union européenne doit être ignorée. Elle n'emporte pas invalidité de la norme interne, elle la rend inapplicable²²⁹ : il s'agit d'un effet d'éviction.

Cette mise à l'écart s'explique par le fait que « la norme communautaire est à la fois automatiquement et pleinement valable dans l'ordre juridique interne, c'est le principe de l'immédiateté, [et qu'] elle est supérieure à toutes les normes internes »²³⁰.

Ainsi, la primauté des sources supranationales va-t-elle permettre d'une part, leur intégration²³¹ au droit interne et d'autre part, d'instaurer, en cas de conflit, la supériorité du droit externe sur le contrat de travail. Cette supériorité supposerait donc l'existence d'une

²²⁵ Const. art. 55 : « les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

²²⁶ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125 ; V. not. TPI Ord. 2 avril 2004, *Gonnelli*, aff. T-231/02, spéc. pt 57 : « Les requérants ne sauraient pas davantage soutenir dans leurs observations sur l'exception d'irrecevabilité que, afin de remédier à ce prétendu déficit de protection juridictionnelle, la Cour constitutionnelle italienne serait susceptible de ne pas appliquer les actes communautaires contraires aux droits fondamentaux contenus dans la constitution nationale, le droit communautaire ayant, selon une jurisprudence constante, primauté sur le droit national » ; CJCE 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff. C-285/98, Rec. p. I-69.

²²⁷ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », RTD civ. 2001, p. 749, spéc. p.772 : « dans le tout aussi célèbre arrêt *Costa c/ ENEL* du 15 juillet 1964, la Cour proclame le principe de la primauté du droit communautaire, c'est en raisonnant, non pas sur une hiérarchie entre des normes, les normes d'origine communautaire étant hiérarchiquement supérieures à celles d'origine nationale, mais en se fondant sur la primauté de l'ordre communautaire sur l'ordre interne ».

²²⁸ Le principe de primauté est absent du Traité de Lisbonne, c'est à la Cour de Justice des Communautés Européennes qu'il est revenu de poser le principe. V. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/ 64, Rec. p. 1141 : « Issu d'une source autonome, le droit né du Traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ».

²²⁹ J.-V. LOUIS, T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., p. 143 ; CJCE, 24 mars 1988, *Commission c. Italie*, n° 104/86, Rec. p. 1799 ; CJCE, 22 octobre 1998, *IN. CO. GE. '90 et autres*, n° C-10 à 22/97, Rec. p. I-6307.

²³⁰ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, p. 27, n° 23.

²³¹ J.-V. LOUIS, T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., p. 142.

hiérarchie entre droit européen et contrat de travail. En ce qui concerne plus précisément le contrat de travail, les conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Conv. EDH), ou encore la Charte sociale européenne doivent donc recevoir application et, en cas de conflits de normes, l'emporter sur la norme de droit interne. Dès lors, sur le fondement de la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement du 22 juin 1982, la Chambre sociale de la Cour de cassation a écarté des périodes d'essai jugées « déraisonnables »²³². L'influence des sources supranationales sur le contrat de travail est donc, en ce sens, imposée par les mécanismes d'articulations du droit international et corroborée par le principe d'effet direct du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail.

2. L'effet direct du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail

43. La hiérarchisation des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit interne va servir les intérêts des particuliers, notamment grâce au principe dit « d'effet direct » qui permet aux justiciables de faire valoir des droits individuels que le juge doit sauvegarder²³³. Ainsi, ce principe fait-il l'objet de règles différentes, qu'il s'agisse d'un Traité, d'un règlement ou d'une directive.

L'effet direct des dispositions des Traités n'est possible qu'à certaines conditions. Pour qu'une Convention internationale ratifiée puisse en bénéficier, elle doit être suffisamment précise²³⁴ et doit être rédigée « d'une manière générale et dans des termes non équivoques »²³⁵ et inconditionnels²³⁶. Aussi, une stipulation est-elle d'effet direct lorsqu'elle

²³² Cass. soc., 4 juin 2009, n° 08-41359, D. 2010, p. 342 ; RDT 2009, p. 579, obs. S. TOURNAUX ; Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-17945, D. 2012, p. 226 ; Dr. social 2012, p. 321, obs. J. MOULY ; RDT 2012, p. 150, obs. S. TOURNAUX ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28512, D. 2012, p. 1341 ; D. 2013, p. 1026, obs. P. LOKIEC et J. PORTA.

²³³ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, n° 26/62, Rec. p. 1 ; Gaz. Pal. 1963, 1^{er} sem., p. 220 ; JCP G 1963, II, 13177, note F.-Ch. JEANTET ; E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 33, n° 35 ; R. LECOUR, *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976, p. 248 : « Effet direct : qu'est-ce à dire ? C'est le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer Traités, règlements, directives ou décisions communautaires. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes quelles que soit la législation du pays dont il relève. » ; G. RIVEL, « Retour sur la difficile intégration du droit communautaire par le juge administratif français », LPA 22 décembre 2006, p. 8, spéc. p. 10, « L'effet direct détermine les conditions auxquelles un particulier peut invoquer une disposition du droit communautaire dans le but de tirer un droit de celle-ci et, potentiellement, de faire écarter par le juge national toute disposition du droit national concerné et non compatible avec le droit communautaire ».

²³⁴ P. CHAUMETTE, « Le temps de travail du capitaine de navire clarifié par l'effet direct de la convention n° 180 de l'OIT », Dr. social 2013, p. 287 ; A. JEAMMAUD, « Sur l'applicabilité en France des Conventions internationales de travail », Dr. social 1986, p. 399.

²³⁵ CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, n° 152/84, Rec. p. 723.

« n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États » et « ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers »²³⁷.

L'effet direct des Traités présente deux dimensions, une dimension verticale (entre particuliers et États membres) et une dimension horizontale (entre sujets de droit) dès lors que les dispositions désignent les particuliers comme destinataires des droits et obligations créés²³⁸.

44. Les règlements, plus rares en droit du travail, bénéficient quant à eux, d'un effet direct « complet »²³⁹ dans l'ordre juridique interne des États membres. En revanche, les directives bénéficient d'un régime particulier dans la mesure où par principe, les directives n'ont pas vocation à avoir un effet direct : elles doivent faire l'objet d'une transposition en droit interne dont les modalités sont déterminées par les États membres qui disposent à cet effet d'une certaine marge d'appréciation.

Dès lors, dans les conflits relatifs au droit social, il convient de distinguer si le conflit présenté au juge national est un conflit vertical ou horizontal.

²³⁶ CJCE, 24 février 1994, *Comitato di coordinamento per la difesa della cava*, n° C-236/92, Rec. p. 483.

²³⁷ CE, 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, au Lebon ; AJDA 2012, p. 735 ; *ibid.* p. 936 ; *ibid.* p. 729, tribune Y. AGUILA, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; D. 2012, p. 1712, note B. BONNET ; *ibid.* 2013, p. 324, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; Dr. social 2012, p. 1014, étude J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ ; RFDA 2012, p. 547, concl. G. DUMORTIER ; *ibid.* p. 560, note M. GAUTIER ; *ibid.* p. 961, chron. C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLÉMENT-WILZ et Fr. MARTUCCI ; RDSS 2012, p. 940, note S. BIAGINI-GIRARD ; Constitutions 2012, p. 297, obs. A. LEVADE ; RTD civ. 2012, p. 487, obs. P. DEUMIER.

²³⁸ CJCE, 30 janvier 1974, *BRT c. SABAM*, n° 127/73, Rec. p. 51 ; E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 33, n° 35 ; B. MOUTEL, *L' "effet horizontal" de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse, Limoges, 2006, p. 12, n° 6. L'auteur définit l'effet horizontal et l'effet vertical de la manière suivante : « L'effet horizontal recouvre la relation nouée entre deux personnes privées, à l'inverse de l'effet vertical qui vise les rapports entretenus entre les particuliers et l'Etat. Ce dernier effet permet de protéger la sphère juridique des individus contre l'immixtion de la puissance publique. L'effet horizontal tend à préserver les droits reconnus contre les ingérences individuelles. Cette avancée remarquable dans la protection des droits de l'Homme peut emprunter deux voies, l'une européenne, l'autre interne. »

²³⁹ TFUE, art. 288 : « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre » ; CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, n° 43/71, Rec. p. 1039 : « En raison de sa nature même et de sa fonction dans le système des sources de droit communautaire, il produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger ».

45. Alors que dans les relations verticales entre travailleur et État, une directive peut avoir un effet direct sous certaines conditions²⁴⁰, le contraire est constaté dans les relations horizontales²⁴¹.

La distinction posée met en évidence l'existence d'une discrimination entre travailleurs²⁴² : alors que ceux de droit privé ne pourront pas invoquer des dispositions non transposées, ceux de droit public en auront la possibilité²⁴³. La possibilité pour les salariés de droit public²⁴⁴ de préférer invoquer les dispositions d'une directive, bien que non transposée, atteste le caractère hiérarchique de la relation entre normes supranationales et normes nationales²⁴⁵.

46. L'effet direct des sources du droit supranationales contribue à l'existence d'une « influence internationale »²⁴⁶ tournée vers la protection des salariés. Ainsi, ce principe a-t-il pu faire ses preuves, notamment lors du contentieux relatif au CNE, en imposant aux juridictions françaises d'appliquer des dispositions plus protectrices des salariés²⁴⁷ : obligation de motivation, respect d'une procédure, exigence d'une notification de la rupture, d'un préavis et d'une indemnité de départ, règles de preuve aménagées...

²⁴⁰ Les dispositions en cause doit être claires, inconditionnelles et suffisamment précises de telle sorte qu'elles puissent produire ses effets en dehors de toute mesure nationale ou communautaire complémentaire (CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec., p. 1337), ne doivent pas avoir été transposées, ou l'ont mal été, en droit interne dans les délais impartis (CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, n° 148/78, p. 1629). L'action contre l'État peut être élargie à « tout autre organisme ou entité soumis au contrôle de l'État ou qui disposent de pouvoirs exorbitants par rapport aux relations entre particuliers », (CJCE, 4 décembre 1997, *Kampelmann*, aff. C-253/96).

²⁴¹ CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84: Rec. CJCE 1986, p. 723 ; CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, Rec. CJCE 1994, I, p. 3325 ; CJCE, 7 mars 1996, *El Corte Inglés*, aff. C-192/94, Rec. CJCE 1996, I, p. 1281 ; CJCE, 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02 : Rec. CJCE 2004, I, p. 723 ; CJCE, 5 octobre 2004, aff. C-397/01 à C-403/01 : Rec. CJCE 2004, I, p. 8835 ; CJCE, 7 juin 2007, *Pfeiffer et a*, aff. C-80/06, Carp : Rec. CJCE 2007, I, p. 4473 ; Europe 2007, comm. p. 198 obs. D. SIMON ; CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10, D. 2012. 369 ; D. 2012, p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; RDT 2012, p. 371, obs. M. VÉRICEL ; RDT 2012, p. 578, chron. Ch. BOUTAYEB et E. CÉLESTINE ; RFDA 2012, p. 961, chron. C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLÉMENT-WILZ et Fr. MARTUCCI ; RTD eur. 2012, p. 490, obs. S. ROBIN-OLIVIER ; RTD eur. 2013, p. 677, obs. Fl. BENOIT-ROHMER ; RMCUE 2014, p. 243, chron. EKATERINI SABATAKAKIS. JCP S 2012, p. 1135, note E. ANDRÉO, J. MISEM. SOCIALE. LAMYIN ; Europe 2012, p. 127, note L. DRIGUEZ ; Europe 2012, p. 115, note D. SIMON. V. égal. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3e éd.

²⁴² P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, coll. Traités, 2^e éd., 2014, p. 121, n° 120-2.

²⁴³ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec., p. 1651, concl. M. DARMON.

²⁴⁴ CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, aff. C-188/89, Rec. I. p. 3314. Seuls sont concernés les organismes chargés d'un service d'intérêt public et disposant à cet effet de pouvoirs exorbitant de droit commun.

²⁴⁵ V. N. MOIZARD, « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français », Dr. social 1999, p. 916.

²⁴⁶ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », Dr. social 2008, p. 660.

²⁴⁷ Cass. soc., 1er juillet 2008, n° 07-44124, Bull. civ. V, n° 146 ; D. Sirey 2008, p. 1986, note S. MAILLARD ; JCP E 2008, p. 46 ; A. CHIREZ, « Florilèges de beaux principes autour d'un CNE désamorcé », Dr. ouvrier 2008, p. 512 ; Fr. DUMONT, « Contrat Nouvelle Embauche : Suite et fin », JCP S 2008, p. 21 ; A. CHEVILLARD, « La non-conformité de l'ordonnance instituant le contrat "Nouvelles embauches" à la convention numéro 158 de l'OIT : suite et fin ? », Rev. Lamy Droit des affaires 2009, p. 51.

Dès lors, selon cette conception hermétique, confortées par les principes de primauté et d'effet direct, les sources supranationales sembleraient-elles s'imposer comme hiérarchiquement supérieures au droit interne et donc au contrat de travail. Toutefois, ce dispositif hiérarchique ne peut pas s'appliquer en droit du travail lorsque surgissent des conflits.

B. La hiérarchie en substance contestée

47. Les principes de primauté et d'effet direct dont peuvent jouir certaines normes supranationales ne suffisent pas à imposer une supériorité hiérarchique inconditionnelle du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail.

Si la primauté du droit supranational est effective en cas de conflit avec une loi interne²⁴⁸, elle est remise en cause dès lors qu'une de ses dispositions entre en conflit avec une norme constitutionnelle²⁴⁹.

En ce sens, les divergences existant entre juges de la Cour de Justice et juges internes²⁵⁰ conduisent à admettre que la hiérarchie « doit être recherchée dans une conception non plus absolue, mais relative »²⁵¹.

En France, le Conseil d'État et la Cour de cassation se sont prononcés tour à tour au sujet de cette articulation entre droit constitutionnel et normes supranationales, d'abord en 1998²⁵²

²⁴⁸ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, n° 73-13556, Bull. Chambre MIXTE n° 4, p. 6 ; D. 1975, p. 497, concl. A. TOUFFAIT ; CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, Rec. Lebon p. 190 ; D. 1990, p. 135, note P. SABOURIN ; Cass. soc., 29 mars 2006, *S^é Euromédia Télévision c/ M. Peter*, n° 04-46499, Bull. civ. V, n° 131, p. 127 ; D. 2006, p. 2228, obs. E. CHEVRIER, note L. PERRIN ; RDT 2006, p. 273, obs. P. LOKIEC ; Dr. social 2006, p. 636, avis DUPLAT ; v. égal. : Cass. Ass. Plén., 14 octobre 1977, JDI 1978, p. 304, note G. LYON-CAEN ; GADT, n° 23 (à propos d'un conflit entre la convention judiciaire franco-helvétique et des dispositions du C. trav.) ; Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, Doc. fr., 2000.

²⁴⁹ V. not. J. ROSSETTO, « Ordre constitutionnel interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de J.-Fr. LACHAUME*, Dalloz, 2007, p. 889.

²⁵⁰ V. E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, op. cit., p. 56, n° 61 ; P. CASSIA, « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », Europe décembre 2004, p. 6, spéc. p.7. L'auteur évoque un « double monologue » entre juges communautaires et juges internes.

²⁵¹ B. LAMY et P. DEUMIER, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », LPA 9 octobre 2000, p. 8, spéc. p. 12.

²⁵² CE, 30 octobre 1998, *Sarran*, Rec. p. 368 ; RFDA 1999, p. 89, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; D. 2000, Jur. p. 152, obs. E. AUBIN ; V. N. MOLFESSIS, « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État », RTD civ. 1999, p. 232.

pour l'un puis en 2000²⁵³ pour l'autre. Si tous les deux ont conclu à la supériorité de la Constitution sur l'ordre juridique international, la Cour de cassation a toutefois opéré une distinction entre droit international et droit de l'Union européenne. Ce dernier ne peut donc plus « être assimilé purement et simplement au droit international conventionnel, tant du point de vue de son statut dans la hiérarchie des normes interne que du point de vue de la fonction du juge national quant au contrôle de conventionalité des dispositions du droit interne, fussent-elles de valeur constitutionnelle »²⁵⁴.

Quant à la position du Conseil constitutionnel, elle fut plus délicate. Ne pouvant se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi de transposition, il peut néanmoins statuer sur la constitutionnalité d'une loi qui aurait mal ou seulement partiellement transposé les dispositions de la directive européenne²⁵⁵.

En dépit de cette compétence particulière, le Conseil constitutionnel rappelle les solutions auparavant prononcées tant par le Conseil d'État que par la Cour de cassation et réaffirme la souveraineté de l'État²⁵⁶.

²⁵³ Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisie*, n° 99-60274, Bull. Ass. Plén. n° 4, p. 7 ; obs. A. RIGAUX et D. SIMON, « Droit communautaire et Constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, à propos de l'arrêt *Fraisie* du 2 juin 2000 », Europe, août septembre 2000, p. 3. Par cette décision, la Cour de cassation réserve au système établissant le droit communautaire un traitement spécifique par rapport aux autres engagements internationaux. Elle retient que la suprématie conférée auxdits engagements ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle.

²⁵⁴ A. RIGAUX et D. SIMON, « Droit communautaire et Constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, à propos de l'arrêt *Fraisie* du 2 juin 2000 », article précité, spéc. p. 6 ; E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 49, n° 53.

²⁵⁵ Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JCP 2004. II. 10116, note J.-C. ZARKA, et adm. coll. terr. p. 1620, note O. GOHIN ; AJDA 2004, p. 1385, tribune P. CASSIA ; AJDA 2004, p. 1497, tribune M. VERPEAUX ; AJDA 2004, p. 1534, note J. ARRIGHI DE CASANOVA ; AJDA 2004, p. 1537, note M. GAUTIER et F. MELLERAY ; AJDA 2004, p. 1937, note D. CHAMUSSY ; AJDA 2004, p. 2261, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT ; RFD adm 2004, p. 651, chron. B. GENEVOIS ; RD publ. 2004, p. 869, comm. coord. H. OBERDOFF, 878, chron. J.-P. CAMBY, 889, chron. A. LEVADE, et 912, chron. J. ROUX, LPA. 14-15 juillet 2004, p. 3, étude F. CHALIEL, Europe, août-sept. 2004, p. 6, étude X. MAGNON ; Dr. adm. 2004, n° 130, note M. VERPEAUX, chron. D. BAILLEUL ; RJF 2004, n° 1148 ; RTD eur. 2004, p. 580, note J.-P. KOVAR ; V. égal. D. CHAGNOLLAUD, « La Constitution française ne peut pas être révisée par voie de directives », D. 2005, p. 100 ; V. égal. E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 50, n° 54.

²⁵⁶ Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505, DC, JO 24 novembre 2004, p. 19885 : « Considérant que, si l'article I-1 du traité substitue aux organisations établies par les traités antérieurs une organisation unique, l'Union européenne, dotée en vertu de l'article I-7 de la personnalité juridique, il ressort de l'ensemble des stipulations de ce traité, et notamment du rapprochement de ses articles I-5 et I-6, qu'il ne modifie ni la nature de l'Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées, de l'article 88-1 de la Constitution ; que, dès lors, l'article I-6 du traité soumis à l'examen du Conseil n'implique pas de révision de la Constitution » ; V. R. LIBCHABER, « La vision du monde de la Cour de cassation », RTD civ. 2000, p. 672 ; VI. CONSTANTINESCO, « Les rapports entre les traités et la Constitution : du droit interne au droit communautaire », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, p. 463 ; E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 50, n° 55.

48. La remise en cause de la suprématie de l'ordre juridique constitutionnel sur l'ordre juridique de l'Union européenne est notamment dénoncée par Émeric JEANSEN qui soutient que « la fiction de la primauté de la Constitution devrait être abandonnée »²⁵⁷ à cause de l'uniformisation des normes entre droit de l'Union européenne et droit interne²⁵⁸.

49. C'est donc dans le constat du dépassement d'une organisation hiérarchique²⁵⁹ que s'impose l'affirmation de l'existence d'une influence entre normes supranationales et droit interne²⁶⁰. Le phénomène d'influence est donc un principe à part entière qui a notamment contribué à la reconnaissance du droit de l'Union européenne comme un droit dissocié du droit international²⁶¹.

En ce sens, dispositif hiérarchique et phénomène d'influence se distinguent par l'orientation des phénomènes : alors que le dispositif hiérarchique suppose un mouvement à sens unique, le phénomène d'influence s'applique indifféremment.

D'une part, l'influence du droit de l'Union européenne lui permet d'agir sur le droit interne de façon transversale²⁶² et donc sur le contrat de travail et d'autre part, le droit administratif influence le droit de l'Union européenne, notamment par les documents « pré-législatifs »

²⁵⁷ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 51, n° 55.

²⁵⁸ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 57, n° 61. L'auteur soutient que la distinction entre ordre international et ordre interne est dépassée du fait de l'uniformisation des normes : « Sous réserve d'une éventuelle poussée de souverainisme, il est de moins en moins de situations susceptibles de donner naissance à un conflit de normes entre droits internes et droit communautaire : les dispositions légales se plient aux objectifs fixés par les directives ; les dispositions constitutionnelles s'uniformisent. La question de la primauté perd de son acuité ». V. égal., J. ROSSETTO, « Ordre constitutionnel interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie », *op. cit.*

²⁵⁹ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail, op. cit.*, p. 51, n° 56 : « le droit national s'employant à rechercher une "couverture constitutionnelle" pour justifier la place du droit communautaire dans l'ordre juridique interne, il est impossible d'envisager le droit communautaire comme hiérarchiquement supérieur au droit national comme l'y incite pourtant la jurisprudence de la Cour de justice »

²⁶⁰ sur l'existence d'une influence entre droit de l'Union européenne et droit interne, V. not. L. AZOULAY, « La constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », RFDA 2003, p. 859. L'auteur évoque « l'aire de l'influence de la Communauté » ; R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 2^e éd., 1997.

²⁶¹ A. MINET, « Le statut particulier du droit de l'Union européenne sur le droit français », RFDA 2013, p. 1199, spéc. p. 1201 : « La prise en compte de l'article 88-1 de la Constitution conférant à l'Union européenne un fondement constitutionnel propre ou encore l'influence de la jurisprudence de la CJUE ont contribué à l'émergence de solutions jurisprudentielles nouvelles qui laissent à penser que les spécificités "vont en s'affirmant" et que le particularisme serait devenu prédominant ».

²⁶² E. DUBOUT, B. NABLI, « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », RFDA 2010, p. 1021.

élaborés par la Commission européenne²⁶³. Dès lors, le Professeur CASSIA explique que « c'est seulement au cours de la phase de discussion que l'influence des Etats membres peut jouer sur le contenu définitif de l'acte communautaire »²⁶⁴, à tel point que le Sénat insiste sur le développement d'une « logique d'influence »²⁶⁵.

§2. L'influence du droit européen acceptée

50. Bâti conformément au droit interne, la forme et le contenu du contrat de travail ne reflètent pas directement les exigences posées par les sources supranationales. Or, le droit du travail interne doit d'une part, respecter les contraintes imposées par les normes supranationales et d'autre part, élaborer des normes en fonction des influences qui proviennent tant du droit de l'Union européenne (A) que des instances du Conseil de l'Europe (B).

²⁶³ D. DERO, « Le livre vert de la Commission européenne », RTD eur. 2005, p. 81 ; P. CASSIA, « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », RFDA 2007, p. 1105, spéc. p. 1106 : « les administrations françaises puissent réagir dès le stade de la publication des communications de la Commission, soit par l'intermédiaire d'un Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) renforcé, soit le cas échéant avec le concours du Conseil d'Etat, soit par la création d'une structure ad hoc auprès du Président de la République, chargée notamment de délibérer sur les échéances prévisibles et d'identifier, de façon prospective, les initiatives, les impulsions ou les propositions susceptibles d'être promues par la France auprès de ses partenaires et des institutions européennes ».

²⁶⁴ P. CASSIA, « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », article précité.

²⁶⁵ Intervention du rapporteur, M. P. MARINI, p. 33 : Sénat, Rapport d'information n° 302, 4 mai 2007 ; P. CASSIA, « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », article précité.

A. L'influence du droit de l'Union européenne

51. Le droit du travail et la réglementation du contrat de travail nécessitent d'être organisés au plus près des salariés et de leur environnement social et culturel. Bien que l'Union européenne ne dispose pas de compétences en matière de politique sociale, elle exerce toutefois une influence subsidiaire, dès lors que la politique de l'État membre devient insuffisante (1). L'effectivité du phénomène d'influence du droit de l'Union européenne se confirme notamment en matière de garanties apportées par les droits fondamentaux au contrat de travail (2).

1. Une influence subsidiaire

52. L'Union européenne n'a pas compétence pour intervenir dans tous les domaines du droit du travail²⁶⁶ : alors que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) a écarté les compétences communautaires en matière de politique sociale, de rémunération, de droit d'association, de droit de grève et de *Lock-out*, la politique pour l'emploi permet une articulation entre contrat de travail et sources supranationales²⁶⁷.

En effet, grâce aux « lignes directrices »²⁶⁸ non-contraignantes fixées par le Conseil, la politique d'emploi des États membres est orientée selon les objectifs fixés par l'Union.

Ainsi, n'entreprenant aucune harmonisation des dispositions législatives et réglementaires nationales, l'Union respecte-t-elle les compétences des États membres qui déterminent, en s'inspirant des « grandes orientations », leurs politiques respectives en matière d'emploi. Dès lors, l'Union européenne « donne priorité à l'action normative des États membres sur l'intervention communautaire »²⁶⁹ et n'intervient qu'au moyen du principe de subsidiarité.

²⁶⁶ V. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2015, p. 52, n° 72.

²⁶⁷ TFUE, art. 5§2 : « L'union prend des mesures pour assurer la coordination des politiques de l'emploi des États membres, notamment en définissant les lignes directrices de ces politiques ».

²⁶⁸ Les lignes directrices du Conseil indiquent la voie à suivre pour la coordination des politiques pour l'emploi des États membres de l'Union européenne (UE). Reposant sur les objectifs de la stratégie Europe 2020, ces lignes soutiennent les réformes en faveur d'une croissance durable, axée sur la connaissance et l'innovation. En ce sens, les « lignes directrices » sont les suivantes : Renforcer la participation au marché du travail, développer une main-d'œuvre qualifiée, améliorer les systèmes d'éducation et de formation, combattre l'exclusion sociale.

²⁶⁹ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 53, n° 37.

53. Traduisant le « respect de l'identité nationale »²⁷⁰, le principe de subsidiarité²⁷¹ se justifie « en cas de carence de l'action étatique »²⁷² puisque l'appréciation de la réglementation des questions relatives au droit du travail « appartient, dans l'état actuel du droit communautaire, aux États membres »²⁷³.

En ce sens, le principe de subsidiarité peut reléguer le droit de l'Union au second rang²⁷⁴. L'idée d'une hiérarchie des normes hermétique est donc mise à mal au profit d'une obligation de coopération entre les pouvoirs mais également au profit du phénomène d'influence des sources supranationales sur le droit interne et sur le contrat de travail.

Plus précisément, bien que ne régissant pas directement les règles relatives au contrat de travail, le droit de l'Union européenne influence de façon significative le droit interne et de fait, le contenu du contrat de travail.

54. L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail est « ambiante » : elle plane sur le Code du travail sans y figurer directement.

Ainsi, transite-t-elle par le biais du droit interne qui a toute latitude pour produire, tant que possible, des normes en droit du travail²⁷⁵. Le caractère « indirect » de l'influence exercée se justifie par la singularité des relations de travail, selon l'État membre concerné. Toutefois, l'influence du droit externe sur le droit interne se concrétise notamment par l'obligation faite aux États membres de transposer les directives de l'Union européenne.

²⁷⁰ P. RAMBAUD, J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, *L'union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2014, p. 282, n° 337 ; V. J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Ellipse, Paris, 1997.

²⁷¹ V. not. Ph. LANGLOIS, « Europe sociale et subsidiarité », *Dr. social* 1993, p. 201 ; G. LYON-CAEN, « Subsidiarité et droit social européen », in *Études en l'honneur de Lord WEDDERBURN*, *Dr. social* 1997, p. 382 ; K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte », *Cah. Dr. eur.* 1994 ; G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité... une énigme et beaucoup d'attentes », *RTD eur.* 1994, p. 373 ; VI. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité, un passage obligé », in *Mélanges BOULOUISS*, Dalloz, 1991, p. 35 ; M. SCHMITT, *L'autonomie collective des partenaires sociaux dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du principe de subsidiarité*, Thèse, Strasbourg, 2007.

²⁷² P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 59, n° 38.

²⁷³ CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B. et Q PLC*, aff. 145/88, Rec. p. 3851 ; V. égal. Avis 2/91, JO n° C 109, 19 avril 1993, *RTD eur.* 1993, p. 545 : « en l'état actuel du droit communautaire, la politique sociale relève d'une manière prépondérante du domaine de la compétence des États membres ».

²⁷⁴ L'Union européenne n'agissant que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les Traités, toute compétence non attribuée à l'Union appartient aux États. L'Union européenne n'intervient donc qu'à défaut de compétence de l'État.

²⁷⁵ V. not. TFUE, art. 153.5 qui déclare explicitement que l'UE n'a pas de compétences en matière de politique salariale.

55. La transposition des directives est une obligation du droit de l'Union européenne et constitutionnelle dont le respect implique une transposition fidèle, complète et ponctuelle²⁷⁶. Elle n'est pas une option offerte. L'État a l'obligation de transposer la directive, mais l'Union européenne lui laisse le choix de la forme « contraignante » à adopter²⁷⁷, sauf si le droit interne possède déjà « des principes généraux de droit constitutionnel ou administratif » qui garantissent la pleine application de la directive²⁷⁸.

Toutefois, l'obligation de transposition des directives de l'Union européenne n'est pas une simple contrainte procédurale. La Cour de Justice a admis que l'obligation de transposition des directives peut être considérée comme satisfaite, même en l'absence d'adoption par l'État membre de mesures spécifiques de transposition, dès lors qu'il existe déjà dans l'ordre juridique national des règles assurant la pleine application de la directive en cause²⁷⁹.

Le droit de l'Union doit, au-delà de cette obligation de transposition, être intégré au droit interne. Les règles protectrices du droit de l'Union doivent être inhérentes aux règles du droit interne. L'obligation de transposition révèle donc la plénitude de l'influence notamment du fait de ses caractéristiques : obligatoire, contraignante et probante, quant à la protection garantie au contrat de travail.

²⁷⁶ « Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national », Conseil d'Etat – Section du rapport et des études, Étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 22 février 2007 et publiée par la Documentation Française (ISBN : 978-2-11-006700-5).

²⁷⁷ CJCE, 25 mai 1982, aff. 96/81.

²⁷⁸ CJCE, 23 mai 1985, aff. 29/84.

²⁷⁹ V. not., CJCE, 20 novembre 2003, n° C-296/01, *Commission des Communautés européennes c/France*, D. 2003, p. 3006, Rec. I 13909, pt 55 ; CJCE, 29 avril 2004, n° C-194/01, *Commission c/ Autriche*, Rec. I 4579, pt 39 ; V. D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union, les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », RTD eur. 2013, p. 267.

2. Une influence fondamentale

56. L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail se traduit au travers de principes, de libertés et de droits fondamentaux émanant de l'Union européenne²⁸⁰. Cette influence peut aussi bien apporter des garanties au contrat de travail que restreindre les droits dont disposent les salariés, notamment lorsqu'il s'agit de préserver la liberté d'entreprendre par exemple.

57. La vocation protectrice de l'influence du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail concerne des domaines qui dépassent le strict cadre de la relation contractuelle pour intéresser plus largement la relation de travail : règles relatives à la non-discrimination²⁸¹ fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, droit de grève, temps de travail, ou encore les règles relatives au transfert des contrats de travail²⁸². Globalement, les directives ont vocation à maintenir une protection favorable aux salariés : non-discrimination liée à la rémunération²⁸³ ou aux conditions de travail²⁸⁴, maintien d'emploi et des conditions de travail des salariés dont l'entreprise a été reprise, etc.

58. Le rôle des directives est donc bien d'influencer le contrat de travail : elles le préservent sans directement régir ses clauses contractuelles. En effet, bien qu'elles intéressent directement le contrat de travail²⁸⁵, elles ne régissent pas le contenu contractuel.

²⁸⁰ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016, op. cit.*, p. 52, n° 71.

²⁸¹ Dir. n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

²⁸² Dir. n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

²⁸³ Dir. n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, art. 3.1.c : « 1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne :

c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération; »

²⁸⁴ Dir. n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, art. 4.2 : « 2. Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif ».

Toutefois, au-delà d'un simple cadre posé par une directive, le droit de l'Union européenne va influencer le contrat de travail même dans des situations inattendues.

Pour preuve, alors que le droit de grève est exclu du champ de compétences du droit de l'Union européenne, les actions collectives ne doivent pas se soustraire à son respect²⁸⁶. L'obligation de respect du droit de l'Union européenne est maintenue là où on ne la soupçonne pas. Le contrat de travail est donc concerné, sans même que le droit de l'Union ne le prévoie directement.

C'est donc cette contrainte diffuse qui crée la force de l'influence du droit de l'Union sur le contrat de travail.

59. *A contrario*, le droit de l'Union européenne peut également restreindre les droits fondamentaux dont disposent les salariés. La question de l'articulation du contrat de travail avec les sources supranationales prend alors un tournant particulier. L'influence du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail n'est donc pas nécessairement un instrument de protection des droits des salariés, elle peut l'être aussi au profit des employeurs et entrepreneurs, parfois aux dépens des intérêts des salariés.

Ainsi, la juridiction européenne a-t-elle pu, dans le cadre d'un transfert d'entreprise, sur le fondement de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux²⁸⁷, trancher un litige en faveur du cessionnaire au motif que « la liberté contractuelle dudit cessionnaire est sérieusement réduite au point qu'une telle limitation est susceptible de porter atteinte à la substance même

²⁸⁵ V. not. Dir. 91/533/CE 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 ; Dir. 97/81/CE du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES ; Dir. 1999/70/CE du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée

²⁸⁶ CJCE 11 décembre 2007, *The international Transport Workers Federation & The Finish Seamen's Union c/Viking Line ABP & OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, AJDA 2008, p. 240, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; D. 2008, p. 2560, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE ; D. 2008, p. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT ; D. 2009, p. 1547, chron. B. EDELMAN ; RDT 2008, p. 80, étude S. ROBIN-OLIVIER et E. PATAUT ; Rev. crit. DIP 2008, p. 356, note H. MUIR WATT ; Rev. crit. DIP 2008, p. 781, étude M. FALLON ; RTD com. 2008, p. 445, obs. G. JAZOTTES ; RTD eur. 2008, p. 47, note P. RODIÈRE ; RTD eur. 2009, p. 511, chron. A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval & Partneri Ltd c/Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341/05, AJDA 2008, 240, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; D. 2008, p. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT ; D. 2009, p. 1547, chron. B. EDELMAN ; RDT 2008, p. 80, étude S. ROBIN-OLIVIER et E. PATAUT ; Rev. crit. DIP 2008, p. 356, note H. MUIR WATT ; Rev. crit. DIP., p. 781, étude M. FALLON ; RTD com. 2008, p. 445, obs. G. JAZOTTES ; RTD eur. 2008, p. 47, note P. RODIÈRE ; RTD eur. 2009, p. 511, chron. A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ.

²⁸⁷ Charte des droits fondamentaux, art. 16 : « La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ».

de son droit à la liberté d'entreprise »²⁸⁸. En ce sens, l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux par la Cour de Justice peut être préjudiciable aux intérêts des salariés. Concernant cette décision, le Professeur LAULOM a souligné, à juste titre, que « les droits contractuels des salariés ne sont à aucun moment pris en compte, alors même que l'objet de la directive est d'assurer le transfert des contrats de travail, dans leur globalité, et que le cessionnaire devrait être tenu par les contrats de travail conclus ou repris par son prédécesseur »²⁸⁹.

60. L'influence de l'Union européenne a pour objectif d'encadrer la relation de travail : elle peut, au travers de la Cour de justice, tant garantir une protection du salarié que restreindre les prérogatives de l'employeur. Elle est, au-delà d'un modèle d'articulation des sources droit avec le contrat de travail, l'état d'esprit que suggèrent les sources du droit au contrat de travail.

²⁸⁸ CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, aff. C-426/11, RDT 2013, p. 789, obs. P. RÉMY ; Sem. soc. Lamy 2013, n° 1611, p. 10, obs. S. LAULOM ; RJS 11/2013, p. 654, obs. J.-Ph. LHERNOULD. Selon la CJUE, « Or, l'article 3 de la directive 2001/23, lu conjointement avec l'article 8 de cette directive, ne saurait être interprété comme autorisant les États membres à prendre les mesures qui, tout en étant plus favorables aux travailleurs, sont susceptibles de porter atteinte à la substance même du droit du cessionnaire à la liberté d'entreprise ».

²⁸⁹ S. LAULOM, « Une interprétation de la charte préjudiciable aux droits des salariés », obs. sous CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, aff. C-426/11, Sem. soc. Lamy, n° 1611, 23 décembre 2013, p. 10, spéc. p.12.

B. L'influence du Conseil de l'Europe

61. La production normative du Conseil de l'Europe intéresse le droit du travail dans sa globalité sans pour autant toujours concerner le contrat de travail directement²⁹⁰. Toutefois, elle parvient à l'influencer d'une part, grâce à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Conv. EDH) (1) et d'autre part, grâce à la Charte sociale européenne (2).

1. L'influence de la Conv. EDH sur le contrat de travail

62. La Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) du 4 novembre 1950²⁹¹ intéresse parfois directement, parfois indirectement le contrat de travail. Les thèmes qu'elle aborde, bien qu'applicables en droit du travail, ne concernent pas toujours directement le droit social : alors que les articles relatifs au procès équitable (article 6), le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9), à la liberté d'expression (article 10) ou à la prohibition des discriminations (article 14) exercent une influence indirecte sur le contrat de travail (a), ceux relatifs à la prohibition du « travail forcé ou obligatoire » (article 4) et à la liberté syndicale (article 11), influencent directement le contrat de travail (b)²⁹².

²⁹⁰ V. B. TEYSSIÉ, J.-Fr. CESARO, A. MARTINON, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, 3^e éd., 2014, p. 44, n° 79.

²⁹¹ Loi de ratification : L. n° 73-1227 du 31 décembre 1973 (JO 3 janvier 1974) ; décret de publication : D. n° 74-360 du 3 mai 1977 (JO du 4 mai 1977).

²⁹² V. not. B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2013, p. 6 et s.

a) *L'influence indirecte de la Conv. EDH sur le contrat de travail*

63. La force de l'influence de la Conv. EDH sur le contrat de travail est due au champ d'action matériel de ses articles. Ces derniers présentent un caractère général permettant de s'adresser au plus grand nombre, particulièrement aux salariés et à leur contrat de travail²⁹³.

64. Toutefois, du fait de sa généralité, la Conv. EDH est principalement d'applicabilité indirecte dans le domaine du droit social et va y entrer « par ricochet »²⁹⁴, notamment au travers de la jurisprudence interne.

L'influence de la Conv. EDH sur le contrat de travail dévoile, dans ce cas, toute sa substance : elle ne régit pas directement le contrat de travail mais le conditionne indirectement. Plus précisément, la résonance de la Conv. EDH peut se faire sur des dispositions contractuelles actuelles ou à venir.

D'une part, cet impact peut être exercé sur des dispositions contractuelles non encore inscrites au contrat : une solution jurisprudentielle peut avoir une influence sur la création de normes contractuelles à venir. Dans ce cas, l'influence est exercée en amont de la création de la norme. En ce sens, sur le fondement de l'article 6 de la Conv. EDH (relatif au droit à un procès équitable), l'applicabilité immédiate de l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 10 juillet 2002²⁹⁵ (relatif à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence) a obligé à inclure systématiquement, pour chaque nouvelle clause de non-concurrence, cette condition sous peine de nullité de la clause²⁹⁶.

D'autre part, la Conv. EDH peut exercer, *via* la jurisprudence interne, une influence sur une norme déjà créée. En ce sens, l'influence est celle qui est exercée en aval de la création de la

²⁹³ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey*, n° 6289/73. La Cour de Justice a pu préciser que si la Convention « énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social ».

²⁹⁴ S. HENNION, M. LE BARBIER- LE BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2013, p. 28, n° 26.

²⁹⁵ Cass. soc., 10 juillet 2002, *Moline et a. c/ Sté MSAS cargo international*, 3 arrêts, n° 99-43334 et 99-43336, Bull. civ. V, n° 239 ; D. 2002, Jur. p. 2491, note Y. SERRA, Somm. p. 3111, obs. J. PÉLISSIER, et 2003, Somm. p. 1222, obs. B. THULLIER ; RJS 10/02, n° 1119 ; Sem. sociale Lamy, n° 1085, p. 9, obs. A. CHIREZ ; R. VATINET, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia », Dr. social 2002, p. 949 ; G. P. QUÉTANT, « Contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, revirement et rétroactivité, les prud'hommes font de la résistance », Lamy Social 2003, n° 132, p. 4. Selon ces arrêts, La clause de non-concurrence n'est licite que si « elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ».

²⁹⁶ Cass. soc., 17 décembre 2004, n° 03-40008, Bull. civ. V, n° 346, p. 310 ; D. 2005, IR p. 110, obs. P. GUIOMARD ; RTD civ. 2005, p. 159, obs. P.-Y. GAUTIER ; Contrats, conc. consom. 2005, Comm. n° 44, note M. MALAURIE-VIGNAL.

norme : elle confirme ou rectifie une solution jurisprudentielle nouvelle. Ainsi, à titre d'exemple, l'arrêt *Nikon France* rendu le 2 octobre 2001 a-t-il posé le principe selon lequel un employeur ne peut licencier un salarié sur le fondement d'informations recueillies dans « des messages personnels émis par le salarié et reçu par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur »²⁹⁷. En ce sens, à compter de cette décision, la règle applicable en matière de licenciement pour motif personnel se trouve rectifiée pour l'avenir, sous l'influence de l'article 8 de la Conv. EDH.

65. Les articles 6, 8, 9, 10 et 14 de la Conv. EDH vont en ce sens nourrir les arguments et les solutions des contentieux relatifs au contrat de travail.

À titre d'exemple, l'article 6 de la Conv. EDH qui vise à maintenir l'équité, l'indépendance et l'impartialité des tribunaux qui doivent rendre une décision dans un délai raisonnable, trouve naturellement à s'appliquer lors de contentieux en droit du travail²⁹⁸.

Dès lors, ce texte peut paralyser un dispositif légal²⁹⁹ ou garantir la sécurité juridique en ne permettant pas la rétroactivité d'une loi qui viserait à modifier la solution d'un litige en cours³⁰⁰.

Aussi, l'article 8 de la Conv. EDH garantissant à toute personne le « droit au respect de sa vie personnelle et familiale, de son domicile et de sa correspondance » s'applique également aux relations de travail³⁰¹ et peut être invoqué par un salarié qui estimerait son droit bafoué³⁰².

²⁹⁷ Cass. soc., 2 octobre 2001, *Nikon France*, n° 99-42942, Bull. civ. V, n° 291 ; D. 2002, Somm. com, 2296, obs. Ch. CARON ; D. 2001, p. 3148, et les obs., note P.-Y. GAUTIER ; D. 2001, p. 3286, interview P. LANGLOIS ; D. 2002, p. 2296, obs. C. CARON ; Dr. social 2001, p. 915, note J.-E. RAY ; D. social 2002, p. 84, étude A. MOLE ; RTD civ. 2002, p. 72, obs. J. HAUSER ; GADT n° 70 ; Dr. ouvrier 2002, p. 276, note A. de SENGA.

²⁹⁸ CEDH, 14 novembre 2000 ; D. 2001, p. 2787, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *Adde*, CEDH, 28 mars 2006 : JCP S 2006, p. 1431, note J. CAVALLANI.

²⁹⁹ Cass. soc., 18 janvier 1989, n° 87-44285, Bull. civ. V, n° 47 p. 27 ; D. 1989, p. 320 note A. JEAMMAUD ; Dr. social 1989, p. 249, concl. G. PICCA ; Cah. soc. Barreau, 1989, A 9 ; RTD civ. 1989, p. 374, n° 1, obs. J. NORMAND ; Dr. ouvrier 1989, p. 300, note M. RICHEVAUX.

³⁰⁰ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail, op. cit.*, p. 10, n° 16 ; CEDH, 28 octobre 1989 : RJS 1/00, n° 87.

³⁰¹ CEDH, 16 décembre 1992 : D. 1993, somm. p. 386, obs. J.-Fr. RENUCCI.

³⁰² V. not. Ph. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », in *Mélange en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 513 ; Ph. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », Dr. social 2004, p. 23 ; Ph. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », Dr. social 2010, p. 14 ; Ph. WAQUET, « Vie professionnelle et vie personnelle », Dr. social n° spécial de janvier 2010 ; P. ADAM, « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », RDT 2011, p. 116 ; J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP S 2010, p. 1087 ; Ch. MATHIEU-GÉNIAUT, « La vie personnelle du salarié », thèse Lyon 2, 2004.

Cet article a eu une influence majeure en droit du travail et a été « source d'arrêts précurseurs, qui comptent parmi les tout premiers à avoir utilisé la problématique des droits fondamentaux en droit du travail »³⁰³.

Ainsi, en 1988, les articles 9 du Code civil et 8 de la Conv. EDH ont-ils été invoqués pour affirmer que la mention de l'adresse des salariés sur la liste électorale ne constitue pas une atteinte illicite à la vie privée³⁰⁴, avant de décider en 2001 dans l'arrêt *Nikon France* que « le salarié a droit même au temps et lieu de travail, au respect de sa vie privée »³⁰⁵.

A contrario, dans un arrêt en date du 12 janvier 1999, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu décider que « toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »³⁰⁶.

L'influence de la Conv. EDH sur le contrat de travail peut être puisée au sein de textes généraux mais peut également s'exercer au travers d'articles concernant directement le droit social.

³⁰³ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^{ème} éd., 2014, p. 687, n° 664. V. en ce sens, sur l'annulation de la clause de célibat comme attentatoire à la liberté de mariage, Cass. soc., 7 février 1968, n° 65-40622, Bull. civ. V, n° 67.

³⁰⁴ Cass. soc. 20 décembre 1988, n° 88-60135, Bull. civ., V, n° 675, p. 434.

³⁰⁵ Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-42942, Bull. civ. V, n° 291 ; D. 2001, p. 3148, et les obs., note P.-Y. GAUTIER ; D. 2001, p. 3286, interview P. LANGLOIS ; D. 2002, p. 2296, obs. C. CARON ; Dr. social 2001, p. 915, note J.-E. RAY ; D. social 2002, p. 84, étude A. MOLE ; RTD civ. 2002, p. 72, obs. J. HAUSER ; GADT n° 70 ; Dr. ouvrier 2002, p. 276, note A. de SENGA. Sur l'étude de son destin : P. ADAM, « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? », Dr. ouvrier 2013, p. 431.

³⁰⁶ Cass. soc. 12 janvier 1999, n° 96-40755, Bull. civ., V, n° 7, p. 4. D. 1999, jur., p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; RTD civ. 1999, p. 395, obs. J. MESTRE ; Dr. social 1999, p. 287, note J.-E. RAY ; RJPF mai 1999, n° 3, p. 8, note É. GARAUD.

b) L'influence directe de la Conv. EDH sur le contrat de travail

66. Tout en intéressant directement le droit social, les articles 4³⁰⁷ (interdiction du travail forcé) et 11³⁰⁸ (liberté syndicale) de la Conv. EDH, posant des principes généraux, ne citent pas le contrat de travail. Leur influence sur le contrat de travail se justifie néanmoins par le fait qu'ils concernent directement la relation de travail³⁰⁹.

L'influence de la Conv. EDH est caractérisée par sa « présomption d'effet direct »³¹⁰ et par l'applicabilité directe de ses dispositions par les juges. Dès lors, du fait de cet effet direct horizontal, tout individu peut se prévaloir des articles de la Conv. EDH devant les juridictions internes et la Cour de cassation pourra, dès lors, en faire sa propre interprétation. Ainsi, la jurisprudence va-t-elle directement influencer la pratique du droit interne.

67. En ce sens, l'article 4 de la Conv. EDH a pu être invoqué devant le Conseil d'État, notamment à l'encontre des dispositions de la loi du 30 juin 2004 relative à la « Journée de solidarité »³¹¹, ou encore à l'encontre des dispositions sanctionnant la méconnaissance de leurs obligations par les demandeurs d'emploi sous la forme d'une réduction ou d'une suppression du revenu de remplacement, voire une radiation de la liste des demandeurs d'emploi³¹².

³⁰⁷ Conv. EDH, art. 4 sur Interdiction de l'esclavage et du travail forcé : « Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.

Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article :

tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle;

tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire;

tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté;

tout travail ou service formant partie des obligations civiles normales ».

³⁰⁸ Conv. EDH, art. 11 sur La liberté de réunion et d'association :

« Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat ».

³⁰⁹ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, op. cit., p. 7, n° 12.

³¹⁰ S. HENNION, M. LE BARBIER- LE BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, op. cit., p. 31, n° 28.

³¹¹ CE, 3 mai 2005 : RJS 8-9/05, n° 858.

³¹² CE, 9 avril 2010 : RJS 7/10, n° 615.

L'article 11, quant à lui, n'ayant pas directement trait au contrat de travail, vise des libertés exercées en vertu du contrat de travail : la liberté syndicale³¹³ et l'action syndicale, ce qui implique par extension le droit de grève³¹⁴.

68. Qu'elle soit directe ou indirecte, l'influence de la Conv. EDH sur le contrat de travail est effective. Cette influence se manifeste notamment au travers de la jurisprudence de la CEDH et de la Cour de cassation.

D'une part, dans la jurisprudence de la CEDH, la force de l'influence de la Conv. EDH sur le contrat de travail s'analyse *via* le principe d'interprétation conforme qui instaure une dynamique de dialogue des juges³¹⁵, d'harmonisation des jurisprudences et des règles de droit. Dans la mesure où les décisions rendues par la CEDH ont une force identique à celle des juridictions internes, les États qui ont ratifié la Conv. EDH vont, dans un souci d'harmonisation et de cohérence des décisions, s'inspirer des décisions prononcées.

D'autre part, en droit interne, l'influence de la Conv. EDH est telle que la Cour de cassation peut parfois adopter sa propre interprétation des articles de la Conv. EDH, notamment lorsqu'elle rend ses décisions au visa de l'article 8 de la Conv. EDH. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu permettre à la Conv. EDH d'influencer le régime de clauses contractuelles (telle la clause de mobilité géographique), au point de « contribuer puissamment au renouvellement des sources du droit des obligations »³¹⁶. En effet, en fondant sa décision sur l'article 8 de la Conv. EDH, la Chambre sociale de la Cour de cassation étend la portée de cet article et a pu affirmer que le libre choix du domicile familial est un des attributs du droit au respect du domicile.

Dès lors, préférant l'article 8 de la Conv. EDH à l'article 9 du Code civil³¹⁷, la Chambre sociale de la Cour de cassation permet à la Conv. EDH une influence sur le contenu contractuel mais subordonne également la mise en œuvre de l'art. 8 Conv. EDH au respect des

³¹³ CEDH, 25 avril 1996 : D. 1997, p. 363, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; CEDH, 11 janvier 2006 : JCP S 2006, p. 1118, note J. CAVALLINI.

³¹⁴ CEDH, 10 janvier 2002 : D. 2003, p. 939, 1^{ère} espèce, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.

³¹⁵ V. not. J. ROSSETTO, « Ordre constitutionnel interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie », *in Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de J.-Fr. LACHAUME*, Dalloz, 2007, p. 889.

³¹⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », D. 1999, p. 645 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'association H. CAPITANT*, t. 1, Lille, L.G.D.J., 1997, p. 45.

³¹⁷ La Cour de cassation s'est vue reprocher, par le passé, une conception trop extensive de la notion de domicile. V. J. SAVATIER, Dr. social 1992, p. 329, note sous Cass. soc., 22 janv. 1992, D. 1992, IR p. 60.

exigences du principe de proportionnalité, à savoir un juste équilibre entre l'intérêt individuel sacrifié et l'intérêt général protégé³¹⁸.

69. L'influence de la Conv. EDH sur le contrat de travail révèle alors son étendue, principalement au travers de la jurisprudence tant européenne qu'interne. Or, le fruit de cette influence, notamment lorsque la Chambre sociale de la Cour de cassation s'empare des dispositions de la Conv. EDH, ne s'avère pas toujours favorable au contrat de travail : en se réappropriant l'interprétation de certains articles de la Conv. EDH, la Cour de cassation tend à se réapproprier, « sous couleur d'ouverture européenne »³¹⁹, la révision du contrat de travail.

2. L'influence de la Charte sociale européenne sur le contrat de travail

70. La Charte sociale européenne révisée³²⁰ exerce, sur le contrat de travail, une influence incomplète. Garantissant aux travailleurs des « droits à... »³²¹, l'ensemble de ses dispositions ne sont pas d'effet direct.

Toutefois, son influence sur le contrat de travail se fait de plus en plus importante, notamment au regard de l'évolution des pratiques de la Cour de cassation.

En effet, sans pour autant consacrer l'effet direct de l'ensemble des dispositions de la Charte sociale européenne, la Cour de cassation a semblé franchir le pas en 2010, en admettant l'effet direct de certaines dispositions³²².

Aussi, depuis 2014, le Conseil d'État a-t-il décidé que « les stipulations de l'article 24 de la charte sociale européenne produisent des effets directs en droit interne et sont utilement invocables pour contester une décision permettant le licenciement d'un secrétaire général

³¹⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », article précité.

³¹⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », article précité.

³²⁰ La Charte sociale européenne a été conclue en 1961 et substantiellement révisée en 1996. Elle a été ratifiée par la France en 1999. Sur ce point, V. J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ, S. LECLERC, *La Charte sociale européenne*, Actes des 1ères Rencontres européennes de Caen, 17 mars 2000, Bruylant, collection Rencontres européennes Bruxelles, 2001 ; S. GRÉVISSE, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. social* 2000, p. 884.

³²¹ La Charte sociale européenne contient un droit à l'information et à la consultation des travailleurs, un droit à la protection en cas licenciement, un droit à la dignité dans le travail, un droit à des conditions de travail équitables, à la sécurité et à l'hygiène, etc.

³²² Cass. soc. 14 avril 2010, n° 09-60426, Bull. civ. V, n° 100, D. 2010. AJ, p. 1150, B. INES ; Pan. p. 2029, obs. J. PÉLISSIER, et. *Alii* ; RDT 2010, p. 276, rapp. J.-M. BÉRAUD ; RDT 2010, p. 374, obs. J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ ; Cass. soc. 14 avril 2010, n° 09-60429, Bull. civ. V, n° 100 ; RDT 2010, p. 374, obs. J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ.

d'une chambre des métiers »³²³. Dès lors, selon le Conseil d'État, la Charte est apte à créer des droits dont les individus peuvent se prévaloir dans un litige à l'encontre d'une autre partie³²⁴.

71. L'influence des sources supranationales sur le contrat de travail peut être exercée parfois directement mais le plus souvent indirectement. Insufflée par les textes de sources et instances différentes, l'influence trouve son intérêt particulièrement dans la pratique judiciaire.

³²³ CE, 10 février 2014, n° 358992 ; AJDA 2014, p. 380 ; Dr. social 2014, p. 474, obs. J. MOULY.

³²⁴ J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », Dr. social 2012, p. 1014.

Section 2. L'influence appliquée

72. La question de l'importance de l'influence des sources supranationales sur le contrat de travail se pose lorsqu'un litige horizontal est présenté devant la Cour de Justice de l'Union européenne. En théorie dépourvues d'effet direct horizontal (§1), les sources du droit de l'Union européenne réintègrent la pratique judiciaire en droit interne, notamment grâce au principe de l'application combinée des sources du droit du travail (§2).

§1. L'application limitée de l'effet direct horizontal des droits de l'Union européenne

L'absence d'effet direct des droits sociaux dans les litiges horizontaux atténuée de manière conséquente le phénomène d'influence des sources du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail (A). Toutefois, la Cour de Justice de l'Union européenne a dégagé un principe permettant de compenser partiellement les conséquences de l'absence d'effet direct horizontal des sources de l'Union européenne : le principe de l'interprétation conforme (B).

A. L'effet direct horizontal limité

73. L'intensité de l'influence des sources supranationales sur le contrat de travail dépend de leur effet direct individuel qui peut être, selon la source concernée, complet ou incomplet. Dès lors, l'impossibilité d'invoquer certaines des dispositions des directives et de la Charte des droits fondamentaux, dans les litiges entre particuliers, soulève la question de l'effectivité du phénomène d'influence des sources du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail.

D'une part, alors que les normes internationales bénéficient d'un effet direct complet, l'absence d'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux est établie depuis

longtemps³²⁵. L'influence des directives sur le contrat de travail devient donc, dans ce cas, très limitée en cas de litiges.

Toutefois, la jurisprudence des autres pays européens est nuancée à ce sujet : par exemple, la jurisprudence belge précise que même si en principe une directive n'est pas applicable, elle l'est cependant pour ce qui concerne « la protection des droits des travailleurs contre la perte de leurs droits et titres acquis lorsqu'ils ont un nouvel employeur suite à une cession d'entreprise en vertu d'une convention ou d'une fusion »³²⁶. La prise en compte de la protection et des intérêts des salariés est donc déterminante.

D'autre part, les dispositions de la Charte des droits fondamentaux ne bénéficient d'un effet direct horizontal qu'à condition que l'article invoqué crée, en lui-même, un droit subjectif dans le chef des particuliers. Plus précisément, l'article invoqué doit conférer au particulier un droit invocable « en tant que tel dans un litige horizontal opposant deux particuliers »³²⁷.

En effet, à l'occasion de l'arrêt *Association de Médiation Sociale (AMS)*, la Cour de cassation a dû se prononcer sur la question de la possibilité d'invocation du droit de l'Union européenne dans un litige horizontal³²⁸.

Plus précisément, la question était de savoir si le juge national peut se fonder directement sur les dispositions de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux, consacrant « le droit à

³²⁵ CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, Rec. CJCE p. 723 ; CJCE, 14 juillet 1996, *Facini Dori*, aff. C-91/92, Rec. CJCE p. I-3325 ; D. 1994, p. 192 ; RTD eur. 1995, p. 11, étude Fr. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO ; CJCE, 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02, Rec. CJCE p. I-723 ; CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, aff. C-397/01 à C-403/01, Rec. CJCE p. I-8835 ; AJDA 2004, p. 2261, chron. J.-M. BELORGEY, St. GERVASONI et Chr. LAMBERT ; CJCE, 7 juin 2007, *Carp.*, aff. C-80/06, Rec. CJCE p. I-4473 ; CJUE 19 janv. 2010, *Seda Küçükdeveci*, aff. C-555/07, AJDA 2010, p. 248, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; RDT 2010, p. 237, obs. M. SCHMITT ; RTD eur. 2010, p. 113, chron. L. COUTRON ; *ibid.* 673, chron. S. ROBIN-OLIVIER ; *ibid.* 2011, p. 41, étude E. BRIBOSIA et Th. BOMBOIS ; RMCUE 2013, p. 313, chron. EKATERINI SABATAKAKIS.

³²⁶ C. trav. Gand, 11 octobre 1989, R.W 1989-90, p. 621 ; Trib. Trav. Bruxelles, 16 juin 1989, J.T.T 1989, p. 493 ; V. not. V. VANNES, *Le contrat de travail : aspect théorique et pratiques*, 4^e éd., Bruylant, coll. Collection de la faculté de droit – Université libre de Bruxelles, 2012, n° 764.

³²⁷ É. CARAPANO, « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges entre personnes privées : à propos du droit à l'information et à la consultation des travailleurs », *Revue Lamy droit des affaires*, 2014, p. 93 : « ni les dispositions d'effet direct de la directive ni l'article 27 de la charte ne peuvent, individuellement ou lus en combinaison, conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel dans un litige horizontal opposant deux particuliers. En l'absence de toute possibilité d'interprétation conforme du droit national avec le droit de l'Union, et faute d'invocabilité de substitution ou d'exclusion, la partie lésée par la non-conformité du droit national au droit de l'Union ne pourra se prévaloir que d'un droit à réparation pour le dommage ».

³²⁸ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale (AMS)*, aff. C-176/12, AJDA 2014, p. 336, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et H. CASSAGNABÈRE ; D. 2014, p. 705, note S. de La ROSA ; Dr. social 2014, p. 408, étude J. ICARD ; RDT 2014, p. 312, étude E. CARPANO et E. MAZUYER.

l'information et à la consultation des travailleurs » et ainsi écarter, sur ce fondement, des dispositions nationales contraires au droit de l'Union³²⁹.

La réponse de la Cour est la suivante : lorsqu'une disposition nationale contrevient à la directive 2002/14, comme c'était en l'espèce le cas, « seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive 2002/14 [...], cet article ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale ».

74. Toutefois, outre la question de l'invocabilité d'une disposition de la Charte des droits fondamentaux (son article 27), la solution apportée par la Cour de Justice le 15 janvier 2014³³⁰ et reprise par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 9 juillet 2014³³¹, soulève la question de l'autorité des sources supranationales sur le contrat de travail et suscite différentes remarques.

La première vise l'étendue de l'autorité des textes de l'Union européenne sur le droit interne et le contrat de travail. En effet, même incompatible avec le droit de l'Union européenne, l'article L. 1111-3 du Code du travail, conforme à la Constitution³³², est applicable en droit interne. Là encore, revient la question de l'existence d'une hiérarchie des normes entre Constitution et norme extra-étatique.

Dès lors, se pose la question des limites de l'influence des sources du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail.

Dans le cas de l'arrêt *AMS*, puisque l'application de l'article L. 1111-3 du Code du travail empêche l'élection d'un représentant de section syndicale du syndicat CGT, la Cour de Justice (puis la Cour de cassation qui s'y conforme) prive ainsi les salariés d'une part, de leur protection par leurs représentants et d'autre part, de leur droit à l'information. En ce sens, l'influence protectrice des instruments de l'Union européenne est à relativiser.

³²⁹ P. RODIÈRE, « Un droit, un principe, finalement rien? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014, *Association de Médiation Sociale* », Sem. sociale. Lamy, n° 1618, 17 février 2014, p. 11 ; H. SURREL, « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux », JPC G, 10 mars 2014, p. 319.

³³⁰ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale (AMS)*, aff. C-176/12, *op. cit.* ; V. P. RODIÈRE, « Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale* », article précité ; H. SURREL, « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux », article précité.

³³¹ V. Cass. soc., 11 avril 2012 et Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 11-21609, Bull. civ. V, n° 122, D. 2012, Actu. p. 1068, et Pan. 2622, obs. J. PORTA ; RTD eur. 2013, p. 292-28, obs. B. Le BAUT-FERRARESE, et 292-31, obs. S. ADALID.

³³² Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-122, QPC, *Syndicat CGT et autre* ; V. Chr. RADÉ, « Le principe d'égalité et les politiques d'emploi catégorielles », Constitutions 2011, p. 373.

75. L'influence des sources supranationales sur le contrat de travail est ainsi restreinte par un effet direct horizontal limité qui, en la rendant non invocable, vide la Charte des droits fondamentaux de sa substance normative. Toutefois, le principe d'interprétation conforme donne un regain au phénomène d'influence des sources supranationales sur le contrat de travail.

B. L'interprétation conforme privilégiée

76. L'influence des sources du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail n'est pas complètement évincée par le principe d'effet direct.

En effet, la Cour de Justice a mis en place une technique permettant de contourner cette carence³³³ : le principe d'interprétation conforme. En ce sens, « elle impose au juge national, lorsqu'il applique les mesures de transposition d'une directive, de prendre en considération l'ensemble des règles du droit national et de les interpréter, dans toute la mesure du possible, à la lumière du libellé et de la finalité de la directive, pour aboutir à une solution conforme à l'objectif qu'elle poursuit »³³⁴. Cette obligation préalable pour le juge national avant d'envisager l'effet direct³³⁵ s'impose aux juridictions nationales, y compris lors d'un litige « horizontal »³³⁶. Toutefois, l'obligation d'interprétation conforme rencontre des limites³³⁷. Sur ce point, à propos de l'arrêt *AMS*, le Professeur TINIÈRE précise que « pour que les dispositions du droit français soient en conformité avec les exigences du droit de l'Union, les termes de l'article L. 1111-3 du Code du travail auraient dû faire l'objet d'une interprétation *contra legem* ce qui ne saurait être exigé de la part du juge national, comme le rappelle la Cour aux points 39 et 40 »³³⁸.

³³³ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann c/Land Nordrhein-Westfalen*, aff. 14/83, Rec. p. 1891 ; CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, aff. jtes C-397 à 403/01.

³³⁴ M. AUBERT, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA* 2014, p. 336, spéc. p. 339.

³³⁵ CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, C-282/10, *op. cit.*

³³⁶ CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA*, aff. C-106/89, Rec. I. 4135 ; V. CJCE, 7 décembre 1995, *Rockfon*, aff. C-449/93, Rec. I, p. 4291 ; CJCE, 7 décembre 1995, *Spano E.A.*, aff. C-472/93, Rec. I, p. 4321.

³³⁷ V. CJUE, 15 avril 2008, *Impact*, n° C-268/06 ; CJUE, 23 avril 2009, *Angelidaki e.a.*, C-378/07 à C-380/07, Rec. p. I-3071.

³³⁸ R. TINIÈRE, « L'invocabilité des principes de la charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », commentaire de CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale (AMS)*, *op. cit.*, RDLF 2014, Chron. n° 14.

77. La technique de l'interprétation conforme présente des intérêts particuliers en droit du travail, notamment en ce qui concerne d'une part, la protection des travailleurs contre d'éventuels abus et d'autre part, le conflit entre deux normes internes contradictoire.

78. Concernant la lutte contre les abus, le contrôle du motif conduisant à pratiquer une succession de CDD d'usage en est un exemple typique.

Plus précisément, alors que par un arrêt du 26 novembre 2003³³⁹, la Chambre sociale de la Cour de cassation supprimait le contrôle du caractère par nature temporaire de l'emploi dans un CDD d'usage, elle l'a réintroduit en 2008³⁴⁰ en cas de succession de contrats.

En effet, la Cour de cassation a dû revenir sur sa position résultant de ses arrêts du 26 novembre 2003, pour se mettre en conformité avec la jurisprudence de la Cour de Justice³⁴¹.

Dès lors, c'est pour éviter les abus et parce que les États membres ont une obligation d'appliquer le principe d'interprétation conforme³⁴², que la Cour de cassation a pris le parti de revenir sur sa jurisprudence antérieure et de resserrer le contrôle judiciaire en cas de succession de CDD d'usage.

79. Aussi, le principe d'interprétation conforme influence le sort contractuel, lors d'un conflit entre deux normes internes contradictoires. Sur ce point, l'arrêt *Norbert Dentressangle*, rendu le 9 mars 2011 par la Chambre sociale de la Cour de cassation, est probant³⁴³.

Confrontant une disposition légale à une disposition de l'accord national interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 issu de la Directive communautaire en matière de licenciements économiques collectifs, la Chambre sociale de la Cour de cassation, suivant la jurisprudence

³³⁹ Cass. soc., 26 novembre 2003, n° 01-42977, Bull. civ., V, n° 298, p. 299.

³⁴⁰ Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 06-43040 et n° 06-44197, Bull. civ., V, n° 16.

³⁴¹ CJUE, 4 juillet 2006, *Adelener*, aff. C-212/04, pt 94, AJDA 2006, p. 2271, chron. E. BROUSSY, Fr. DONNAT et Chr. LAMBERT ; D. 2006, p. 2209 ; Dr. social 2007, p. 94, note Chr. VIGNEAU. La décision rendue a été fondée sur l'accord-cadre européen sur le contrat de travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999. Pour la CJCE, la succession de CDD d'usage doit être justifiée par des « raisons objectives » qui désignent des « circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée » qui « peuvent résulter notamment de la nature particulière des tâches [...] ou de la poursuite légitime d'un objectif de politique sociale » ; V. égal., CJUE, 26 janvier 2012, *Bianca Küçük c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-586/10, D. actualité 29 février 2012, note L. PERRIN.

³⁴² CJUE, 4 juillet 2006, *Adelener*, *op. cit.*, pt. 111, « le principe d'interprétation conforme requiert (...) que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, aux fins de garantir la pleine effectivité de la directive en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci ».

³⁴³ Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11581, Bull. civ., V, n° 70, D. 2011, p. 886, obs. B. INES ; D. 2012, p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; RDT 2011, p. 226, rapp. J.-M. BÉRAUD.

de la Cour de Justice³⁴⁴, a privilégié la norme conforme à la directive. Le principe d'interprétation conforme devient donc un mode de résolution de conflit entre normes internes. Il influence la solution qui sera applicable au contrat de travail.

Ainsi, bien que l'effet horizontal des directives soit limité, le principe d'interprétation conforme constitue un instrument d'influence du droit extra-étatique sur le contrat de travail : même si le juge interne n'applique pas directement les dispositions des directives du droit de l'Union, ces dernières atteignent le contrat de travail indirectement.

L'influence des sources supranationales est également présente dans les visas des arrêts rendus par la Cour de cassation.

§2. L'application combinée des sources du droit du travail

80. La multiplication des sources au sein des visas des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation est un phénomène courant qui mérite d'être analysé au sein des développements à venir. Ainsi, un phénomène grandissant est-il observé dans les visas des arrêts de la Cour de cassation : la jonction des fondements. À cette expression, sera préféré le terme d'« application combinée » des sources du droit, qui désigne l'utilisation de différentes sources internes et supranationales, afin de résoudre un litige entre particuliers. Ce principe est une manifestation de l'effectivité du phénomène d'influence des sources sur le contrat de travail, car il est une garantie supplémentaire de la bonne application des droits octroyés notamment par la Conv. EDH. Le mécanisme d'« application combinée » correspond à une logique qui n'est pas laissée au hasard. Les sources mentionnées au sein des visas ont chacune leur utilité. Le principe de l'application combinée des sources du droit du travail (A) s'est notamment illustré lors du célèbre arrêt relatif au forfait-jour rendu le 29 juin 2011³⁴⁵ par la Chambre sociale de la Cour de cassation (B).

³⁴⁴ CJUE, 16 juillet 2009, *Mono Car Styling*, aff. C-12/08, RJS 11/09, p. 783, chron. O. LEVANNIER-GOUËL; Dr. social 2009, p. 1217, note F. KESEM. SOCIALE. LAMYER ; Sem. sociale Lamy 2010, n° 1444, suppl., comm. S. LAULOM, p. 15, spéc. p. 18.

³⁴⁵ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71107, Bull. civ. V, n° 181 ; V. M. MORAND, « Le forfait en jours sous condition », JCP S n° 28, 12 juillet 2011, p. 1333, p. 14 ; Fr. FAVENNEC-HÉRY, « La validité du forfait-jours : le grand écart », RJS 8-9/11, p. 587 ; J.-E. RAY, « Forfait jours, pas forfait nuits et week-ends », Liaisons soc. magazine, septembre 2011, p. 64.

A. Le principe d'application combinée des sources du droit du travail

81. Le phénomène d'application combinée des sources est un outil de résolution des contentieux entre personnes de droit privé qui invite à s'interroger sur l'efficacité de la multiplication des textes devant le juge national. La réponse à cette question « n'est sûrement pas en termes de tout ou rien, mais plus finement dans une graduation de leurs effets et de leurs usages contentieux »³⁴⁶.

82. Le principe de l'« application combinée » des sources du droit du travail ne doit pas être confondu avec le mécanisme d'éviction d'une disposition de droit national ou avec le mécanisme de substitution d'un texte international à un texte de droit interne.

En effet, il peut arriver que la Cour de cassation, afin de justifier une décision, invoque des dispositions de droit international pour déclarer inapplicables des dispositions de droit interne³⁴⁷, ce qui fut le cas notamment dans l'arrêt du 1er juillet 2008 relatif au Contrat Nouvelle Embauche (CNE)³⁴⁸.

La Cour de cassation, en invoquant l'applicabilité directe de l'article 4 de la Convention n° 158 de l'OIT avait déclaré non applicables les articles L. 122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-17 du Code du travail, alors en vigueur. En pareil cas, il ne s'agit pas de combiner des sources mais d'invoquer l'applicabilité directe d'un texte de droit international, afin de soulever la non-conformité d'une disposition de droit interne à ce dernier. Le fait de supplanter ainsi la norme interne n'est pas une démarche anodine, « il s'agit simplement pour un juge qui n'a pas de légitimité démocratique de mettre à l'écart une disposition législative qui, elle, dispose d'une légitimité démocratique »³⁴⁹.

³⁴⁶ P. LOKIEC, J. PORTA, «Droit du travail, relations individuelles de travail juin 2010 - février 2012», D. 2012 p. 901.

³⁴⁷ Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 09-40094, Bull. civ. V, n° 25. En l'espèce, a été invoqué la convention n° 180 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires afin de reconnaître à un capitaine de navire le droit à des heures supplémentaires.

³⁴⁸ Cass. soc., 1er juillet 2008, n° 07-44124, Bull. civ. V, n° 146 ; D. Sirey 2008, p. 1986, note S. MAILLARD ; JCP E 2008, p. 46 ; A. CHIREZ, « Florilèges de beaux principes autour d'un CNE désamorcé », Dr. ouvrier 2008, p. 512 ; Fr. DUMONT, « Contrat Nouvelle Embauche : Suite et fin », JCP S 2008, p. 21 ; A. CHEVILLARD, « La non-conformité de l'ordonnance instituant le contrat "Nouvelles embauches" à la convention numéro 158 de l'OIT : suite et fin ? », Rev. Lamy Droit des affaires 2009, p. 51.

³⁴⁹ J.-Fr. CESARO, «L'articulation de la norme interne et de la norme internationale», in *L'articulation des normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, 2011, p. 226, spéc. p. 232.

83. Le but du principe de l'« application combinée » est tout autre. De manière générale, il ne semble pas exister d'obligation particulière lorsque le juge combine plusieurs sources dans le visa d'un arrêt. Il peut s'agir de pallier une carence d'une disposition de droit national ou encore de justifier une décision « à la lumière » d'une disposition de droit international³⁵⁰. Cette pratique peut également s'inscrire dans une démarche pédagogique du juge qui s'efforce de faire « comprendre la loi », en combinant des sources internationales qui viendraient renforcer ou éclairer le sens, parfois peu évident, de certaines sources de droit interne³⁵¹. Toutefois, s'il n'existe pas de règle formellement établie, en ce qui concerne l'utilisation de ce mécanisme, il est possible de s'accorder sur l'idée que cette application combinée des sources du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation a pour but d'enrichir et d'asseoir la justification donnée à une décision.

Souvent, il permet également au juge de découvrir la norme applicable au litige. Seulement, cette thèse qui défend les intentions bienveillantes d'un juge national parfois hésitant sur la décision à rendre, trouve des opposants selon qui, l'application combinée des sources peut parfois révéler l'incertitude du juge face au bien-fondé de la décision qu'il formule. En ce sens, le Professeur CESARO a émis l'hypothèse selon laquelle « plus le visa est important, plus le principe posé est sujet à la discussion »³⁵².

En pareil cas, il est possible d'émettre un autre point de vue selon lequel, plus le litige présenté est sujet à la discussion, plus le juge saurait donner force à sa décision. Il semblerait que les deux positions ne soient pas exclusives l'une de l'autre.

Le principe application combinée des sources dans les visas de la Cour de cassation peut donc s'apparenter à un mode de justification de la solution que le juge compte rendre : il devient un mode de démonstration de la solution. En ce sens, l'application combinée n'est pas la marque d'une décision hésitante. Si le juge hésite, il semble évident qu'il veuille renforcer les fondements de sa décision.

Le juge, utilisant les sources supranationales mises à sa disposition, renforce le phénomène d'influence des sources supranationales sur le contrat de travail.

³⁵⁰ Cass. soc., 23 mai 2011, n° 10-60185.

³⁵¹ J.-Fr. CESARO, «L'articulation de la norme interne et de la norme internationale», article précité.

³⁵² J.-Fr. CESARO, article précité.

84. L'application combinée des sources du droit du travail dans les visas des arrêts de Cour de cassation présente plusieurs objectifs : la conformité des solutions jurisprudentielles de droit interne au droit extra-étatique et la protection des intérêts du travailleur et de ses conditions de travail.

En effet, selon l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 29 juin 2011³⁵³, relatif aux conventions de forfaits en jours, ces sources « imposent un contrôle, par le juge, du respect des règles strictes destinées à protéger la santé et la sécurité du salarié »³⁵⁴.

85. L'intérêt d'une telle pratique est donc, pour le juge, de rechercher une solution en adéquation avec les objectifs et exigences du droit extra-étatique, de préserver les droits des parties au litige, ou encore de pallier aux problèmes que peut poser l'effet direct de certaines sources du droit³⁵⁵. Il s'agit donc là de démultiplier les opportunités, afin d'appliquer les dispositions les plus justes au contrat de travail.

³⁵³ Cass. soc., 29 juin 2011, *op. cit.*

³⁵⁴ M.-F. MAZARS, Ph. FLORES, «La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours», *Sem. Soc. Lamy* n° 1499, p. 5, spéc, p. 7.

³⁵⁵ Cf. *infra* au sujet du problème de l'invocabilité en droit interne de la Charte sociale européenne dans l'arrêt du 29 juin 2011.

B. L'illustration jurisprudentielle de l'application combinée des sources du droit du travail

86. Du fait de la généralité des règles des sources supranationales, les magistrats de la Cour de cassation peuvent parfois combiner plusieurs sources de droit interne et supranationales, afin de se prononcer à l'occasion d'un litige entre particuliers.

87. L'arrêt rendu le 29 juin 2011 sur les conventions de forfait-jours illustre au mieux le principe de l'application combinée de sources du droit du travail³⁵⁶.

Cette décision est remarquable pour deux raisons. D'une part, grâce à son thème très controversé du droit social (la convention de forfait-jours) et d'autre part, du fait que le visa de cette décision cite simultanément six sources différentes mêlant sources de droit interne et sources supranationales : le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du Code du travail, la directive 1993/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie.

Ce choix opéré par la Cour de cassation est d'une originalité singulière. Ainsi, le Professeur AKANDJI-KOMBE souligne-t-il que « dans ce visa, tout est important. Ce qui s'y trouve et ce qui y manque, à savoir principalement la Charte sociale européenne »³⁵⁷. Si elle avait la possibilité de tirer la non-conformité du système de forfait-jours du seul article 2 de la Charte

³⁵⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71107, Bull. civ. V, n° 181, III, B, D. 2011, p. 1830 ; V, M. MORAND, « Le forfait en jours sous condition », JCP S n° 28, 12 juillet 2011, p. 1333, p. 14 ; Fr. FAVENNEC-HÉRY, « La validité du forfait-jours : le grand écart », *RJS* 8-9/11, p. 587 ; J.-E. RAY, « Forfait jours, pas forfait nuits et week-ends », *Liaisons soc. magazine*, septembre 2011, p. 64 ; RDT 2011, p. 474, controverse B. VAN CRAEYNEST et P. MASSON, et 481, étude M.-F. MAZARS, S. LAULOM et C. DJOURS ; Cah. Cons. const. 2012. 192, obs. A. DUFFY-MEUNIER ; A. LYON-CAEN, *Dr. ouvrier* 2012, p. 71.

³⁵⁷ J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ, « Discutable et équivoque application des sources européennes du droit social, brèves observations sur l'arrêt du 29 juin 2011 », *Sem. Soc. Lamy*, Supplément, 12 septembre 2011, n° 1504, p. 24, spéc, p. 25.

sociale européenne³⁵⁸, la Chambre sociale de la Cour de cassation a choisi d'écarter cette source du droit et de combiner l'ensemble des sources citées ci-dessus.

88. L'invalidation du dispositif relatif au forfait-jours aurait pu être prononcée si la Chambre sociale avait relevé d'office un moyen tiré de la Charte sociale européenne révisée. En effet, l'encadrement du forfait-jours était remis en cause grâce aux critiques du Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS).

Marie-France MAZARS et Philippe FLORÈS rappellent que « si le CEDS considère que les mesures de flexibilité ne sont pas, en tant que telles, contraires à la Charte révisée, leur conformité est toutefois subordonnée à la réunion de trois conditions : empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable ; être établies par un cadre juridique prévoyant des garanties suffisantes ; prévoir des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail »³⁵⁹.

Dès lors, c'est parce que la durée hebdomadaire n'était pas limitée et parce que la procédure de négociation collective ne protégeait pas suffisamment les salariés que le CEDS a conclu à la violation de l'article 2§1 de la Charte sociale³⁶⁰.

Toutefois, l'éviction de l'article 2 de la Charte sociale, dans le visa de l'arrêt du 29 juin 2011, est justifiée par la question de l'applicabilité directe des dispositions de la Charte sociale européenne en droit interne. Si la Cour de cassation a déjà rendu des décisions au visa des articles 5 et 6 de la Charte (qui n'ont pas réglé le problème de l'invocabilité en droit interne de la Charte sociale européenne), le Conseil d'État avait jusqu'alors écarté l'effet direct des articles 4³⁶¹, 11, 12, 13 et 17³⁶² de la Charte³⁶³.

³⁵⁸ Charte sociale européenne, art. 2 §1, Droit à des conditions de travail équitables : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties s'engagent: à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent ».

³⁵⁹ M.-Fr. MAZARS, Ph. FLORÈS, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *Sem. Soc. Lamy* 2011, n° 1499, 4 juillet 2011, p. 5, spéc. p. 6 ; CEDS, décis. 23 juin 2010, point 57.

³⁶⁰ M.-Fr. MAZARS, Ph. FLORÈS, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », article précité.

³⁶¹ CE, 2 octobre 2009, n° 301034 ; CE, 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n° 317225.

³⁶² CE, 7 juin 2006, *Association AIDES*, n° 285576 ; Lebon p. 282 ; AJDA 2006, p. 2233, note H. RIHAL ; D. 2007, p. 2192, obs. A. GOUTTENOIRE et L. BRUNET ; Dr. social 2006, p. 1037, concl. C. DEVYS ; RDSS 2006, p. 1047, note L. GAY ; CE, 23 décembre 2010, *Association AIDES*, n° 335738.

³⁶³ Sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État concernant l'effet direct de la Charte de l'Union européenne, V. not. CE, 20 avril 1984, n° 37772 et n° 37774 (refus de l'invocabilité de la Charte dans les litiges horizontaux) ; CE, 23 décembre 2010, n° 335538, AJDA 2011, p. 463, concl. C. LANDAIS (refus de toute applicabilité directe au profit d'un justiciable des articles 11 et 19 sur le droit à la protection de la santé et les droits des travailleurs migrants à l'assistance) ; CE, 10 février 2014, n° 358992 ; AJDA 2014, p. 380 (Le Conseil d'État admet l'effet direct de l'article 24 de la Charte).

La dernière explication, justifiant l'absence de la Charte dans ce visa, tient à la possible discrimination que pourrait créer l'application du texte. En effet, « le fait, supposé établi sur la base de l'article I de la Charte, que l'État pourrait exclure du bénéfice de ces dispositions des salariés minoritaires »³⁶⁴.

89. Ainsi, l'utilisation de l'application combinée des sources permet-elle de compenser les exigences du principe d'effet direct.

Les sources du droit externe n'ont pas simplement vocation à soumettre le droit interne. L'influence qu'elles exercent sur lui est de nature hiérarchique mais pas uniquement. Lors de conflits entre particuliers, l'utilisation de dispositions de droit externe par la Chambre sociale de la Cour de cassation donne un tout autre sens au terme « influence ». Dans cette hypothèse, la source externe devient un soutien du juge dans sa prise de décision.

³⁶⁴ J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ, « Discutable et équivoque application des sources européennes du droit social, brèves observations sur l'arrêt du 29 juin 2011 », article précité.

Conclusion du chapitre 1

L'influence des sources supranationales sur le contrat de travail

90. Le phénomène d'influence des sources du droit supranational sur le contrat de travail dépasse le schéma hiérarchique. Il agit sur le contrat de travail au point de le moduler et de déterminer son contenu, notamment lorsqu'il permet l'articulation entre normes nationales et internationales devant les juridictions européennes et internes.

Ce dépassement du modèle hiérarchique présente une articulation indépendante de toute idée de supériorité et de subordination entre les sources. En ce sens, il permet d'étudier comment les sources supranationales donnent une tendance à suivre en matière d'interaction entre contrat de travail et sources du droit.

Ainsi, au-delà d'une transposition des dispositions de droit international et européen dans la relation entre employeurs et salariés, l'utilisation des sources supranationales par la Chambre sociale de la Cour de cassation permet-elle un enrichissement du contenu de la source jurisprudentielle, notamment par la création de principes jurisprudentiels codifiés par la suite.

Chapitre 2. L'influence des sources étatiques sur le contrat de travail

91. « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ». Bien que les termes de l'article L. 1221-1 du Code du travail évoquent le souvenir d'une vieille querelle doctrinale au sujet des rapports entre le droit du travail et le droit civil³⁶⁵, la problématique de l'articulation entre sources étatiques et contrat de travail est pérenne.

92. La lecture de cet article évoque l'affirmation selon laquelle les parties sont libres de conclure le contrat de travail comme elles l'entendent, dès lors que sont respectées tant les dispositions légales relatives au contrat (Code civil et Code du travail), que les règles jurisprudentielles³⁶⁶. Partant de cette déclaration, la question de l'articulation du contrat avec les sources étatiques se pose.

Or, l'étude de cette articulation peut s'étudier au travers d'un rapport de hiérarchie, conflictuel ou encore d'influence. Les deux premières hypothèses ayant fait l'objet de nombreuses études, il semble opportun de s'intéresser particulièrement à la dernière.

Dès lors, l'article L. 1221-1 du Code du travail semble être le point de départ d'une influence des sources étatiques sur le contrat de travail qu'il va falloir définir et délimiter.

93. Les questions alors soulevées sont celles relatives au pouvoir et aux critères d'influence de la loi (Section 1) et de la jurisprudence (Section 2) sur la forme du contrat de travail, le contenu du contrat et la liberté contractuelle.

³⁶⁵ V., not., G. LYON-CAEN, « Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », RTD civ.1974, p. 229 ; G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », D. 1975. Chron. p.151 et 221 ; J. PÉLISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. social 1988, p. 387, et J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail, l'impasse », Dr. social 1988, p. 371 ; A. SUPLOT, « Le juge et le contrat de travail – compte rendu d'une recherche », Dr. social 1980, numéro spécial mai, p. 59. Avait contribué à ce débat le Procureur général TOUFFAIT dans ses conclusions sur les arrêts *Perrier* (JCP 1974. II. 17801 ; D. 1974, p. 593).

³⁶⁶ Ce terme sera défini et justifié dans la seconde section du chapitre.

Section 1. L'influence directrice de la loi sur le contrat de travail

94. L'influence de la loi sur le contrat de travail est un mécanisme d'articulation qui se détache du dispositif hiérarchique des sources du droit, car bien que s'inscrivant dans un ordre juridique, il ne suscite pas de relation de subordination entre les sources du droit. Pour que l'influence soit justifiée, il est alors nécessaire de la standardiser. Or, la rationalisation de ce phénomène commande que soient comprises ses méthodes (§1). Ainsi, le phénomène d'influence de la loi sur le contrat de travail soulève-t-il la question de ses effets sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties au contrat de travail (§2).

§1. Les méthodes d'influence de la loi sur le contrat de travail

95. Le droit du travail est le résultat d'« un mouvement de flux et de reflux continuels entre les normes spéciales et générales »³⁶⁷ et bien que l'adage *specialia generalibus derogant*³⁶⁸ permette d'évincer la règle générale lorsque la règle spéciale est applicable, il ne faut pas occulter « les multiples influences des normes générales »³⁶⁹ sur les normes spéciales. Dans ces développements, l'articulation entre droit commun et droit spécial, dès la formation du contrat de travail, est utilisée comme une méthode permettant de dégager les critères de l'influence de la loi sur le contrat de travail (A) et n'a pas vocation à raviver le débat autour de la théorie dite du « conflit des logiques »³⁷⁰. Or, alors que cette méthode permet d'établir directement l'influence de la loi sur le contrat de travail, le législateur dispose d'un autre moyen pour influencer le contrat de travail : la délégation de pouvoir entre la loi et la source

³⁶⁷ Y. PAGNERRE, « L'articulation des normes spéciales et générales en droit du travail », in *L'articulation des normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Economica, 2011, p. 45, spéc. p. 51 ; V. not. *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, dir. J.-P. Le CROM, éd. de l'Atelier, 1998.

³⁶⁸ B. OPPETIT, « L'apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 113 ; G. LARDEUX, « “*Specialia generalibus derogant*” ou la simplicité apparente des fausses évidences », obs. ss Cass. civ. 3e, 28 mai 2008, RDC 2008, p. 1251 ; St. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », in *La force normative*, dir. C. THIBIERGE, L.G.D.J.-Bruylant, 2009, p. 223 ; M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007.

³⁶⁹ Y. PAGNERRE, « L'articulation des normes spéciales et générales en droit du travail », article précité, spéc. p. 58, n° 109.

³⁷⁰ V. not., « Le droit du travail dans la lutte des classes », CFDT aujourd'hui, n° 23, janvier-février 1977, p. 3 ; J.-Cl. JAVILLIER, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : “normalisation” du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Mélanges G. H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p. 101 ; A. SUPLOT, *Traité de droit du travail - Les juridictions du travail*, t. 9, dir. G. H. CAMERLYNCK, Paris, Dalloz, 1987, p. 89 ; T. GRUMBACH, « Syndicalisme de proposition et de transformation sociale », in *Mélanges Ph. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 43 ; G. COUTURIER, A. PERULLI, « Droit des contrats et droit du travail (2^{ème} partie) », RDT 2007, p. 407.

négociée (B). Cette pratique permet d'établir, quant à elle, l'existence d'une influence indirecte de la loi sur le contrat de travail.

A. Les critères dégagés par l'articulation entre droit commun et droit spécial

96. Même s'il a été possible de se demander si le contrat de travail était un « modèle ou anti-modèle »³⁷¹ des relations contractuelles, l'influence du droit commun est perceptible à toutes les étapes de la relation contractuelle : de sa formation à sa rupture.

L'intérêt de l'articulation entre droit commun et droit spécial, au sujet du contrat de travail, est de mesurer l'influence de la loi de droit commun ou de droit spécial sur le contenu et la liberté contractuels des parties.

L'intensité de l'influence va se mesurer au regard de divers critères : ceux relatifs à la formation et au contenu du contrat de travail (1) et ceux relatifs à son exécution (2).

1. Les critères de forme et de fond

97. La force de l'influence du droit commun et du droit spécial se mesure au regard des critères de formation du contrat dégagés. Le renvoi des règles de formation du contrat de travail aux règles de droit commun est limité au seul contrat de travail à durée indéterminée³⁷². Conformément à tout contrat, ce contrat de droit commun en droit du travail a un objet (a) et un prix certains (b). Les règles relatives aux contrats de travail à durée déterminée sont, quant à elles, prévues par le Code du travail et ne seront pas abordées dans ces développements, puisque limitativement énumérées dans le Code du travail.

³⁷¹ P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Chr. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 197.

³⁷² S. LE GAC-PECH, « La figure contractuelle en droit du travail », D. 2005, p. 2250, spéc. p. 2253 : « Ce renvoi apparaît doublement limité dans la mesure où il n'a été envisagé qu'à propos du seul contrat de travail conclu pour une durée indéterminée, et, du fait de sa situation matérielle, il ne semble concerner que la formation et l'établissement du contrat de travail. Le renvoi à la théorie générale pour l'application des règles régissant l'exécution et l'inexécution de la relation de travail n'a pas été prévu par le législateur ».

a) *l'objet du contrat de travail*

98. Conformément aux articles 1108³⁷³ et 1126³⁷⁴ du Code civil, le contrat doit avoir un objet certain qui forme la matière de l'engagement : une chose au moins déterminée quant à son espèce³⁷⁵. Ces dispositions sont applicables au contrat de travail, contrat spécial dont la formation est soumise au droit commun³⁷⁶.

Cette obligation de détermination de la chose est fondée sur « le bilatéralisme consubstantiel au contrat »³⁷⁷ dont la raison d'être est « d'éviter qu'une des parties se trouve "à la merci" de l'autre, ou les parties "à la merci" du juge, résultats tenus pour l'inévitable conséquence du pouvoir de détermination unilatérale »³⁷⁸.

99. L'une des particularités du contrat de travail est donc son objet « qui prédétermine ce qu'il est convenu d'appeler le contenu obligationnel "légal"³⁷⁹ du contrat »³⁸⁰, au centre

³⁷³ C. civ., art. 1108 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation ».

Quant à l'article 1127 du Projet portant Réforme du droit des contrats il dispose :

« Art. 1127. – Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain ».

³⁷⁴ C. civ., art. 1126 : « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». Le projet portant Réforme du droit des contrats exclut « la chose » et la remplace par « une prestation ». En ce sens, l'article 1162 du projet de Réforme dispose que « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties ».

³⁷⁵ C. civ., art. 1129 : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

³⁷⁶ V. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. HyperCours, 5^e éd., 2013 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Cours, 9^e éd., 2014 ; B. BOURDELOIS, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Mementos, 2^e éd., 2012 ; L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2011.

³⁷⁷ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Chr. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 33, n° 2.

³⁷⁸ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », article précité, p. 33, n° 3.

³⁷⁹ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, « L'ordonnement des relations du travail », D. 1998, Chron. p. 359, spéc. p. 362 : « Le contenu obligationnel – « légal », c'est-à-dire sans préjudice de clauses créant des obligations accessoires – du contrat de travail n'est pas négligeable. L'employeur à l'obligation de confier des tâches au salarié (au moins de lui permettre d'accomplir les tâches de son poste et de sa qualification professionnelle) et, bien sûr, de lui payer le salaire convenu (ou correspondant à ce poste et à son éventuelle classification conventionnelle) ».

³⁸⁰ A. IDRISSE, *Le contenu contractuel du contrat de travail : contribution à l'étude de la modification du contrat de travail*, thèse, dir. J.-Ph. LHERNOULD, 2007, p. 163, n° 150.

duquel se situe le travail du salarié³⁸¹. L'objet est donc un critère de validité du contrat imposé par la loi et devient un critère d'identification de l'influence de la loi sur le contrat de travail. La détermination de l'objet apparaît ainsi comme « une nécessité structurelle »³⁸² à la validité de la convention.

En effet, le contrat de travail présente deux particularités dans son objet : le travail et le lien de subordination³⁸³, incarnés par le salarié et son supérieur hiérarchique.

100. L'objet du contrat de travail est le résultat de l'articulation entre droit commun des contrats et contrat de travail : il s'agit du travail ou la force de travail³⁸⁴.

Ils sont ce pour quoi le salarié et l'employeur contractent. En ce sens, la tâche à accomplir doit être inscrite au contrat, elle est « la chose » qui fait l'objet du contrat, conformément à l'article 1129 alinéa 1^{er} du Code civil.

Au sens de l'article 1129 du Code civil, il semblerait que la « chose » du contrat de travail inclut « toutes les activités auxquelles un débiteur peut s'être engagé. Le travail subordonné ne saurait donc être exclu sur cet argument »³⁸⁵. Il s'agirait donc de l'activité économique qui existe entre employeur et salarié³⁸⁶.

La qualification de l'objet du contrat de travail ne tient donc pas compte de sa nature³⁸⁷. Sur ce point, le Professeur REVET précise que « le contrat de travail ne participe [donc] point des conventions relatives à la personne. Par conséquent, la commercialité de la force de travail ne saurait être mise sur le même plan que la commercialité de la personne physique, ou de ses organes et produits », avant d'ajouter que « la liberté du travail fonde la commercialité de la force de travail »³⁸⁸. Le contrat de travail fait donc commerce du travail ou de « la force de

³⁸¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1994, reprod de la 2^e éd. de 1955, p. 276 : « Or la vie humaine ne peut pas être l'objet d'un contrat. Il ne faut pas dire seulement, comme on le dit communément, en parlant de la fixation du salaire, le travail n'est pas une marchandise ; il faut dire que le travail c'est l'homme lui-même dans son corps et dans son esprit, et qu'il n'est pas possible d'un contrat de droit privé ».

³⁸² J. GHESTIN, *Traité de droit civil – le contrat : formation*, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1993, p.667.

³⁸³ Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. social* 1992, p. 859.

³⁸⁴ Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », article précité.

³⁸⁵ E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. social* 1997, p. 140, spéc. p. 141.

³⁸⁶ Sur l'articulation entre le contrat de travail et l'intégration économique, V. Chr. RADÉ, « Des critères du contrat de travail », *Dr. social* 2013, p. 202.

³⁸⁷ St. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année. Les obligations*, Dalloz, Coll. HyperCours, 8^{ème} éd., 2014, p. 101, n° 183.

³⁸⁸ Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », article précité, spéc. p. 862.

travail » du salarié³⁸⁹. Ce raisonnement sur la force de travail est le même en ce qui concerne le lien de subordination, « instrument de l'objectivation de la force de travail »³⁹⁰.

L'importance du lien de subordination dans la relation de travail peut se matérialiser par sa fonction de « lien »³⁹¹. L'employeur est alors un lien entre le travail à accomplir et la rémunération perçue.

L'objet du contrat de travail est donc déterminé par la force de travail que le salarié met au service de son employeur. Cette « commercialisation »³⁹² de la force de travail se concrétise par le versement d'un salaire, le prix du contrat de travail, « objet » également déterminé ou déterminable du contrat de travail.

³⁸⁹ Les oppositions à l'application de l'article 1129 de Code civil ont pu s'expliquer par le fait que l'expression « force de travail » peut avoir tendance à évoquer la personne physique du salarié par le terme « force » qui évoque la force physique. Plus subtilement, le terme « travail » quant à lui, écarte toute dimension physique pour ne plus évoquer qu'une prestation, une œuvre terminée. Il ne s'agit donc que d'un choix terminologique. Quel que soit le terme choisi, le travail ou la force de travail est bien la chose du contrat de travail. V. not. Th. REVET, *La force de travail*, thèse, Montpellier 1991, Bibl. de droit de l'entreprise, Litec t. 28, 1992 ; Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », Dr. social 1992, p. 860 ; comp. A. SUPIOT, « Le juge et le droit du travail », thèse Bordeaux, 1979 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, coll. les voies du droit, PUF 1994, spéc. pp. 51 et s. ; *contra*, V. not. J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », Dr. social 1990, p. 49 ; M. FABRE-MAIGNAN, « Travail et droit des contrats », in *Le travail en perspective*, dir. A. SUPIOT, L.G.D.J., 1998, p. 101, spéc. p. 122.

³⁹⁰ Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », article précité, spéc. p. 863.

³⁹¹ Cass. soc., 13 novembre 1996, *Société Générale*, n° 94-13187, Bull. civ. V, n° 386, p. 275 ; GADT, 4^e Éd., n° 2 ; Dr. social 1996, p. 1067, obs. J.-J. DUPEYROUX ; JCP Éd. E, 1997, II, p. 911, note BARTHÉLÉMY ; RJS 12-96, n° 1320.

³⁹² Th. REVET, « L'objet du contrat de travail », article précité.

b) le prix du contrat

101. Alors que l'article 1129 du Code civil est inapplicable à la question de la détermination du prix depuis les arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 1995³⁹³, il est toujours applicable en matière de rémunération, « dont le montant dépend de la “quotité” fournie »³⁹⁴.

Dès lors, « le caractère déterminable de l'objet du contrat implique que la rémunération soit, sinon déterminée à l'avance, au moins déterminable »³⁹⁵. Il y aurait donc dans la rémunération « quelque chose d'irréductiblement contractuel... »³⁹⁶.

102. L'influence de la loi sur le contrat de travail en matière de rémunération trouve sa légitimité et son intérêt dans l'articulation entre droit commun et droit spécial. En effet, « les dispositions du Code civil sont applicables au contrat de travail, mais elles doivent être articulées avec les règles de valeur législative qui gouvernent spécialement le contrat de travail »³⁹⁷.

L'article 1129 du Code civil ne se suffit donc pas à lui seul pour légitimer l'influence de la loi sur le contrat de travail en matière de rémunération.

103. Le prix du contrat, la rémunération, est un indice de l'existence d'une influence de la loi sur le contrat de travail. En effet, les dispositions civilistes vont s'articuler avec les dispositions du droit du travail, ce qui va leur permettre d'imposer aux parties des règles spécifiques en matière de rémunération : rémunération mensuelle minimale dans les contrats de travail à durée indéterminée et à durée déterminée, des professions du spectacle, des Vendeurs Représentants Placiers (VRP), des travailleurs à domicile, gratification des stagiaires, etc. Toutefois, si le salaire peut être fixé dans le contrat, il peut également dépendre d'éléments de rémunération variables (commissions, primes, pourcentage du chiffre

³⁹³ Cass. Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, quatre arrêts, Bull. civ., nos 7 (2 arrêts), 8 et 9 ; D. 1996, p. 13, concl. M. JÉOL, note L. AYNES ; JCP 1996, II, 22565, note J. GHESTIN ; RTD Civ. 1996, p.153, obs. MESTRE ; JCP éd. E, II, 776, note L. LEVENEUR, CCC 1996, chr. 1 ; RTD civ. 1996, p. 153 ; Defrénois 1996, p. 748, obs. DELE-BECQUE ; LPA., 27 décembre 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS. V. égal., A. LAUDE, « La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap », *Daloz Affaires* 1996, pp. 3 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *RJDA* 1996, n° 1, p. 3.

³⁹⁴ X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD civ.* 2002, p. 435, spéc. p. 447.

³⁹⁵ V. NEUPREZ, M. DÉPREZ, *Contrat de travail : l'essentiel (2014/2015)*, Edipro, 2014, p.71 ; V. E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail » *Dr. social* 1997, p. 140.

³⁹⁶ G. COUTURIER, « La rémunération élément du contrat de travail », *Dr. social* 1998, p. 523, spéc. p. 525.

³⁹⁷ Fr. GAUDU, « Le salaire et la hiérarchie des normes », *Dr. social* 2011, p. 24, spéc. p. 31.

d'affaire). Quoi qu'il en soit, le salaire ou son mode de calcul doivent être précisés dans le contrat. Ainsi, « toute clause de flexibilité qui accorderait un pouvoir de l'employeur sur le salaire est nulle »³⁹⁸.

104. L'étude de l'influence de la loi, et plus particulièrement de l'article 1129 du Code civil sur le contrat de travail, ne doit pas être confondue avec la recherche d'établissement des critères de qualification du contrat de travail. Plus précisément, la preuve d'une rémunération permet de qualifier la convention conclue de contrat de travail³⁹⁹, tandis que l'obligation d'une rémunération et son montant sont le fruit d'une influence de la loi sur le contrat.

En matière de rémunération, l'intensité de l'influence de la loi sur le contrat de travail présente donc une dimension particulièrement protectrice : la détermination d'un objet au contrat ; l'obligation d'un prix déterminé ou déterminable ; le respect des règles en matière de rémunération minimale ; sont autant de critères d'influences qui ont vocation à protéger la partie faible au contrat et qui permettent au contrat d'être valide afin d'être exécuté de bonne foi par les parties.

³⁹⁸ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd, 2014, p. 655, n° 628 ; Cass. soc., 2 juillet 2002, *Saucier*, n° 00-13111, Bull. civ. V, n° 229 ; Dr. social 2002 p. 998, obs. Chr. RADÉ, D. 2003 Somm. p. 391, obs. V. WAQUIER, GADT, 4^e éd., n° 54.

³⁹⁹ la faible, voire dérisoire rémunération suffit à entraîner l'application des règles du Code du travail, à tel point que la Cour de cassation a pu qualifier de contrat de travail un contrat dépourvu de toute contrepartie : Cass. soc., 26 mai 2010, n° 05-44939 : Une salariée vivait du RMI et travaillait gratuitement dans l'espoir de pouvoir être embauchée ultérieurement. La Cour de cassation a estimé que le simple espoir de rémunération future suffisait à démontrer le caractère onéreux de la relation, ce qui a entraîné la qualification de contrat de travail.

2. Le critère dégagé lors de l'exécution du contrat de travail : la bonne foi

105. Alors que les critères d'influence relatifs à la formation et au contenu du contrat de travail vont désigner l'objet, le prix ou encore les clauses obligatoires⁴⁰⁰, ceux ayant trait à son exécution se résument généralement à la notion de bonne foi du contrat⁴⁰¹.

Prévue à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, elle est reprise à l'article L. 1222-1 du Code du travail qui dispose que « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ».

La redondance des dispositions du Code du travail avec celles du Code civil n'est pas anodine. La source du phénomène d'influence de la loi sur le contrat de travail est mêlée entre droit commun et droit spécial⁴⁰² : en trouvant sa source en droit commun et en droit spécial, l'exigence de bonne foi devient un principe transdisciplinaire, commun à l'exécution de tout contrat.

106. L'exigence de la bonne foi contractuelle dans l'exécution de la relation de travail a pris un tournant particulier, notamment depuis l'arrêt *Expovit* selon lequel, « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »⁴⁰³. Ainsi, l'interprétation de la bonne foi contractuelle en droit du travail suggère-t-elle pour l'employeur une « obligation d'adaptation »⁴⁰⁴, voire une

⁴⁰⁰ L'intensité peut varier selon que le contrat est à durée déterminée ou indéterminée. Cf. développement sur la liberté contractuelle.

⁴⁰¹ Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57 ; G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD civ. 1946, p. 83 ; P.-Y. GAUTIER, « Les interactions du droit civil et du droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p. 129, spéc. p. 132 ; Chr. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. social 2004, p. 706 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges offerts à H. BLAISE*, Paris, Economica, p. 125 ; W. ROUMIER, « Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ? », *TPS*, 2003, n° 2, p. 4 ; Q. URBAN, « La "bonne foi", un concept utile à la régulation des relations de travail », in *Le droit social - Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de P. ORTSCHIEDT*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, p. 330 ; F. VASSEUR-LAMBRY, « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », LPA, 17 mars 2000, n° 389, p. 4.

⁴⁰² V. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préface de Y. LEQUETTE, L.G.D.J., 2009, p. 122, « Il est le signe de l'affaiblissement de l'autorité du droit commun sur le droit spécial », [...] « en quittant le giron du droit commun, la disposition reproduite lui échappe. Elle devient partie intégrante de la nouvelle branche qui l'adopte (...). La règle répliquée est autorisée à mener sa vie propre ». V. égal. Y. PAGNERRE, « L'articulation des normes spéciales et générales en droit du travail », in *L'articulation des normes en droit du travail*, article précité, p. 60, n° 111.

⁴⁰³ Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41634, Bull. civ. V, n° 122, p. 74 ; Dr. social 1992, p. 379, RJS 4/1992, n° 421, D. 1992, I. R. 108, D. 1992, Somm. 294, obs. A. LYON-CAEN ; D. 1992, p. 390, note M. DEFOSSEZ, « L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ».

⁴⁰⁴ G. COUTURIER, A. PERULLI, « Droit des contrats et droit du travail (2e partie) », RDT 2007, p. 407. Selon l'auteur, l'obligation d'adaptation a été, depuis l'arrêt *Expovit*, consacrée en tant que telle dans plusieurs textes du Code du travail, en particulier l'article L. 6321-1 qui dispose que : « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail ».

« obligation de reclassement »⁴⁰⁵ dans certaines situations et pour le salarié « une obligation de loyauté »⁴⁰⁶ ou une obligation de probité⁴⁰⁷.

107. En tout état de cause, l'exigence de bonne foi, favorable à une plus grande justice contractuelle⁴⁰⁸, est indispensable dans l'exécution du contrat de travail, dès lors que le salarié se trouve soumis aux pouvoirs unilatéraux de l'employeur : la contractualisation du rapport d'emploi implique nécessairement que le contrat de travail soit honoré au même titre que n'importe quel autre contrat.

Dès lors, la bonne foi « fixe dans les rapports salariés le contenu et les modalités d'exécution d'une prestation »⁴⁰⁹ et restreint la liberté d'exécution contractuelle des parties par des contraintes d'ordre moral, notamment celle de loyauté pour les parties qui doivent exécuter de bonne foi les prestations liées au contrat⁴¹⁰. L'exécution de bonne foi est donc un critère d'influence constante de la loi sur le contrat de travail, lors de l'exécution du contrat de travail : les parties ainsi que le juge doivent respecter le contrat « comme s'il s'agissait de la loi elle-même »⁴¹¹.

108. La démonstration de l'existence de critères permettant de mesurer l'influence de la loi sur le contrat de travail, lors de sa formation et de son exécution, permet d'affirmer que cette influence est directe : la majorité des lois de droit commun ou de droit du travail influencent directement la forme, le contenu ou l'exécution du contrat de travail.

Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences, ainsi qu'à la lutte contre l'illettrisme.

Les actions de formation mises en oeuvre à ces fins sont prévues, le cas échéant, par le plan de formation mentionné au 1° de l'article L. 6312-1 ».

⁴⁰⁵ V. Cass. soc., 1^{er} avril 1992, *Assurance Mutuelle Universitaire*, Bull. civ. V, n° 228 ; Cass. soc., 8 avril 1992, *Jardin*, Bull. civ. V, n° 258 ; Dr. social 1992, p. 626.

⁴⁰⁶ V., not. CE, 28 septembre 2005, n° 269784, *Sté Carto Rhin* ; Cass. soc., 21 septembre 2006, n° 05-41155, Bull. civ. V, n° 285. Sur les « actes de déloyauté », V., not., Cass. soc., 16 juin 1998, Dr. social 1998, p. 1002 ; Cass. soc., 21 mars 2000, Dr. social 2000, p. 648.

⁴⁰⁷ Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-44918, Bull. civ. V, n° 26.

⁴⁰⁸ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in Mélanges J. GHESTIN, L.G.D.J., 2001, p. 441 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in Mélanges Fr. TERRÉ, Paris, Dalloz, 1999, p. 603 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ., 1997, p. 357.

⁴⁰⁹ Chr. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », article précité.

⁴¹⁰ V. sur le devoir de loyauté patronale dans la mise en place ou la modification des techniques de contrôle, J. - E. RAY, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », Dr. social, n° spécial juin 1992, p. 535.

⁴¹¹ G. COUTURIER, A. PERULLI, « Droit des contrats et droit du travail (2e partie) », article précité.

Or, indirectement, la source légale peut également influencer le contrat de travail, notamment lorsqu'elle délègue son pouvoir à la source négociée.

B. la délégation de pouvoir de la loi vers la source négociée

109. La délégation de pouvoir de la loi vers la source négociée reste à l'initiative du législateur : ces deux sources vont se compléter pour régir le contrat de travail. Dès lors, la négociation collective va être impliquée pour l'élaboration de la loi ou l'exécution de la loi, au point parfois de la suppléer (1). Cette délégation de pouvoir permet à la loi d'agir indirectement sur le contrat individuel de travail. Toutefois, les accords dérogatoires permettent à la source négociée d'outrepasser, en quelque sorte, les règles posées par la loi. En ce sens, la source négociée prend le pas sur la source légale pour régir le contrat individuel de travail (2).

1. Les lois permettant la délégation de pouvoir de la loi vers la source négociée

110. En droit du travail, la négociation collective et la loi marchent souvent de concert⁴¹². Cette dernière peut s'enrichir grâce à la négociation collective ou directement lui déléguer la détermination du champ d'application de certaines lois. Plus précisément, la source négociée peut être aussi bien une source d'inspiration dans l'élaboration de la loi, qu'un mode de sa mise en œuvre (comme l'Accord National Interprofessionnel qui est transposé en loi)⁴¹³. Afin d'articuler ces sources, différentes lois existent : la loi négociée, la loi dispositive, ou encore la loi supplétive.

La question qui se pose est de savoir comment la loi peut maintenir son autorité sur le contrat individuel de travail, en dépit de son influence dorénavant indirecte sur le contrat.

Il est donc important de rappeler la distinction entre ces différentes lois. Si la loi négociée participe à l'élaboration de la loi ou à sa mise en œuvre (a), la loi dispositive « ouvre une faculté, qui ne pourra être mise en œuvre que par la voie conventionnelle »⁴¹⁴ (b), contrairement à la loi supplétive qui ouvrent la possibilité de conclure des accords

⁴¹² G. COUTURIER, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, coll. Droit fondamental, 3^e éd., PUF, 1996, p. 48, n° 27, « si la théorie des sources du droit du travail oppose la loi (l'«hétéronomie») et la négociation (l'«autonomie collective»), il est certain qu'entre l'une et l'autre la séparation n'est pas tranchée ».

⁴¹³ A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. social* 2003, p. 59, spéc. p. 63.

⁴¹⁴ A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », article précité.

dérogatoires, de branche ou d'entreprise et qui fixe une règle subsidiaire applicable au cas où la norme conventionnelle ferait défaut (c). Ainsi, par ces possibilités offertes à la négociation collective, le pouvoir normatif de la loi est-il, en quelque sorte, déplacé vers la source négociée.

a) La loi négociée

111. En fonction du but recherché, le législateur peut initier un processus de « négociation légiférente »⁴¹⁵ donnant lieu à une « loi négociée »⁴¹⁶ qui fait part des influences ou des pressions que le législateur peut subir⁴¹⁷.

Malgré cette délégation de pouvoir, il est nécessaire d'insister sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une décharge totale de responsabilité. La loi maintient son influence malgré le voile posé par la source négociée : il est donc nécessaire de faire un effort pour y voir, en transparence, la présence constante de la source légale⁴¹⁸.

112. Dès lors, une fois l'objectif de la loi posé par le gouvernement, les partenaires sociaux peuvent être consultés avant ou pendant la procédure législative⁴¹⁹.

D'une part, selon l'article L. 1 alinéa premier du Code du travail⁴²⁰, « tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ». En ce sens, les partenaires sociaux se voient

⁴¹⁵ P.-Y. VERKINDT, « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. social* 2006, p. 720, spéc. p. 726.

⁴¹⁶ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, dir. P.-H. ANTONMATTEI, 2010, p. 314, n° 395 ; V. C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux – Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, préface de A. MAZEAUD, L.G.D.J, *Bibl. de droit social*, t. 43, 2006, p. 109, n° 157 ; J.-M.VERDIER et Ph. LANGLOIS, « Aux confins de la théorie des sources du droit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, *chron.* p. 253 ; A. SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *article précité*.

⁴¹⁷ J.-M.VERDIER et Ph. LANGLOIS, « Aux confins de la théorie des sources du droit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *chron. préc.*, spéc. p.255.

⁴¹⁸ Depuis longtemps, le législateur recourt à ce processus de négociation légiférente. A titre d'exemple peuvent être cités : les lois Aubry relatives à l'aménagement du temps de travail votées entre 1998 et 1999, la loi du 4 mai 2004 sur la formation professionnelle tout au long de la vie et le dialogue social, la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, ou encore la loi relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

⁴¹⁹ Ph. LANGLOIS, « Une loi négociée », *Dr. social* 2008, p. 346.

⁴²⁰ V. not J. BARTHÉLÉMY, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du code du travail et à la décision des sages du 13 juin 2013 », *Dr. social* 2013, p. 673 ; É. AUBRY, « L'article L.1 du Code du travail : dialogue social et démocratie politique », *Dr. social* 2010, p. 517 ; H. MASSE-DESSEN, « Genèse et objectifs de l'article L. 1 du Code du travail », *Dr. social* 2010, p. 494.

déléguer les pouvoirs de l'article 39 de la Constitution et peuvent avoir l'initiative du contenu de la loi et négocier en amont de la délibération parlementaire⁴²¹. Toutefois, le Parlement détient le pouvoir final et il reprendra le contenu de l'accord pour ne procéder qu'aux réformes qu'il estime nécessaires : il n'est en aucun cas juridiquement lié par le contenu de l'accord. En effet, déléguer le pouvoir normatif du législateur aux partenaires sociaux serait inconstitutionnel.

D'autre part, lors d'une loi négociée pendant la procédure législative, la délégation de pouvoir est relativisée. En effet, une loi générale est déjà adoptée, charge reste aux partenaires sociaux de faire une proposition plus précise, directement en lien avec les besoins et pratiques sociales. Le législateur adoptera par la suite une loi définitive. Il s'agit donc d'une sorte de valse à trois temps : élaboration d'un texte général, intervention des partenaires sociaux, finalisation par le législateur. Le pouvoir du législateur n'est donc pas écarté, il encadre le processus, il n'agit qu'indirectement, mais son influence reste effective.

b) La loi dispositive

113. La loi dispositive « définit un comportement, mais elle est extérieure au domaine de l'autonomie de la volonté »⁴²². Elle est dépendante des partenaires sociaux. Dans ce cas de figure, leur intervention est postérieure à l'adoption de la loi qui garde le monopole jusqu'à leur intervention.

Cependant, il s'agit de ce que l'on pourrait nommer une *demi-délégation* de pouvoir : la loi est promulguée sans le concours des partenaires sociaux mais ne peut être mise en œuvre sans l'intervention de la source négociée. En droit du travail, il s'agit par exemple des dispositions

⁴²¹ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*, p. 315, n° 397. À ce sujet, l'auteur souligne que les hypothèses dans lesquelles un contrat collectif a précédé et inspiré une loi ne sont pas réservées au droit du travail. Elle donne comme exemple l'accord conclu entre l'État et les représentants de l'enseignement privé qui a précédé le titre IV de la loi n° 92-678 du 20 juillet 1992 relative à la validation d'acquis professionnels pour la délivrance de diplômes et portant diverses dispositions relatives à l'éducation nationale.

⁴²² G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. social* 1985, p. 801.

relatives aux conventions de forfait-jours, inscrites à l'article L. 3121-39 du Code du travail⁴²³.

114. L'adoption d'une loi dispositive caractérise l'existence de l'influence de la loi sur le contrat de travail, dans la mesure où l'exercice de la force légale est dépendant des dispositions conventionnelles (au même titre que pour les accords dérogatoires). En effet, elles seules pourront garantir l'effectivité de la règle légale et agissent directement sur le contrat de travail, contrairement à la source légale.

c) la loi supplétive

115. La loi supplétive fait office de second choix. Elle ne va influencer le contenu contractuel qu'à défaut de disposition conventionnelle applicable. La loi est alors, dans ce cas, subsidiaire. En effet, « par ce mécanisme, le législateur habilite les partenaires sociaux à substituer à l'application de la loi de la République celle de la "loi" de la profession ou de l'entreprise. Les négociateurs se trouvent alors investis d'une parcelle du pouvoir législatif, mais ils ne le sont que si, et dans la mesure où, le législateur l'a voulu »⁴²⁴. Il appartient donc au législateur de maintenir ou non son pouvoir décisionnel⁴²⁵. La loi conserve néanmoins un minimum de pouvoir : sa force obligatoire qu'elle mettra en œuvre uniquement dans le silence de la source négociée. Son influence n'est donc pas garantie.

Cette situation est celle qui peut être rencontrée en matière d'heures supplémentaires. Par exemple, l'article L. 3121-22 du Code du travail issu de la loi du 17 janvier 2003 dispose que le taux de majoration est fixé, en principe, par une convention ou un accord collectif (sans toutefois être inférieur à 10 %). C'est seulement « à défaut de convention ou d'accord » que s'appliqueront les dispositions de la loi selon lesquelles chacune des huit premières heures

⁴²³ C. trav., art. L. 3121-39 : « La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions ».

⁴²⁴ A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », article précité, spéc. p.63.

⁴²⁵ CE, 27 juillet 2001, *Fédération nationale des transports Force Ouvrière*, n° 220067, T. p. 824-1207 ; RJS 1/2002, n° 107, p. 9 ; obs. F. BOCQUILLON. Cette décision est relative à la nullité des dispositions d'un décret prévoyant, en l'absence d'habilitation législative expresse, que des accords collectifs pourraient déroger à ses dispositions dans un sens défavorable aux salariés.

supplémentaires donne lieu à une majoration de 25 % et les heures suivantes à une majoration de 50 %⁴²⁶.

116. L'articulation entre loi supplétive et contrat de travail dénote une influence qui est qualifiée de « conditionnelle »⁴²⁷. La loi supplétive n'est valide que si les dispositions de la règle autorisant la dérogation sont respectées. Dans le cas contraire, la norme conventionnelle susceptible d'être appliquée est considérée comme illicite.

Ainsi, malgré ce qui semble être un abandon d'autorité, la loi dirige-t-elle le mécanisme de supplétivité à distance et influence donc de manière indirecte le contrat de travail. Son emprise est donc encore effective, malgré un certain déplacement partiel du pouvoir vers la source négociée.

117. La pratique de ces lois particulières (loi négociée, loi supplétive ou loi dispositive) est justifiée par les spécificités que les branches d'activité peuvent manifester.

Ainsi, est-il possible d'assister à ce qui pourrait être nommé un *ascenseur hiérarchique* : l'objet de la loi effectue un « va-et-vient » entre le législateur et les partenaires sociaux, jusqu'à l'application définitive de la loi au contrat individuel de travail. Dans le cas d'une loi négociée, l'*ascenseur hiérarchique* fonctionne lorsque les partenaires sociaux sont sollicités pendant la procédure législative, alors que dans l'hypothèse d'une loi dispositive ou supplétive, il est mis en marche postérieurement à l'adoption de la loi. En effet, la loi dispositive est promulguée mais ne peut être mise en œuvre qu'en présence d'un acte négocié. Alors, s'effectue d'abord une descente vers la source négociée qui acte la loi votée et ensuite, une ascension vers la loi est nécessaire, afin qu'elle s'applique au contrat individuel de travail. Quant à la loi supplétive, d'abord une descente vers la source négociée et la constatation du silence de cette dernière s'imposent. Ensuite, la remontée vers la loi est nécessaire pour qu'enfin, la loi soit applicable au contrat de travail.

⁴²⁶ F. BOCQUILLON, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive, les enjeux de la distinction en droit du travail », article précité, spéc. p.805.

⁴²⁷ G. BORENFREUND, M.-A. SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Dr. social 2003, p. 72, spéc. p. 82 : « non seulement elle résiste face au contrat individuel de travail, mais encore elle ne devient pas purement supplétive au regard de l'accord collectif. Sa supplétivité est une supplétivité conditionnelle » ; V. M.-L. MORIN, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in *Droit négocié, droit imposé*, dir. Fr. OST, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1996, p. 643 ; M. KELLER, G. LYON-CAEN, « Droit du travail : sources », Encyclopédie Dalloz travail 1992 p. 16 ; V. *Action juridique CFDT*, « L'articulation loi-négociation », janvier 1998 p. 16.

L'application de cet *ascenseur hiérarchique* souligne la forte implication de la source négociée dans l'élaboration et l'application de la loi, à tel point que l'influence de la loi semble avoir été abandonnée à la source négociée.

La délégation de pouvoir de la loi vers la source négociée ne constitue pas une entrave au pouvoir d'influence de la loi sur le contrat de travail, dès lors qu'elle maîtrise les domaines de liberté laissés à la négociation collective. Ainsi, la question de l'effectivité de cette délégation de pouvoir se pose-t-elle.

2. La relativité du pouvoir de dérogation offert à la source négociée

118. La délégation de pouvoir de la loi vers la source négociée, pour régir le contrat de travail permet, au travers de la technique de dérogation, d'ouvrir de nouveaux « espaces de libertés » pour les partenaires sociaux⁴²⁸. Cette faculté de déroger à la source légale n'est possible qu'à condition que la loi elle-même le prévoit⁴²⁹. Dans ce cas, la liberté offerte aux partenaires sociaux n'est finalement qu'apparente : l'espace de liberté est délimité par la loi.

119. Dès lors, à l'intérieur de ces espaces, se trouvent les accords dérogatoires *in melius* et *in pejus* qui permettent aux partenaires sociaux de « mettre valablement à l'écart une règle normalement applicable en lui substituant une réglementation individuelle différente »⁴³⁰ sans pour autant faire « disparaître la norme concernée de l'ordonnement juridique »⁴³¹.

D'une part, dans l'hypothèse d'un accord dérogatoire *in melius*, l'accord n'est pas une mise en danger de la source légale, dans la mesure où la capacité de dérogation de l'accord collectif est contrôlée par le législateur qui en pose les conditions. En ce sens, l'adoption d'un accord dérogatoire plus favorable pour les salariés n'est pas considérée comme une véritable

⁴²⁸ V. not. B. TEYSSIÉ, « Propos autour d'un projet d'autodafé », in *Faut-il brûler le Code du travail ?*, Dr. social 1986, p. 559, spéc. p.560.

⁴²⁹ P. ORTSCHIEDT, « Pour un renforcement de la protection pénale des représentants conventionnels », in *Mélanges en l'honneur du professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Peter Lang, 1994, p. 247, spéc. p. 256, « ce qui caractérise le droit des accords dérogatoires, c'est qu'il repose sur une autorisation expresse du législateur ».

⁴³⁰ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, op. cit., p. 374, n° 477 ; C. PERES-DOURDOU, *la règle supplétive*, préface de G. VINEY, L.G.D.J, Bibl. de droit privé, 2004, p. 254, n° 280.

⁴³¹ St. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface de Tr. AZZI, Fondation Varenne, collection des Thèses, p. 101, n° 109 ; H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, préface de R. HOSTIOU, L.G.D.J, Bibliothèque de droit public, t. 161, 1991, p. 204.

dérogação⁴³². Il s'agit d'une prolongation de la loi qui se justifie par le plancher d'ordre public garanti par la loi⁴³³.

La loi fixe un plancher d'ordre public absolu que les dispositions conventionnelles dépassent au profit du salarié. Les garanties *a minima* octroyées par la loi sont donc maintenues. Ainsi, la règle n'est-elle pas mise à l'écart, elle est transcendée. La dérogation vient donc impulser le mécanisme de contractualisation et de création normative, autour des relations collectives de travail.

D'autre part, les accords dérogatoires *in pejus* de l'article L. 2253-3 du Code du travail⁴³⁴ permettent aux accords conventionnels de niveaux inférieurs de « comporter des dispositions moins favorables aux salariés que les actes ayant un champ d'application plus large, à moins que l'accord supérieur ait expressément stipulé qu'il ne pouvait être dérogé *in pejus* à ses stipulations »⁴³⁵.

Soulevant des interrogations, notamment au sujet de la « délimitation exacte du domaine interdit de dérogation *in pejus* »⁴³⁶, la loi du 4 mai 2004⁴³⁷ a élargi les possibilités de déroger à la source légale, notamment en autorisant l'accord d'entreprise de contenir des dispositions moins favorables pour les salariés⁴³⁸.

⁴³² Fl. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 14, 2007, p. 251-252, n° 510 et s.

⁴³³ cf. développements dans le chapitre sur l'articulation de la convention collective avec le contrat de travail.

⁴³⁴ C. trav., art. L.2253-3 : « En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels.

Dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ».

⁴³⁵ L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, thèse Avignon, dir. A. PÉLISSIER, 2010, p. 177, n° 316.

⁴³⁶ M.-A. SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. social* 2004, p. 579, spéc. p. 584, « sous réserve des problèmes de délimitation exacte du domaine interdit de dérogation *in pejus*, l'ampleur qualitative et quantitative des matières dans lesquelles l'accord d'entreprise pourra contredire, réduire ou supprimer les avantages portés par la convention de branche est considérable. S'agissant des avantages purement conventionnels d'abord, les primes, [...], le préavis de démission en donnent quelques exemples. Les avantages supérieurs au minimum légal ensuite (préavis de licenciement, indemnités de licenciement, congés...) pourront subir le même traitement sauf lorsque les négociateurs de branche s'y opposeront ».

⁴³⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁴³⁸ V. Cons. const., 29 avril 2004, déc. n° 2004-494 DC, 12e cons.: JO 5 mai, p. 7998, qui, à propos de dispositions légales destinées à ouvrir à des accords de niveau inférieur la faculté de déroger à un accord de niveau supérieur, relève, avant d'en admettre la validité, que " ces nouvelles dispositions n'auront pas de portée rétroactive " en ce que " la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur [de la loi nouvelle] demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs " (L. n° 2004-391, 4 mai 2004, art. 45).

En effet, dans le cas d'une dérogation *in pejus*, il s'agit d'une dérogation au sens propre du terme : la règle édictée par la source légale est clairement écartée pour être substituée par une disposition conventionnelle qui n'y est pas contraire, mais potentiellement défavorable pour le salarié. La loi conserve néanmoins le pouvoir d'édicter les domaines dans lesquels elle interdit ce type de dérogations. De ce fait, si la dérogation *in pejus* n'intervient que dans l'articulation entre accords, elle se répercute indirectement dans la relation entre la loi et le contrat de travail. L'accord dérogatoire prévoyant des dispositions moins favorables que l'accord de niveau supérieur déroge précisément à la loi posant un minimum de protection.

120. Le domaine d'influence de la loi sur le contrat de travail est sous le contrôle du législateur qui en délimite clairement les contours. Alors qu'il implique les partenaires sociaux lorsque cela s'avère nécessaire, l'illusion d'un espace de liberté disparaît, dès lors qu'est étudiée en détail la technique de la dérogation en droit du travail. La délégation de pouvoir de la loi vers la source négociée n'a que pour objectif d'exercer une influence sur le contrat de travail en adéquation avec les besoins et les exigences de l'actualité du droit du travail, de l'emploi ou de l'entreprise.

Les méthodes d'influence de la loi sur le contrat de travail, qu'il s'agisse de critères de formation (ou d'exécution) du contrat de travail ou de techniques de délégation de pouvoirs entre le législateur et les partenaires sociaux, révèlent un caractère prépondérant : tout en recherchant la protection des contractants, par son influence, la loi contraint le contrat de travail.

Or, cette influence contraignante soulève la question de la survie de la liberté contractuelle dans un tel contexte.

§2. Les conséquences de l'influence de la loi sur l'autonomie de la volonté

121. La loi conditionne la forme et le contenu du contrat de travail. Au cœur de ce contrôle du contrat de travail par la loi, il convient de s'interroger sur les conséquences de l'influence de la loi sur l'autonomie de la volonté des parties⁴³⁹ de laquelle est déduite la liberté contractuelle⁴⁴⁰ (A) et qui commande la force obligatoire des clauses contractuelles conclues (B).

⁴³⁹ V. not., E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912 ; E. KANT, *Critique de la raison pratique*, trad. Picavert, PUF, 1960, p. 30 ; E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. Delbos, Paris, Vrin, 1980 ; G. ROUHETTE, *Contribution critique à l'étude de la notion de contrat*, thèse dactyl., Paris, 1965 ; G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français » in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, dir. D. TALLON et D. HARRIS, L.G.D.J., 1987, p. 27 ; G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à R. RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 247 ; L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 1 ; L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Mélanges Fr. GÉNY*, t. 2, Sirey, 1938, p. 333 ; G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », APD 1940, p. 7 ; G. MORIN, « Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts », RTD civ. 1937, p. 553 ; P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD civ. 1944, p. 73 ; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER*, PUF, 1986, p. 40 ; L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, dir. L. CADIET, Economica, 1987, p. 7 ; Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *le droit contemporain des contrats, op. cit.*, p. 271 ; V. égal., B. FAGES, « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », D. 2003. Chron. p. 2386 ; Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003 ; P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003 ; Th. REVET et D. MAZEAUD (dir.), *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, Actes du colloque du 25 octobre 2005, L.G.D.J., 2006 ; J. GHESTIN, Gr. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat. Le consentement*, 4e éd., L.G.D.J., 2013, n° 169 s.

⁴⁴⁰ Sur le lien entre autonomie de la volonté et liberté contractuelle, V. J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J., 1971.

A. La liberté contractuelle maîtrisée

122. Déduite du libéralisme et de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle est un principe à valeur constitutionnelle, rattaché à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁴⁴¹. Elle laisse les parties libres de contracter, de ne pas contracter, de choisir son cocontractant⁴⁴² et de déterminer le contenu du contrat, sous réserve de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs, conformément à l'article 6 du Code civil.

Toutefois, malgré l'existence de ce principe, l'influence de la loi sur le contrat de travail soulève la question du maintien de la liberté contractuelle lors de l'exécution (1) et de la rupture (2) du contrat de travail.

1. La maîtrise de la liberté contractuelle lors de l'exécution du contrat de travail

123. Droit des contrats et droit du travail n'ont de cesse de s'influencer mutuellement. Pilier du droit des contrats, la liberté contractuelle⁴⁴³ est inscrite à l'article L. 1221-1 du Code du travail qui dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ». Dès lors, le principe de la liberté contractuelle voudrait que « la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égal de la loi ; ni le législateur ni le juge ne sauraient délier les contractants »⁴⁴⁴.

Or, lorsque le législateur évoque « les formes que les parties contractantes décident d'adopter », il désigne principalement les clauses contractuelles que les parties (mais surtout

⁴⁴¹ V. Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, JO 14 juin 1998, p. 1093, RTD civ. 1998, p. 796, obs. N. MOLFESSIS ; Cons. const., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, JO du 31 juillet 1998, p. 11710, *ibid.* ; Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437, JO du 24 décembre 2000, p. 20576 ; Cons. const., 30 novembre 2006, n° 2006-543, JO du 8 décembre 2006, p. 18544.

⁴⁴² Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, JORF 16 juin 2013, p. 9976. A propos du contrôle de la loi sur la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le Conseil constitutionnel a pu décider que « si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini » ; RTD civ. 2013, p. 832, obs. H. BARBIER ; Constitutions 2013, p. 400, obs. A.-L. CASSARD-VALEMBOIS ; JCP 2013, JCP 2013, n° 37, p. 929, note J. GHESTIN, RDC 2013, p. 1285, obs. C. PÉRÈS.

⁴⁴³ V. not. O. RAULT, *La formation du contrat de travail, Essai sur la liberté contractuelle*, thèse, Paris II, 1999.

⁴⁴⁴ H., L., J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçon de droit civil, T. 1, Introduction à l'étude du droit*, 2000, 12^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien. p. 845, n° 721.

l'employeur) envisagent d'insérer au contrat de travail⁴⁴⁵. Ainsi, la liberté contractuelle offre-t-elle « un espace non négligeable [qui] demeure ouvert à la liberté de stipulation, aussi bien pour créer des obligations accessoires véritablement autonomes que pour fixer les modalités ou aménager l'exécution des obligations principales liées à la qualification du contrat »⁴⁴⁶.

Le contrat de travail devient donc un « espace de stipulations »⁴⁴⁷ soumis à la volonté des parties qui peuvent, grâce à la liberté contractuelle, insérer à cet espace diverses clauses autorisées par les principales sources environnant le contrat de travail (la loi, les dispositions conventionnelles, ou encore la jurisprudence)⁴⁴⁸.

Toutefois, s'il est vrai que les parties disposent de la liberté de contracter, de ne pas contracter et de déterminer le contenu contractuel, il est encore plus vrai que cette autonomie s'exerce dans l'espace que la loi leur a assigné.

Ainsi, la loi influence-t-elle le contrat, à tel point qu'elle remet en question l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle en droit du travail⁴⁴⁹. En effet, Anaëlle DONNETTE explique sur ce point que « les volontés ne sont pas autonomes, au contraire elles sont dépendantes de la loi, qui impose ou prohibe, *via* une législation impérative »⁴⁵⁰. La volonté du législateur est donc supérieure à celle des parties au contrat qui ne peuvent pas maîtriser totalement le contenu contractuel⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ V. not. M. MEKKI, « Existe-t-il un *ius commune* aux clauses du contrat de travail ? », RDT 2006, p. 292 ; J.-M. BÉRAUD, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », Dr. ouvrier 1997, p. 529 ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préface de Antoine LYON-CAEN, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 408, 2004.

⁴⁴⁶ J.-M. BÉRAUD, « La singularisation face aux exigences de non-discrimination et d'égalité », in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD, et A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 79, spéc. p. 92.

⁴⁴⁷ P. LOKIEC, « Avis de tempête sur le droit du travail », RDT 2014, p. 738, spéc. p. 744.

⁴⁴⁸ Les dispositions contractuelles insérées pourront être plus favorables que les dispositions légales ou conventionnelles.

⁴⁴⁹ V. not. G. COUTURIER, « La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif », in *La négociation du contrat de travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 7, spéc. p. 8

⁴⁵⁰ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*, p. 157, n° 191.

⁴⁵¹ V. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 163, n° 235 : « L'autonomie de la volonté est d'ailleurs contredite par les faits. L'importance du formalisme informatif et protecteur, l'immixtion croissante du juge au sein du contrat par une instrumentalisation notamment des articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil, la place dominante d'un ordre public protecteur, sont autant de preuves que la volonté n'est pas autonome et souveraine » ; V. not. J.-L. AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », defrénois, 2000, p. 931.

124. On le sait, le principe de la liberté contractuelle devrait permettre aux parties d'aménager le contenu contractuel comme elles l'entendent. Or, la relation de travail entre employeur et salarié est déséquilibrée, dès le départ. C'est pourquoi, l'encadrement de la liberté contractuelle par la loi va servir la finalité première du droit du travail : la protection du salarié.

La liberté contractuelle est donc maîtrisée par la loi⁴⁵² et, en ce sens, il existe une autonomie individuelle modérée des parties qui aboutit à rejeter l'hypothèse de son épanouissement. La loi influence donc la liberté contractuelle sans pour autant freiner le phénomène de contractualisation en droit du travail.

125. L'influence de la loi va obliger, interdire, restreindre le contenu contractuel⁴⁵³. Son objectif est donc d'encadrer non seulement les clauses contractuelles⁴⁵⁴ mais également les modes de ruptures du contrat de travail.

2. La maîtrise de la liberté contractuelle lors de la rupture du contrat de travail

126. La liberté contractuelle permet de contracter, de ne pas contracter, de déterminer le contenu du contrat mais aussi de rompre le contrat en toute autonomie.

Or, en droit du travail, tant l'initiative que le formalisme de la rupture du contrat de travail sont soumis à des exigences légales ou jurisprudentielles.

La question de l'influence de la loi sur le contrat de travail, en matière de rupture contractuelle, ne se résume pas au seul licenciement, « acte juridique unilatéral par lequel l'employeur peut rompre les contrats de travail à durée indéterminée »⁴⁵⁵. Tous les modes de rupture sont encadrés par la loi. Cet encadrement permet alors à la loi de restreindre elle-même la liberté contractuelle, en cas de rupture du contrat de travail.

⁴⁵² V. not. V. BERNAUD, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *Dr. social* 2015, p. 4, spéc. p. 10. Selon l'auteur, « force est ensuite de constater qu'aujourd'hui en France, la liberté de contracter s'exerce en droit du travail (comme ailleurs) dans le cadre des lois qui la réglementent. Nous sommes très loin du mythe libéral laissant la société civile s'auto-organiser dans le cadre d'un État régalienn indifférent à la détresse de ses citoyens » ; Sur la question, V. L. AMIC, *La loyauté dans les relations de travail*, thèse, Avignon, 2014.

⁴⁵³ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*, p.195, n° 246.

⁴⁵⁴ P.-H. ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat de travail - Non-concurrence, dédit-formation, rémunération variable, mobilité, rupture*, éd. Liaisons, 2009, p. 10, « Il faut tenir compte du Code du travail qui tantôt organise, tantôt interdit, tantôt impose des clauses ».

⁴⁵⁵ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2014, p. 385, n° 556.

127. L'influence de la loi en matière de rupture du contrat de travail est avant tout procédurale. Les dispositions légales inscrites au Code du travail ont vocation à encadrer la procédure du licenciement pour motif personnel, du licenciement pour motif économique, de la démission, de la retraite ou encore de la rupture conventionnelle.

En effet, la loi impose, tant à l'employeur qu'au salarié, un grand nombre de règles en matière de rupture du contrat de travail : respect des procédures de licenciement⁴⁵⁶, de rupture de période d'essai, des délais de préavis de démission⁴⁵⁷, de la procédure de rupture conventionnelle⁴⁵⁸, etc. Le rôle du phénomène d'influence de la loi est, encore une fois, au-delà d'incitatif : les parties ne sont pas libres de la procédure de rupture du contrat, la loi la leur impose.

128. De plus, l'encadrement de la loi en matière de procédure de rupture du contrat de travail est relayé par la jurisprudence qui peut imposer le type de rupture à adopter⁴⁵⁹. Sur ce point, peut être cité, à titre d'exemple, l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 15 octobre 2014⁴⁶⁰ qui a décidé que « sauf dispositions légales contraires, la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions prévues par [l'article L. 1237-11 du Code du travail] relatif à la rupture conventionnelle ».

⁴⁵⁶ Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-40235, Bull. civ. V, n° 208, p. 211 ; RJS 8-9/03, n° 994, 1^{ère} et 2^{ème} esp : « l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail ou qui le considère comme rompu du fait du salarié doit mettre en œuvre la procédure de licenciement ; à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse » ; Dr. social 2003, p. 817, 5^{ème} esp., obs. G. COUTURIER et J.-E. RAY, avis P. LYON-CAEN.

⁴⁵⁷ V. not. B. TEYSSIÉ, « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », Dr. social 2005, p. 45. En cas de démission, les délais de préavis peuvent aussi bien être posés par la loi que par la convention collective ou un usage. V. not. Cass. soc., 3 février 1998, n° 94-44503, Bull. civ. V, n° 59, p. 43 ; TPS 1998, comm. p. 113, retenant une interprétation stricte des termes de l'article L. 122-5 du Code du travail, la Cour de cassation retient que le délai de préavis, en matière de démission, ne peut résulter du seul contrat de travail ; Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-40321 : RJS 6/02, n° 672 : une indemnité compensatrice de préavis évaluée par les juges du fond, est due à l'employeur lorsque le salarié démissionnaire a, sans explication, refusé d'exécuter son préavis alors qu'il n'en avait pas été dispensé.

⁴⁵⁸ V. not. Gr. LOISEAU, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. social 2010, p. 297 ; G. COUTURIER, « Les ruptures d'un commun accord », Dr. social 2008, p. 923. V. égal. Fr. GAUDU, « Les ruptures d'un commun accord », Dr. ouvrier 2008, p. 594 ; Fr. FAVENNEC-HÉRY et A. MAZEAUD, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan », JCP éd. S 2009, p. 1314 ; G. COUTURIER, « Les ruptures conventionnelles, ruptures paisibles ? », RDT 2009, p. 207.

⁴⁵⁹ V. not. au sujet de la procédure de licenciement lors de la rétractation du salarié en cas de rupture conventionnelle : Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-15551, Dalloz actualité, note J. SIRO ; Dr. social 2015, p. 376, note J. MOULY : « la signature d'une rupture conventionnelle, après l'engagement d'une procédure disciplinaire de licenciement, n'emporte pas nécessairement renonciation par l'employeur à l'exercice de son pouvoir disciplinaire ».

⁴⁶⁰ Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 11-22251, D. 2014, p. 2118 ; Dr. social 2014, p. 1066, obs. J. MOULY ; RDT 2014, p. 752, obs. L. BENTO DE CARVALHO.

Ainsi, bien que le contrat de travail soit soumis aux règles du droit commun, la rupture d'un commun accord de l'article 1134 alinéa 2 devient-elle proscrite en droit du travail⁴⁶¹.

129. Dans cette hypothèse, la jurisprudence a pris le relais des dispositions légales afin de protéger le salarié.

En effet, l'ancienne résiliation amiable, admise par la jurisprudence avant 2008, « n'avait reçu aucune onction du législateur et ne comportait aucune garantie particulière pour le salarié »⁴⁶².

Or, dès 2008, le Professeur COUTURIER estimait que « l'article L. 1237-11 ne peut guère être lu que comme disposant que "l'employeur et le salarié" ne "peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie" qu'en concluant une convention "soumise aux dispositions de la présente section" »⁴⁶³. Le phénomène d'influence de la loi sur le choix de la rupture à adopter n'était toutefois pas assez explicite. La jurisprudence a donc confirmé l'impérativité des dispositions de la loi du 25 juin 2008⁴⁶⁴.

Dès lors, afin d'assurer pour l'avenir un régime plus protecteur pour les salariés, la Cour de cassation s'est appuyée sur l'article L. 1231-1 du Code du travail qui dispose que « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu [...] d'un commun accord dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre ».

Le « présent titre » ne proposant que la rupture conventionnelle pour rompre le contrat de travail d'un commun accord, la Cour de cassation a estimé qu'aucune autre rupture n'était possible⁴⁶⁵.

Ainsi, en prévoyant que l'indemnité de rupture conventionnelle ne peut être inférieure à celle du licenciement pour motif personnel, l'article L. 1237-13⁴⁶⁶ assure-t-il une protection non prévue par la résiliation conventionnelle de l'article 1134 du Code civil.

⁴⁶¹ *Contra* Cass. soc., 2 décembre 2003, *Crédit Lyonnais et Société Étienne Lacroix*, n^{os} 01-46176 et 01-46540, Bull. civ. V, n^{os} 308 et 309 ; D. 2004, p. 106, et les obs.; Dr. social 2004, p. 279, étude Fr. FAVENNEC-HÉRY ; Dr. social 2004, p. 318, obs. J. SAVATIER.

⁴⁶² J. MOULY, « La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée », Dr. social 2014, p. 1066.

⁴⁶³ G. COUTURIER, « Les ruptures d'un commun accord », Dr. social 2008, p. 923, spéc. p. 928.

⁴⁶⁴ V. Gr. LOISEAU, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », article précité.

⁴⁶⁵ V. l'interview de Ph. FLORÈS, Sem. soc. Lamy 2014, n^o 1648, p. 14 ; J. MOULY, « La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée », article précité.

⁴⁶⁶ C. trav., art. L.1237-13 al. 1 : « La convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 ».

130. La maîtrise de la liberté contractuelle par le législateur veille donc à protéger les intérêts des salariés lors de la formation mais également lors de la rupture du contrat. Si cette volonté de protection n'est pas spécifique à la rupture du contrat, elle est cependant particulièrement importante pour le maintien de la protection des intérêts des salariés, notamment en matière d'indemnité de rupture du contrat de travail.

131. L'encadrement de la liberté contractuelle par le législateur inspire un sentiment de sécurité aux parties. Le phénomène d'influence de la loi sur le contrat de travail devient bienveillant. Bien que laissant aux parties une part de liberté dans la conclusion ou l'exécution du contrat de travail, son encadrement peut les prémunir contre d'éventuelles situations qui désavantageraient l'une ou l'autre des parties.

B. La force obligatoire des clauses contractuelles choisies par les parties

132. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le premier alinéa de l'article 1134 du Code civil pose le principe de la force obligatoire des contrats et s'applique à tout contrat et donc au contrat de travail. Ainsi, « pourvu que le contrat soit formé, il s'impose aux parties : le créancier pourra exiger l'exécution de l'obligation convenue »⁴⁶⁷. En effet, c'est parce que le contrat fait naître des obligations qu'il a une force obligatoire⁴⁶⁸.

La force obligatoire des clauses contractuelles est donc une manifestation de l'influence de la source légale sur le contrat de travail (1). Tout en étant justifiée par le principe de l'autonomie

⁴⁶⁷ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Les sources, 2^e éd., Sirey, 1988, p. 258, n° 246.

⁴⁶⁸ V. Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK et L. AYNÈS, *Droit civil, Obligations*, 6^e éd., L.G.D.J., 2013, p. 357 et suiv. ; Y. LEQUETTE, Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, Précis de droit Privé, 2013 ; St. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^e année – Les obligations*, Dalloz, coll. HyperCours, 8^e éd., 2014, spéc. p. 173 et suiv. ; J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 16^e éd., 2014, p. 379 et suiv. ; G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat » in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, L.G.D.J., 1987 ; G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Mélanges R. RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 247 ; Cf. J.-L. AUBERT, *Le contrat*, 3e éd., 2005, p. 102 et s. ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ 1999, p. 771 ; V. R. LIBCHABER, « Réflexion sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 211.

de la volonté⁴⁶⁹, elle s'impose aux parties contractantes mais elle est relativisée, dès lors que l'on distingue les clauses normatives des clauses informatives (2).

1. Le principe de la force obligatoire du contrat

133. Le principe de la force obligatoire des contrats, corollaire au principe de la liberté contractuelle, s'applique lorsque l'employeur et le salarié ont valablement conclu un contrat de travail écrit. En ce sens, les parties contractantes sont « tenues d'en respecter les conditions d'exécution qu'ils ont eux-mêmes déterminées d'un commun accord ou, du moins, dont ils ont eux-mêmes accepté les termes, en apposant leur signature sur la dernière page de celui-ci, ainsi que leur paraphe au bas de ses pages précédentes »⁴⁷⁰. En ce sens, la force obligatoire du contrat de travail est soumise à l'influence de la loi⁴⁷¹, puisque seul le droit impose que les contrats sont obligatoires⁴⁷². Cette conception rejoint alors la théorie de H. KELSEN selon qui, « la convention est [...] obligatoire [...] dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi ou une norme coutumière) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur »⁴⁷³.

Dans cette articulation des sources du droit, le mécanisme d'influence de la loi sur le contrat de travail rejoint les principes de validité et de conformité de la hiérarchie des normes. Toutefois, le principe d'influence de la loi sur le contrat de travail se distingue du principe hiérarchique, sans pour autant s'y opposer. Dans cette conception de l'articulation du contrat de travail avec la source légale, le principe de l'influence de la loi sur le contrat de travail n'a pas pour objectif de hiérarchiser le contrat de travail par rapport à la loi mais bien de mesurer l'influence de la loi sur le contenu du contrat.

⁴⁶⁹ V. not. J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. social* 1990, p. 49.

⁴⁷⁰ Y. AUBRÉE, « Contrat de travail (clauses particulières) », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2014, n° 8.

⁴⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, *JCP* 1997. I. 4039. Selon l'auteur, il « n'est guère contestable que [la force obligatoire du contrat] découle du système juridique et, en dernier ressort, de l'État qui est garant de ce système ».

⁴⁷² V. BERNAUD, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *article précité*, p. 10.

⁴⁷³ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, APD 1940, p. 33, spéc. p. 47, § 13.

134. La distinction entre dispositif hiérarchique et phénomène d'influence de la source sur le contrat de travail tient au fait que le phénomène d'influence est facteur de contrainte mais également de force pour le contrat de travail.

La contrainte exercée porte principalement sur le formalisme du contrat de travail. Par exemple, les clauses contractuelles et le formalisme du contrat à durée déterminée, strictement imposés par la loi, traduisent une influence marquante de la loi sur le contrat de travail.

135. Toutefois, le phénomène d'influence de la loi sur le contrat de travail lui permet de se construire une force toute particulière. En effet, au sujet de l'article 1134 du Code civil, il a pu être soutenu que « les rédacteurs du Code civil ont entendu marquer qu'une obligation née du contrat s'impose aux contractants avec la même force qu'une obligation légale »⁴⁷⁴ ou encore que « les obligations qui résultent du contrat sont aussi impérieuses que si elles étaient édictées par la loi elle-même »⁴⁷⁵.

L'influence exercée permet ainsi un déplacement du pouvoir de la loi vers le contrat qui lui procure non seulement une force contraignante pour les parties et le juge, mais également une capacité de résistance aux sources qui l'environnent. Sur ce point, le Professeur ANCEL a pu expliquer que « le point remarquable, l'essentiel de la force obligatoire, n'est pas le résultat produit (que les contractants soient tenus d'obligations), mais le fait que le contrat crée de telles obligations de la même manière que la loi pourrait en créer »⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 6^e éd., 1996, n° 721.

⁴⁷⁵ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil : les obligations*, t. 2, Contrat, 3^e éd., Litec, 1989, p. 465, n° 1135.

⁴⁷⁶ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771, spéc. p. 772, n° 2.

2. La relativité de la force obligatoire du contrat

136. Selon DURKHEIM, « Tout n'est pas contractuel dans le contrat »⁴⁷⁷. Sur ce point, Sophie LE GAC-PECH précise qu'« aujourd'hui, en réaffirmant que tout n'est pas contractuel dans le contrat de travail, on vient retrancher du contrat certains de ses éléments, en déniaient le caractère contractuel de certaines stipulations »⁴⁷⁸.

La force obligatoire du contrat est nuancée. Toutes les clauses inscrites au contrat de travail n'ont donc pas la même valeur. Il est donc nécessaire de distinguer les clauses normatives et les clauses informatives du contrat de travail⁴⁷⁹.

La distinction selon laquelle « stipulée de manière claire et précise, la mention a une valeur contractuelle, et à défaut elle n'a qu'une simple valeur d'information »⁴⁸⁰ semble assez peu convaincante. En effet, il est difficilement imaginable que les parties au contrat de travail décident d'insérer volontairement une clause floue et imprécise.

Dès lors, pour préciser la distinction entre clause informative et clause normative, il convient de s'en remettre à la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui, à titre d'exemple, a estimé en 2003 que « 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 »⁴⁸¹. La différence entre clause informative et clause normative tiendrait donc à la généralité et à la personnalisation du contenu de la clause.

En ce sens, le critère de personnalisation qui conduit à individualiser la clause permettrait de comprendre « pourquoi une clause relative à l'horaire de travail est de nature contractuelle alors qu'une clause traitant du lieu de travail est, par principe et sauf stipulation contraire claire et précise, une simple clause informative »⁴⁸² : la clause sur les horaires de travail peut concerner tout un service, voire toute l'entreprise, alors qu'en cas d'entreprise multi-site, le lieu de travail être propre à chaque salarié.

⁴⁷⁷ E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, 6^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2015, p. 198.

⁴⁷⁸ S. LE GAC-PECH, « La figure contractuelle en droit du travail », article précité, spéc. p.2251.

⁴⁷⁹ J. PÉLISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 2004, p. 3 ; du même auteur, « La détermination des éléments essentiels du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 2005, p. 92 ; B. LARDY-PÉLISSIER, « L'information du salarié », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de J. PÉLISSIER*, Dalloz, coll. Études Mélanges, 2004, p. 331, spéc. p. 342.

⁴⁸⁰ S. LE GAC-PECH, « La figure contractuelle en droit du travail », article précité, spéc. p. 2251.

⁴⁸¹ Cass. soc., 3 juin 2003, n° 01-43573, Bull. civ. V, n° 185, p 181, Dr. social 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER ; JCP 2003, II, 10165, note M. VÉRICEL ; L. LEBERRE et F. CHAUTARD, « Les définitions du lieu de travail », JCP éd. E 2003, p. 1247 ; D. 2004, Jur. p. 89 , note C. PUIGELIER ; RDC 2004, p. 237, obs. J.-P. CHAZAL, et p. 381, obs. Chr. RADÉ.

⁴⁸² M. MEKKI, « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », article précité, spéc. p. 299.

137. Ainsi, alors que les clauses normatives seront soumises au principe de la force obligatoire, les clauses informatives y échappent. L'influence de la loi sur le contrat de travail est donc relative : elle dépend de la volonté des parties et « des stipulations contractuelles sur lesquelles elles se sont entendues »⁴⁸³.

Néanmoins, la loi récupère son influence contraignante, lorsque les parties décident de contractualiser des règles préexistantes⁴⁸⁴. En ce sens, l'influence de la loi et la force obligatoire de la contractualisation des dispositions légales passent par la contractualisation et, plus encore, par le recours au contrat de travail écrit.

⁴⁸³ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*, p. 207, n° 259.

⁴⁸⁴ M. MEKKI, « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », article précité, spéc. p. 299.

Section 2. L'influence créatrice du juge sur le contrat de travail

138. Comme toute autre source du droit, le juge et plus généralement la jurisprudence, exercent une influence sur le contrat de travail. Or, la particularité de l'articulation entre la jurisprudence et le contrat de travail tient d'abord à la fonction du juge qui « n'est pas et ne peut être un législateur, faute de légitimité démocratique »⁴⁸⁵. Pourtant, bien qu'en apparence le juge ne fait qu'appliquer la loi, il existe à notre époque un véritable « phénomène jurisprudentiel »⁴⁸⁶ qui conduit à s'interroger sur la détermination du rôle du juge (§1) et de ses méthodes (§2) dans le mécanisme d'influence sur le contrat de travail.

§1. L'influence du juge déterminée par son rôle

139. Lorsqu'il est question du rôle du juge⁴⁸⁷, il est coutume d'aborder « l'office du juge »⁴⁸⁸, c'est-à-dire sa fonction juridictionnelle⁴⁸⁹ : « dire le droit » (la *iurisdictio*)⁴⁹⁰, édicter « la norme juridictionnelle qui constituera le dispositif du jugement »⁴⁹¹. Sa principale fonction est, conformément à l'article 12 du Code de procédure civile, de trancher « le litige

⁴⁸⁵ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 10^e éd., 2015, p. 281, n° 351.

⁴⁸⁶ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 69, n° 61.

⁴⁸⁷ V. not. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Puf, coll. Thémis, 2^e éd., 2013.

⁴⁸⁸ V. not. St. RIALS, « L'office du juge », in *La fonction de juger*, Droits, n° 9, Puf, 1989, p. 6 ; G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges en l'honneur de R. PERROT, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p. 575 ; G. WIEDERKEHR, « Le juge est une personne désignée comme tel pour exercer la fonction de juger » ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Écrits en hommage A J. FOYER, Jean FOYER auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit*, PUF, 1997, p. 463 ; M. DOUCHY-OUUDOT, « L'office du juge », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, L.G.D.J./Dalloz, 2009, p. 99 ; C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, n° 134, 2014, p. 6, n° 12.

⁴⁸⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, 10^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2014, V° juridictionnel : « a/ Par opposition à la fonction législative ou exécutive, fonction de rendre la justice.

b/ Plus précisément et par opposition aux attributions administratives du juge, fonction de juger, mission d'ensemble qui englobe celle de dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse (trancher le litige par application du droit sous réserve des cas où le litige est amiable compositeur), les missions de contrôle, liées à l'exercice de la juridiction gracieuse et les fonctions associées à l'une ou l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle (mission d'ordonner les mesures provisoires, les mesures conservatoires et les mesures d'instruction) ».

⁴⁹⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI, 1748, réimp. Gallimard, 1995, p. 337.

⁴⁹¹ C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, *op. cit.*, p. 8, n° 13.

conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »⁴⁹². En ce sens, le juge semble soumis à la loi qu'il doit appliquer. Il est neutre, il doit statuer après avoir entendu les plaideurs. En théorie, il n'a pas « d'initiatives à prendre »⁴⁹³. Fort des contraintes posées par les articles 4⁴⁹⁴ et 5⁴⁹⁵ du Code civil en termes d'application et d'interprétation de la loi (A), il s'adapte au contrat de travail (B).

A. L'obligation d'application et d'interprétation de la loi

140. « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »⁴⁹⁶. Si la théorie de la séparation des pouvoirs imposait une fonction restreinte du juge, « l'office du juge » a quelque peu évolué, ce qui a eu d'importantes répercussions sur le contrat de travail. Entre application (1) et interprétation de la loi (2), la jurisprudence a exercé une influence déterminante sur le contrat de travail.

⁴⁹² P. SARGOS, « La prise en compte des grands paramètres de la décision judiciaire », in *Actes du Colloque « L'office du juge »*, *Les colloques du Sénat, 29 et 30 septembre 2006*, p. 318 ; V. également. P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, 1974, p. 329 ; P. de FONTBRESSIN, « Un pacificateur par le droit », in *Mélanges offerts à P. DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 47 ; D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préface de G. WIEDERKEHR, Paris, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 236, 1994.

⁴⁹³ Ph. WAQUET, « Qu'est ce que juger ? », *Dr. social* 2010, p. 1015, spéc. p. 1018.

⁴⁹⁴ C. civ., art. 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁴⁹⁵ C. civ., art. 5 : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

⁴⁹⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, op. cit.*, p. 337.

1. L'application de la loi par le juge

141. L'« office du juge » est strictement délimité : la création prétorienne est encadrée par l'article 5 du Code civil qui interdit les arrêts de règlement⁴⁹⁷, tandis que « l'article 4 oblige le juge à statuer, mais ne l'autorise pas en tant que tel à créer une règle susceptible de réitération »⁴⁹⁸. Sa marge de manœuvre est restreinte et il semblerait qu'il puisse être « phénomène d'autorité »⁴⁹⁹ seulement en appliquant la loi.

Or, cela est sans compter sur les arrêts de principe qui alimentent l'actualité du droit du travail. Selon le Professeur TERRÉ, « constitue un arrêt de principe, un arrêt contenant un principe d'application générale appelé à régir d'autres cas analogues »⁵⁰⁰.

Néanmoins, l'élaboration de ces arrêts n'intervient que lors de l'activité normale du juge : appliquer la loi afin de trancher un litige qui lui est soumis.

Dès lors, la production jurisprudentielle peut avoir un double effet : au niveau individuel et au niveau collectif. En ce sens, les décisions rendues par le juge ont tant une « fonction individualisante » qu'une « fonction généralisante »⁵⁰¹.

142. Alors que la « fonction individualisante » de la décision a vocation à régler un litige au départ individuel, la « fonction généralisante » des arrêts de principe dégage « des modèles destinés à guider l'action future des juges du fond »⁵⁰².

Il est désormais possible d'affirmer que cette influence sur le général et sur l'individuel a une dimension spatio-temporelle et paraît particulièrement adaptée aux relations de travail.

D'une part, l'influence peut être mesurée selon l'espace qu'elle occupe. Il s'agit de déterminer son rayonnement : la décision rendue impacte-t-elle seulement un contrat de travail ou est-elle susceptible de concerner plusieurs autres relations contractuelles dans la même situation? D'autre part, l'influence est caractérisée par sa temporalité : cette situation litigieuse peut-elle se reproduire à l'avenir?

⁴⁹⁷ H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », D. 1958, Chron., p. 85 ; A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Chr. MOULY*, 1998, p. 171 ; R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE, G. KOUBI, Economica, coll. « Études juridiques », 2003, p. 143.

⁴⁹⁸ C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2007, p. 90, n° 90 ; V. R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », article précité ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Application de la loi par le juge », JcL civil, Article 5, 1995, n° 13.

⁴⁹⁹ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 291, n° 363.

⁵⁰⁰ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 290, n° 362.

⁵⁰¹ P. BELLET, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RIDC 1980, p. 293, spéc. p. 296.

⁵⁰² Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 290, n° 362.

Or, dans les relations de travail, les deux aspects sont liés : la jurisprudence en matière de contrat de travail a une portée nécessairement individuelle (le juge rend une décision relative à un seul cas d'espèce) qui impacte le plus grand nombre de salariés au moment du rendu de la décision et sur la durée.

En effet, lorsqu'un arrêt de principe est rendu par la Cour de cassation, si sa portée impacte immédiatement le contrat individuel de travail au cœur du litige, elle impactera également non seulement les autres contrats de travail en cours, mais également ceux à venir dans une même situation. La détermination du contenu contractuel sera donc influencée par la décision rendue, les praticiens du droit en charge de la rédaction des contrats de travail étant contraint de se conformer à l'actualité juridique et judiciaire.

La pratique contractuelle est ainsi largement influencée par l'actualité jurisprudentielle de la Cour de cassation et l'influence des décisions de Cour de cassation n'est donc pas uniquement exercée sur la hiérarchie judiciaire *via* les lois d'imitation⁵⁰³.

2. L'interprétation de la loi par le juge

143. Selon Charles DEMOLOMBE, « interpréter, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable [d'une convention]. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile ; elle peut même parfois prêter [aux parties] des vues, des intentions qu' [elles] n'avai [ent] pas [...] il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement, elle ne serait plus l'interprétation »⁵⁰⁴.

Le pouvoir d'interprétation, octroyé implicitement par l'article 4 du Code civil⁵⁰⁵, est nécessaire lorsque le législateur est silencieux⁵⁰⁶. Ainsi, le juge doit-il « recourir à ses propres lumières »⁵⁰⁷ pour statuer, car il détient « la qualité, la compétence, le pouvoir et l'autorité

⁵⁰³ V. not. Fr. ZÉNATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », D. 1992. Chron. p. 247, spéc. 254, « La doctrine de la Cour de cassation s'impose aux juges (du fond) avec la même force d'airain que la loi dont elle est chargée d'assurer le respect : par la cassation ».

⁵⁰⁴ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t.1, 2^e éd., Durand, 1860, n° 115.

⁵⁰⁵ L'imprécision ou le silence de la loi ne peuvent pas servir de subterfuge au désistement du juge dans son obligation de prononcer une décision. V. R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », article précité. Rappr. P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source de droit », RRJ, 2001-1, n° 62, p. 107.

⁵⁰⁶ V. not. Sur la pensée de Fr. GÉNY, Ph. JESTAZ, Cl. THOMASSET, J. VANDERLINDEN, *François Gény, Mythe et réalités : méthodes d'interprétation et sources en droit privé, essai critique*, Blais, 2000.

⁵⁰⁷ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 282, n° 353.

nécessaires pour prononcer des décisions exécutoires»⁵⁰⁸. Il ne peut pas douter de la signification des règles de droit⁵⁰⁹.

Dès lors, le juge, outre son aptitude à appliquer la loi et à rendre des arrêts de principe, détient également un pouvoir d'interprétation qui ne lui permet toutefois pas de créer une règle susceptible de généralisation et de « réitération »⁵¹⁰.

144. Le travail d'interprétation désigne, plus étroitement la notion de jurisprudence⁵¹¹ et plus largement la faculté pour le juge d'explicitier la norme légale lorsqu'elle n'est pas suffisamment claire et précise. Il dépend donc de la clarté de la loi elle-même : l'interprétation cesse lorsque la loi est assez claire (*interpretatio cessat in claris*)⁵¹². Elle permet au juge d'animer la loi, de lui donner une portée pratique, de « légitimer les arrêts de principes »⁵¹³. Il ne lui permet pas d'édicter des principes généraux valables *erga omnes*.

L'interprétation jurisprudentielle a soulevé la question du pouvoir normatif de la jurisprudence⁵¹⁴. Or, même si l'obligation de statuer ne confère pas au juge un tel pouvoir⁵¹⁵, l'article 4 du Code civil a créé un processus judiciaire nécessaire au rendu de décisions rationnelles et motivées, prises en fonction des précédents judiciaires⁵¹⁶.

Plus précisément, le juge, dans l'obligation de prononcer une décision, va être tenté de suivre la tendance des arrêts rendus par le passé sur des affaires similaires : en assurant une cohérence, il va donner une force particulière aux décisions rendues.

⁵⁰⁸ J.-L. BERGEL, « Introduction générale », in *Actes du colloque L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 29 et 30 septembre 2006, p. 17.

⁵⁰⁹ J.-Fr. CESARO, *Le doute en droit privé*, L.G.D.J, 2003, p. 170, n° 105 et suiv.

⁵¹⁰ C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 90, n° 90 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Application de la loi par le juge », *JcL civil*, Article 5, 1995, n° 13.

⁵¹¹ J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, coll. Université, 15^e éd., 2014, p. 131, n° 129 : « On a dit, déjà, que le terme de "jurisprudence" désigne l'ensemble des décisions de justice, en tant qu'elles fixent la solution des problèmes de droit. Elle est, en d'autres termes, l'œuvre de révélation du droit positif accomplie par les juges. Pris dans un sens plus étroit, le même mot désigne l'interprétation d'une règle de droit définie, telle qu'elle est admise par les juges. Il s'agit donc de la règle de droit vivante, envisagée dans son exacte portée telle qu'elle ressort de l'interprétation qu'en donnent les magistrats à mesure qu'ils tranchent les litiges ».

⁵¹² Riom, 21 octobre 1946, D. 1947, p. 90, note J. CARBONNIER.

⁵¹³ A. MAZEAUD, « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. social* 2006, p. 744, spéc. p. 750.

⁵¹⁴ Ch. EISENMANN, « Jurisdiction et logique (selon les données du droit français) », in *Mélanges G. MARTY*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1976, p. 477 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^e éd., 2013, p. 314, n° 344 et suiv. ; D. DELON, *La jurisprudence, source de droit*, Thèse, Paris II, 1980, dir. G. CORNU ; Rappr. M. JÉOL, « la Cour de cassation, juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, La Documentation française, 1994, p. 37, spéc. p. 38 ; B. BEIGNIER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, n° 9, 1989, p. 45.

⁵¹⁵ V. not. C. WOLMARCK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 181, n° 177.

⁵¹⁶ V. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955. Chron., p. 93 ; C. V. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », in *Mélanges MAURY*, 1960, t. II, p. 139 s. ; A. SERGENNE, « Le précédent judiciaire au Moyen Âge », *Rev. hist. droit* 1961, p. 224.

C'est pourquoi le Professeur TERRÉ a pu traiter de « l'influence de l'exemple » en expliquant qu'« on comprend que le juge ait tout naturellement tendance à adopter comme règle celle qui a servi à trancher précédemment un cas semblable »⁵¹⁷.

145. Il existe donc une influence exercée par le juge sur le droit de manière générale, et sur la pratique en particulier. Or, cette influence n'est pas, dès le départ, dans le pouvoir de création de la jurisprudence : elle se manifeste dans la cohérence des décisions rendues au vu des précédents judiciaires, mais également dans l'obligation de motiver les décisions qu'il rend.

D'une part, comme expliqué plus haut, en cas de silence ou imprécision de la loi, les juges vont être instigateurs d'un courant de décisions qui vont influencer nécessairement sur les pratiques juridiques quotidiennes. D'autre part, ils doivent exposer les raisons de fait et de droit qui ont justifié la décision rendue.

Sur ce point, s'il a pu être affirmé que l'obligation de motivation des décisions traduit l'« asservissement des juges à la règle de droit »⁵¹⁸, cette prise de position n'entrave en rien l'idée d'une forte influence des juges.

En effet, la motivation des décisions permet d'asseoir l'autorité de la décision rendue : elle lui donne une légitimité. L'interprétation jurisprudentielle est donc fondée.

146. L'impact de l'interprétation jurisprudentielle sur le contrat de travail est vaste mais particulièrement intéressante, notamment en matière d'obligation de maintien des contrats de travail prévue à l'article L. 1224-1 du Code du travail⁵¹⁹.

En effet, tel que rédigé et inscrit au Code du travail, l'article L.1224-1 incite largement à l'interprétation. Ainsi, sur ce point, les Professeurs DOCKÈS et AUZERO précisent-ils que « le principe du maintien des contrats de travail a une portée plus ou moins large selon la signification donnée au mot "entreprise" (objet du transfert), au mode de transfert (l'art. L. 1224-1, al. 2 du Code du travail fait précéder l'énumération de certains modes de transfert de l'adverbe "notamment") », à l'exigence d'une continuité de l'entreprise après le transfert, à l'existence du contrat de travail au moment même du transfert. À propos de chacune de ces

⁵¹⁷ Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 282, n° 353.

⁵¹⁸ Fr. ZÉNATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », D. 2007, p. 1553, spéc., p. 1554.

⁵¹⁹ C. trav., art. L.1224-1 : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

quatre conditions, l'interprétation jurisprudentielle n'a cessé d'évoluer. En l'état actuel du droit positif, une constatation s'impose : l'interprétation des juges est assez large et donne un vaste champ d'application au principe du maintien des contrats de travail »⁵²⁰.

La rédaction de l'article semble presque volontairement vague. Ce flou laisse alors une plus large place à l'interprétation du juge, sans pour autant remettre en cause le principe de sécurité juridique⁵²¹.

147. La technique de l'interprétation jurisprudentielle révèle une influence tant de la jurisprudence que du juge lui-même, sur le contrat de travail. Alors que la décision interprétant la loi va nécessairement concerner le contrat, le juge aura, quant à lui, une influence propre : c'est son interprétation qui va déterminer la solution du litige.

Dès lors, au-delà d'une technique juridique, l'influence d'une interprétation jurisprudentielle dépend de la propre interprétation du texte par le juge : interprétation et sensibilité qu'il doit mobiliser lorsque la loi est silencieuse ou imprécise.

B. L'obligation d'adaptation au contrat de travail

148. La relation entre le juge et le contrat de travail est particulière⁵²². Hormis la spécificité de la relation entre droit civil et droit du travail déjà étudiée, il existe un réel « particularisme de la jurisprudence de la Chambre sociale »⁵²³ qualifiée de « normative et doctrinale »⁵²⁴.

149. La spécificité de la jurisprudence relative au contrat de travail tient en partie au fait que, obligé de statuer même dans le silence de la loi, le juge peut rendre ses décisions au visa de principes propres au droit du travail tel par exemple, le « principe d'égalité de

⁵²⁰ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 340, n° 301.

⁵²¹ Sur la « sécurité juridique », V. D. SOULAS de RUSSEL et P. RAINMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », RID comp. 2003, p. 85 ; A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002, Chron. p. 2814 ; F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », RTD civ. 2001, p. 487.

⁵²² P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », Dr. social 1945, p. 298.

⁵²³ M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail – Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, Préface de B. TEYSSIÉ, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit social, t. 62, p. 13, n° 20.

⁵²⁴ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, L.G.D.J, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2014, p. 66, n° 86 ; V. Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Le contrôle judiciaire du contrat de travail », in *La négociation du contrat de travail, dir. B. TEYSSIÉ*, Dalloz, 2004, p. 85, spéc. p. 91 ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail – Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat, op. cit.*, p. 14, n° 20.

traitement »⁵²⁵. Fort de la singularité du contrat de travail et des contraintes posées par le droit commun, la thèse de Marie-Noëlle ROUSPIDE-KATCHADOURIAN révèle que le juge de la Chambre sociale de la Cour de cassation va pouvoir s'immiscer dans le contenu contractuel tant par son pouvoir d'« adaptation » que par sa capacité de « réfection »⁵²⁶ du contrat de travail.

150. Dès lors, au travers de l'enrichissement ou, *a contrario*, de l'amputation du contenu contractuel, ou encore de la réécriture contractuelle, le « rôle du juge demeure prépondérant »⁵²⁷.

C'est donc parce qu'« un juge ne peut s'avouer impuissant »⁵²⁸ qu'il est possible d'affirmer que l'influence qu'il exerce s'étend à tous les aspects de la relation contractuelle : de la formation à la rupture du contrat de travail⁵²⁹.

L'influence exercée a un rôle de sécurisation des relations de travail et des pratiques contractuelles.

151. L'action du juge en droit du travail présente généralement un caractère protecteur à l'égard des salariés, à tel point, qu'au sujet de la loi de sécurisation de l'emploi, une « mise à distance »⁵³⁰ ou « la chasse aux juges »⁵³¹ a pu être dénoncée. Cette mise à mal du droit au juge par la loi elle-même a vocation à restreindre l'influence du juge sur le contrat de travail. Toutefois, même altérée, l'action du juge sur le contrat de travail est démontrée par ses méthodes d'influence.

⁵²⁵ Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-46447 à n° 06-46474 ; JCP S 2008, 1274, note, J.-Fr. CESARO ; M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail – Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, *op. cit.*, p. 14, n° 20

⁵²⁶ V. M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *op. cit.*

⁵²⁷ M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail – Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, *op. cit.*, p. 243.

⁵²⁸ C. PUIGELIER, « Le rôle du juge dans l'imputabilité de la rupture du contrat de travail », D. 2001, p. 963.

⁵²⁹ C. trav., art. L.1235-1 al. 3 : « le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, 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. Si un doute subsiste, il profite au salarié » ; V. Chr. RADÉ, « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », Dr. social 2001, p. 624.

⁵³⁰ M. GRÉVY, P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », RDT 2013, p. 173.

⁵³¹ A. LYON-CAEN, « La chasse aux juges », RDT 2013, p. 1.

§2. L'influence du juge déterminée par ses méthodes

152. La légitimité de l'influence de l'office du juge sur le contrat de travail impose que soient mis au point des méthodes et des outils nécessaires à son action d'encadrement du contenu contractuel. La création de critères de validité (A) et de règles jurisprudentielles (B), sont autant d'indices caractérisant les méthodes d'influence du juge sur le contrat de travail.

A. La création de critères de validité dégagés par la jurisprudence

153. L'autorité du juge est exaltée dans le silence du législateur. C'est pour pallier à ce silence qu'il a pu dégager les critères de qualification du contrat de travail (1) ou de validité de certaines clauses contractuelles (2).

1. Les critères de qualification du contrat de travail

154. On sait que si la définition du contrat de travail est doctrinale, ses critères de qualification ont été dégagés par la jurisprudence : prestation de travail⁵³², rémunération⁵³³ et lien de subordination⁵³⁴.

La qualification du contrat de travail résulte d'une méthode d'extraction des critères de qualification du contrat de travail. En cas de doute, notamment sur l'établissement du lien de subordination, le juge aura recours à la méthode du « faisceau d'indices ».

155. La mission d'extraction et de définition des critères de qualification du contrat de travail s'explique par une carence de définition légale. Dès lors, le juge a dû lui-même régler

⁵³² V. not. Soc. 3 juin 2009, *Île de la tentation*, n° 08-40981, Bull. civ., V, n° 141, D. 2009. Jur. p. 2517, note B. EDELMAN, AJ 1530, obs. M. SERNA, et Chron. p. 2116, par J.-Fr. CESARO et P.-Y. GAUTIER ; RDT 2009, p. 507, obs. G. AUZERO ; RTD com. 2009, p. 723, obs. Fr. POLLAUD-DULIAN ; Cass. civ. 1^{re}, 24 avril 2013, n° 11-19091, Bull. civ I, n° 83, D. 2013, p. 1131 ; Dr. social 2013, p. 576, chron. S. TOURNAUX ; Cass. soc., 25 juin 2013, JCP S 2013, 1386.

⁵³³ V. Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 95-44290, Bull. civ., V, n° 435, p. 326 ; Sem. soc. Lamy, n° 907, p. 13.

⁵³⁴ Cass. soc., 13 novembre 1996, *Société Générale*, n° 94-13187, Bull. civ. V, n° 386 ; Dr. social 1996, p. 1067, note J.-J. DUPEYROUX.

le problème de la définition des critères du contrat de travail en évaluant « les conditions de fait »⁵³⁵ d'exécution de la convention.

De ce point de vue, son influence sur le contrat de travail n'a pas été directe. Il est même possible d'avancer qu'elle est théorique : elle n'est pas exercée sur la forme ou le contenu du contrat de travail, mais sur sa définition.

C'est de la mise en exergue de ces critères qu'a été dégagé le principe de l'indisponibilité de la qualification de la convention signée par les parties⁵³⁶. Selon ce principe, les parties au contrat ne peuvent pas disposer librement des qualités d'employeur ou de salarié, peu importe leur motivation pour s'y soustraire ou pour y adhérer⁵³⁷.

Aussi, en cas de doute, notamment quant à la détermination du lien de subordination⁵³⁸, les juges ont recours à la technique du « faisceau d'indices » qui leur permet de se prononcer sur l'existence ou non d'un lien de subordination et donc, d'un contrat de travail.

Or, si cette méthode permet d'orienter le juge dans sa décision, sa force obligatoire est relative. En effet, non seulement « la présence d'un de ces indices n'est jamais nécessaire à la preuve de la subordination, elle n'est jamais - ou pas toujours - suffisante »,⁵³⁹ mais en plus, « aucun de ceux-ci n'est absolument indispensable »⁵⁴⁰.

Toutefois, on peut retenir certains indices tels « la direction et le contrôle effectif du travail par l'employeur ou son représentant [...], les ordres donnés, le comportement soumis à contrôle [...], le fait que l'une des parties assigne à l'autre un lieu ou un horaire de travail [...], la fixation des horaires [...], le comportement de l'employeur (par exemple la délivrance de bulletins de paie) peut également servir d'indice »⁵⁴¹.

⁵³⁵ Cass. soc., 8 juillet 2003, n° 01-40464, Bull. civ. V, n° 217, p. 224 ; V. E. DOCKÈS, *Droit social des associations et autres organismes sans but lucratif*, Juris éditions, coll. Le juris corpus, 2^e éd., 2014, p. 7, n° 1.13.

⁵³⁶ Cass. soc., 19 décembre 2000, *Labbane*, n° 98-40572, Bull. civ. V, n° 437 ; GADT, 4^e éd., 2008, n° 3 ; D. 2001. IR. 355 ; Dr. social 2001, p. 227, note A. JEAMMAUD ; V. Cass. soc., 17 avril 1991, n° 88-40121, Bull. civ. V, n° 200 ; Dr. social 1991, p. 516. La solution a été réaffirmée depuis par la Cour de cassation. V. not. Cass. soc., 9 mai 2001, *Communauté d'Emmaüs de la Pointe Rouge c/ Barons*, n° 98-46158, Bull. civ. V, n° 155 p. 124 ; D. 2002, p. 1705, note. E. ALFANDARI ; RDSS 2001. 818, obs. E. ALFANDARI ; Dr. social 2001, p. 798, chron. J. SAVATIER ; Cass. soc., 25 octobre 2005, n° 01-45147, Bull. civ. V, n° 300.

⁵³⁷ Cass. ass. plén., 4 mars 1983, *Barrat*, n° 81-11647 et 81-15290, Bull. AP, n° 3, D. 1983, p. 381, concl. J. CABANNES ; D. 1984, IR. 184, obs. J.-M. BÉRAUD.

; Cass. soc., 19 décembre 2000, *Labbane*, *op. cit.*, « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ».

⁵³⁸ V. Th. AUBERT-MONTPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, thèse, Toulouse, éd. du CNRS, 1988.

⁵³⁹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2015, p. 33, n° 50.

⁵⁴⁰ Fr. GAUDU, R. VATINET, *Droit du travail*, Dalloz, coll. cours, 5^e éd., 2013, p. 45, n° 43.

⁵⁴¹ Fr. GAUDU, R. VATINET, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 46, n° 45.

Cette liste n'est pas limitative. La jurisprudence a pu démontrer que le juge peut s'en remettre à divers indices pour forger son opinion et fonder sa décision⁵⁴².

Aussi, même si la force obligatoire de ce « faisceau d'indices » est minime, cette technique a le mérite d'élargir la notion de contrat de travail. Sur ce point, le Professeur SUPIOT a souligné que « c'est en recourant à cette technique que la jurisprudence britannique a introduit un nouvel élément d'identification du contrat de travail — la mutualité des obligations — qui exclut du salariat un certain nombre de travailleurs atypiques. L'idée de mutualité des obligations conduit en effet à mettre l'accent sur la continuité et la stabilité de l'autorité exercée sur le travailleur, c'est-à-dire sur un type de subordination qui correspond à l'emploi "typique" »⁵⁴³.

Au travers de ses méthodes de qualification, le juge peut directement influencer la qualification du contrat de travail. Or, il ne s'agit pas de la seule méthode d'influence : le juge a également dégagé des critères de validité qui ne concernent non plus la qualification, mais la validité de certaines clauses contractuelles.

⁵⁴² Peuvent être cités à titre d'exemples : la rémunération au temps et non à la tâche (V. par ex., Cass. soc., 28 février 1991, n° 89-10038, Bull. civ. V, n° 110 ; Cass. civ. 2, 13 décembre 2005, n° 04-18104, Bull. civ. II, n° 320 ; Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 06-46137), l'organisation dans un service organisé (Cass. soc., 13 novembre 1996, *Société générale*, *op. cit.* ; Cass. soc., 17 mai 2006, n° 05-43265 ; Cass. soc., 7 juillet 2010, n° 08-45538), la fourniture du matériel (V. not. Cass. soc., 23 janvier 2008, *op. cit.* ; Cass. soc., 18 avril 2008, n° 07-40622 ; Cass. civ. 2, 13 novembre 2008, n° 07-15535, Bull. civ. II, n° 241 ; Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-41495), le comportement de l'employeur (Cass. crim., 22 janvier 2013, n° 12-80734 ; Dr. social 2013, p. 626, chron. R. SALOMON).

⁵⁴³ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. social 2000, p. 131, spéc. p. 141 ; V. S. DEAKIN & GS. MORRIS, « Labour Law », Londres, Butterworths, 2nd éd., 1998, p. 164 et s. ; S. DEAKIN : « Lavoro standard e lavori atipici nell'esperienza inglese » in M. PEDRAZZOLI (dir.) Lavoro subordinato e dintorni Comparazioni e prospettive, Bologne, il Mulino, 1989, p. 213.

2. Les critères de validité des clauses contractuelles

156. La question de la validité des clauses contractuelles est majoritairement réglée par la jurisprudence. Les clauses de non-concurrence⁵⁴⁴, de mobilité géographique⁵⁴⁵, de dédit-formation, sont autant d'exemples qui démontrent l'implication fondamentale du juge dans la détermination des critères de validité des clauses contractuelles.

157. Sans développer dans le détail le régime de ces clauses, l'exposé de leurs critères dégagés par la jurisprudence est indispensable à la démonstration de l'influence du juge sur le contrat de travail.

D'abord, concernant la clause de non-concurrence, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, dans un arrêt *Barbier*⁵⁴⁶, soumis la licéité de la clause de non-concurrence à quatre conditions : la clause doit être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée dans le temps et dans l'espace, doit laisser au salarié la possibilité d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle et, enfin elle doit prévoir une contrepartie financière pour le salarié.

Ensuite, au sujet de la clause de mobilité géographique, la Cour de cassation a pu décider que la clause de mobilité géographique « doit définir de façon précise sa zone géographique

⁵⁴⁴ V. not. J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », *Dr. social* 1990, p. 19 ; J. PÉLISSIER, « Conditions de validité des clauses de non concurrence », *D.* 2002, p. 3110 ; Y. SERRA « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, p. 2491 ; M. GOMY, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », in *Étude sur le droit de la concurrence*, in *Mélanges Y. SERRA*, Dalloz, 2006, p. 199 ; Y. PICOD et S. ROBINNE, « Obligation de non-concurrence », *Rép. travail*, V° *Concurrence*, 2009 ; P. LOKIEC, « La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », *D.* 2010, p. 1427 ; Gr. LOISEAU, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S* 2009, p. 1013.

⁵⁴⁵ V. L. KRISTIE-GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 104, 2011 ; J. PÉLISSIER, « L'insécurité contractuelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de J. HAUSER*, Bordeaux, 2012, p. 985 ; B. SIAU, « La mobilité professionnelle », *Dr. social* 2011, p. 883.

⁵⁴⁶ Cass. soc., 10 juillet 2002, *Barbier*, n° 99-43334 et 99-43336, *Bull. civ. V*, n° 239, p. 234 ; *D.* 2002, p. 2491 note Y. SERRA ; *D.* 2002, p. 3110, note J. PÉLISSIER ; *GADT*, n° 46 ; *RDC* 2003, p. 148, note Chr. RADÉ.

d'application et elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée »⁵⁴⁷.

Enfin, la clause de dédit-formation qui permet à l'employeur, en cas de démission du salarié, d'obtenir le remboursement des frais de formation engagés au profit de ce dernier, elle ne peut être mise en œuvre lorsque la rupture du contrat de travail est imputable à l'employeur⁵⁴⁸. Dès lors, il a été dégagé par la Cour de cassation que cette clause doit faire l'objet d'une convention particulière conclue avant le début de la formation⁵⁴⁹ et qu'elle doit répondre à trois conditions : d'abord, la formation doit avoir engendré des frais réels excédant les dépenses imposées par la loi ou la convention collective⁵⁵⁰, ensuite le montant de l'indemnité de dédit doit être proportionné aux frais de formation engagés et enfin, la clause ne doit pas avoir pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner⁵⁵¹.

158. La description sommaire de ces quelques clauses a permis de démontrer qu'en cas de silence du législateur, le juge peut dégager des critères de validité des clauses contractuelles. Cette démonstration, peu étonnante, du rôle prépondérant du juge permet de dégager l'existence d'une influence plus régulatrice sur le régime des clauses contractuelles qui font l'objet d'un régime jurisprudentiel.

⁵⁴⁷ Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45846, Bull. civ. V, n° 209 ; D. 2006, p. 3041, note M.-C. ESCANDEVARNIOL ; GADT, 4e éd. 2008, n° 52 ; RDT 2006, p. 313, obs. J. PÉLISSIER ; RTD civ. 2007, p. 110, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Dr. social 2006, p. 926, obs. Fr. FAVENNEC-HÉRY ; RJS 2006, p. 683, n° 920 ; JS Lamy 2006, n° 193-4 ; JCP E 2006, p. 2443, note S. BÉAL ; Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-45396, Bull. civ. V, n° 241 ; RDT 2006, p. 313, obs. J. PÉLISSIER. Les obligations sont les mêmes lorsque la clause de mobilité est prévue par une convention collective : V. Cass. soc., 23 janvier 2008, *Mme Garcia c/ Sté Distribution Casino*, n° 07-40522, Bull. civ. V, n° 19 ; D. 2008. AJ. 422, obs. B. INÈS ; RDT 2008, p. 174, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; Cass. soc., 24 janvier 2008, *Sté Jacobs France c/ Didier Thomas*, n° 06-45088, Bull. civ. V, n° 23 ; D. 2008. AJ. p. 422.

⁵⁴⁸ Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-15481, Bull. civ. V, n° 14 ; JCP S 2012, p. 1175, note Fr. DUMONT.

⁵⁴⁹ Cass. soc., 4 février 2004, n° 01-43651, Bull. civ. V, n° 40, p. 38 ; RJS 4/04, n° 438 ; V. G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 403, n° 355.

⁵⁵⁰ L'employeur ne peut utilement se prévaloir de dépenses qui ont été en fait couvertes par des subventions publiques (Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 94-43195, RJS 1/98, n° 79). La clause, pour être valable, doit mentionner le coût réel de la formation pour l'employeur (Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-16647, RDT 2007, p. 450, note G. AUZÉRO). Toute action de formation suivie par un salarié pour assurer son adaptation au poste de travail constituant un temps de travail effectif et donnant lieu pendant sa réalisation au maintien par l'entreprise de la rémunération, la clause de dédit-formation, qui prévoit qu'en cas de départ prématuré, le salarié devra rembourser les rémunérations qu'il a perçues durant sa formation, est nulle : V. Cass. soc., 23 octobre 2013, n° 11-16032, Bull. civ. V, n° 247, Lexbase Hebdo, éd. soc., n° 547 ; D. 2013, p. 2527 ; Dr. social 2014, p. 11, chron. S. TOURNAUX, et 77, obs. Fl. CANUT.

⁵⁵¹ Cass. soc., 17 juillet 1991, n° 88-40201, Bull. civ. V, n° 373 p. 230, RJS 10/91 n°1072 ; Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42909, Bull. civ. V, n° 169 p. 167 ; Dr. social 2002, p. 902, obs. J. SAVATIER ; V. J.-P. CHAUCHARD, Dr. social 1989, p. 388, P.-H. MOUSSERON ; *ibid.* p. 479.

159. L'influence du juge s'exprime également dans sa capacité à limiter les libertés de l'employeur, mais également celles du salarié : la clause de mobilité géographique étant, à ce sujet, un exemple probant. La mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique par l'employeur est, en principe, une prérogative contractuelle. Or, l'encadrement et la restriction de cette prérogative ont été nécessaires, notamment en raison d'abus de droit de la part de l'employeur : mise en œuvre discriminatoire⁵⁵², atteinte à des obligations familiales impérieuses⁵⁵³, baisse de la rémunération comme conséquence⁵⁵⁴, etc.

A contrario, la Cour de cassation a également, non pas restreint, mais contraint le salarié à honorer la clause contractuelle qu'il a acceptée en signant le contrat de travail. En effet, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, « le refus, par le salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité, de la modification de son lieu de travail constitue en principe un manquement à ses obligations contractuelles, mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave »⁵⁵⁵.

160. L'influence du juge sur le contrat de travail peut donc être tant vectrice de protection que de contraintes. Elle peut donc être contraignante à l'image de l'influence exercée par la source légale, en toute indépendance, grâce aux règles jurisprudentielles.

⁵⁵² Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71542, Bull. civ. V, n° 81 ; Sem. soc. Lamy 2011, n° 1490, p. 12, obs. A. MARCON et Fr. CHAMPEAUX.

⁵⁵³ Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45562, Bull. civ. V, n° 4 ; RDT 2009, p. 300, obs. A. DUMERY. *Adde*, Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523, Bull. civ. V, n° 192 ; D. 2008. AJ. 2672, obs. L. PERRIN ; D. 2009. Pan. 590, obs. A. FABRE ; RDT 2008, p. 731, obs. G. AUZERO ; Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45562, Bull. civ. V, n° 4 ; Cass. soc., 17 novembre 2004, n° 02-46100, Bull. civ., V, n° 292 ; Dr. social 2005, p. 227, obs. Chr. RADÉ ; Cass. soc., 15 mai 2007, n° 06-41277, RDT 2007, p. 449, obs. V. BONNIN.

⁵⁵⁴ Cass. soc., 16 juin 2004, n° 01-43124, Bull. civ. V, n° 166 ; Cass. soc., 15 décembre 2004, *Société Histoire d'Or c/ Georget*, n° 02-44714, Bull. civ. V, n° 336, p. 301, D. 2005, p. 242, obs. E. CHEVRIER ; Dr. social 2005, p. 337, obs. J. MOULY ; Cass. soc., 15 février 2005, n° 04-45584 ; Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-47949 ; Cass. soc., 3 mai 2006, n° 04-46141, Bull. civ. V, n° 162, p. 157 ; Dr. social 2006, p. 929 (1e esp.), obs. Ph. WAQUET, JCP S 2006. 1694, note B. BOSSU.

⁵⁵⁵ Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 07-40522, Bull. civ. V, n° 19 ; RDT 2008, p. 174, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; JCP S 2008, p. 1322, note B. BOSSU.

B. La création de règles jurisprudentielles

161. Le juge produit deux types de normes juridiques : les décisions et les règles⁵⁵⁶. La création de règles jurisprudentielles lui donne ainsi un pouvoir sur le contenu contractuel. C'est dans cette dernière démonstration que va être mise en avant l'influence du juge sur le contrat de travail. La règle jurisprudentielle prend dans cette conception un rôle tout particulier puisque, contrairement à la décision de justice qui s'adresse à des destinataires dénombrables, elle s'adresse à des destinataires indénombrables⁵⁵⁷. La règle jurisprudentielle répond donc aux critères de la règle de droit : « la règle est un commandement : elle a un caractère obligatoire. La règle est générale : tous ceux à qui elle s'applique doivent s'y conformer. La règle est permanente : son application dure de son entrée en vigueur à son abrogation. La généralité et la permanence de la règle l'opposent à un autre type de commandement : la décision individuelle (ainsi, un jugement, un acte administratif relatif à une personne déterminée) »⁵⁵⁸. Il convient donc de définir la règle jurisprudentielle en droit du travail (1) avant d'aborder son étendue, notamment lors d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) (2).

⁵⁵⁶ V. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », article précité ; G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », article précité ; P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », article précité, spéc. p. 335 : « Mais si l'activité du pouvoir juridictionnel, saisie dans sa totalité, prend ainsi intérêt dans une très vaste étendue, l'analyse de son mécanisme conduit, en revanche, à en distinguer deux aspects : le contenu effectif de la décision individuelle, concrète, et les inductions abstraites, susceptibles de généralisation, que l'on peut en tirer. C'est à travers les décisions particulières que se dégage la jurisprudence ; il y a là un mouvement inverse de celui qui est à la base de l'application de la loi par le juge, mais qui, remontant par un jeu de réciprocité à un autre niveau, n'est qu'une autre manifestation du lien intime qui unit le juge et la loi. Le pouvoir, pour le juge, de modeler le système juridique, a pour base l'autonomie qui lui appartient dans règlement du cas concret qui lui est soumis ».

⁵⁵⁷ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Dalloz, 1973, p. 35, n° 48 s.

⁵⁵⁸ Fr. CHABAS, H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, T. I, Premier volume : Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., L.G.D.J., 2000, p. 15.

1. La définition de la règle jurisprudentielle

162. La première particularité de la règle jurisprudentielle est qu'elle se détache de tout support législatif⁵⁵⁹. Si elle suppose une jurisprudence constante⁵⁶⁰, elle tire sa force obligatoire de sa pratique tant par les juges que par les praticiens du droit.

Plus généralement, elle serait la règle prétorienne destinée à régir de façon contraignante un champ non régulé par la loi et caractérisé par la constance de son application par les juges et praticiens du droit.

En effet, si l'interprétation jurisprudentielle se fonde sur une disposition législative, la règle jurisprudentielle est uniquement engendrée par le juge. Ce débat n'est pas sans rappeler celui autour du pouvoir créateur du juge, entraînant la question du statut de la jurisprudence⁵⁶¹. Sur ce point, deux écoles s'affrontent.

La première relègue la jurisprudence au simple rang d'interprétation de la loi, ne pouvant créer du droit, et s'appuyant sur l'article 5 du Code civil⁵⁶². En revanche, la seconde soutiendrait que la jurisprudence est une source de droit subordonnée à la loi qui l'enrichit⁵⁶³.

163. En matière de contrat de travail, la clause de non-concurrence peut être citée à titre d'exemple.

Au vu des visas de la Cour de cassation, son régime est fondé sur les articles 1134 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail⁵⁶⁴. Ces articles ne mentionnant pas les termes de « non-

⁵⁵⁹ J.-J. BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Paris 2, 1979, introduction, p. XVIII et XIV : est soulevé l'impérativité de l'autonomie de la règle jurisprudentielle pour qu'elle puisse prétendre à son détachement de l'interprétation jurisprudentielle.

⁵⁶⁰ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15. Selon l'auteur, le juge « ne statue que sur le passé, un passé qui, par ses conséquences, se prolonge le plus souvent dans le présent, certes, mais l'acte juridique ou le fait matériel sur lequel le juge se prononce se situe, dans le temps [...], avant le jugement ».

⁵⁶¹ Sur le débat de la reconnaissance de la jurisprudence en qualité de source de droit, V. Fr. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, t. I, vol. I, L.G.D.J., 2009, p. 301, n° 131 s.

⁵⁶² St. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 96, n° 105.

⁵⁶³ R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 135, n° 130 ; St. MAUCLAIR, *op. cit.*

⁵⁶⁴ V. not. Cass. soc., 14 mai 1992, JCP éd. E 1992, II, n° 21889, note J. AMIEL-DONAT ; D. 1992, Jur. p. 350, note Y. SERRA. Y. AUGUET, « La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail », *LPA*. 1998, n° 75, p. 17 ; Cass. soc., 13 octobre 1988, n° 85-43352, Bull. civ. V, n° 494 ; D. 1989, jur., p. 122, note Y. SERRA ; JCP E 1989, II, n° 15474, note J. AMIEL-DONAT ; D. 1989, som., p. 165, obs. P. FIESCHI-VIVET ; Cass. soc., 18 décembre 1997, n° 95-43409, Bull. civ. V, n° 459 ; Cass. soc., 25 mars 1998, n° 94-20780, Bull. civ. V, n° 176.

concurrence » ou de « clause », le pouvoir normatif du juge (source créatrice de droit⁵⁶⁵ mais néanmoins « dépourvu du pouvoir d'émettre des normes contraignantes »⁵⁶⁶) n'est pas remis en cause. En matière de clause de non-concurrence, la règle jurisprudentielle est donc la suivante : « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

164. La seconde particularité de la règle jurisprudentielle réside donc dans son caractère rétroactif. En matière de clause de non-concurrence, l'influence de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle sur le contrat de travail est notable. En posant l'obligation d'une contrepartie financière, la Chambre sociale de la Cour de cassation a non seulement invalidé l'ensemble des clauses de non-concurrence qui en étaient dépourvues dans les contrats de travail en cours⁵⁶⁷, mais elle a aussi ouvert une action à tout salarié ayant dû respecter une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière⁵⁶⁸.

165. La règle jurisprudentielle produit donc une influence incontestable sur le contrat de travail. Toutefois, cette production tant jurisprudentielle que normative présente un certain degré de fragilité dans la mesure où un revirement opéré par la Cour de cassation peut faire s'écrouler une règle jurisprudentielle imposant son régime souvent rétroactif⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ C. PUIGELIER, « Temps et création jurisprudentielle », in *La création du droit par le juge*, APD, t. 50, Dalloz, 2006, p. 89.

⁵⁶⁶ N. MOIZARD, « Le principe d'égalité de traitement peut-il faire l'objet d'une QPC ? », *Sem. soc.* Lamy 2011, n° 1517, p. 10.

⁵⁶⁷ Cass. soc., 25 février 2004, n° 02-41306, RJS 2004, n° 532 : « Une clause de non-concurrence ne comportant pas de contrepartie financière est illicite même si elle a été conclue avant le revirement de jurisprudence ».

⁵⁶⁸ V. Cass. soc., 27 septembre 2006, n° 04-47484 : « la durée de l'interdiction de concurrence étant de un an à compter du départ effectif du salarié, et celui-ci ayant quitté l'entreprise le 16 mars 2001, la clause avait épuisé ses effets, la clause avait épuisé ses effets le 16 mars 2002 ; que ce n'est que le 10 juillet 2002 que la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence en exigeant à peine de nullité de la clause de non-concurrence, une contrepartie financière ».

⁵⁶⁹ P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », article précité, spéc. p. 366, « la règle jurisprudentielle emprunte ses caractères à ceux du pouvoir juridictionnel ; la rétroactivité de l'acte juridictionnel est à l'origine de celle de la jurisprudence » ; V. N. MOLFESSIS (dir.), *Rapport sur les revirements de jurisprudence, remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005, p. 73 ; P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005. Chron. p. 247 ; Chr. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », JCP 1994. I. 3776 ; Chr. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », LPA, 4 mai 1994, n° 53, p. 9 – *Contra* : W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », D. 2006. Chron. p. 472 ; V. HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », JCP 2005, I. 130, p. 671.

2. La force de la règle jurisprudentielle : l'exemple de la QPC

166. L'influence du juge *via* la règle jurisprudentielle présente une force toute particulière qui se manifeste dès lors qu'une création jurisprudentielle fait l'objet d'une QPC.

En effet, alors que la recevabilité d'une QPC portant sur une interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative est admise⁵⁷⁰, il n'en est pas de même concernant le sort des principes jurisprudentiels⁵⁷¹.

Dès lors, c'est l'immunité même de la règle jurisprudentielle qui est, en quelque sorte, au centre de la question. En ce sens, l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 28 novembre 2012⁵⁷² a pour la première fois présenté le thème de la QPC, à propos de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence.

Dans le cas d'espèce, la Chambre sociale de la Cour de cassation rappelle la possibilité pour « tout justiciable » de contester l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative⁵⁷³ et revient sur l'impossibilité de contester la constitutionnalité d'une règle jurisprudentielle.

Ainsi, la distinction de régime octroyé entre « interprétation jurisprudentielle » et « règle jurisprudentielle » est-elle révélatrice.

⁵⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 2011, n° 11-13488, Bull. civ. 1, n° 151, D. 2011, p. 2707, note A. LEVADE ; D. 2012, p. 244, obs. N. FRICERO ; AJDI 2011, p. 880 ; Gaz. Pal. 2011, p. 3601, obs. N. RÉGIS.

⁵⁷¹ N. MOIZARD, « Le principe d'égalité de traitement peut-il faire l'objet d'une QPC ? », article précité, p. 10 ; Cass. soc., 12 avril 1995, n° 89-44088 ; Dr. social 1995, p. 651, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-42382, Bull. civ. V, n° 530, à propos de la responsabilité civile du salarié à l'égard de l'employeur ; Cass. soc., 12 février 1997, n° 96-40972, 96-40973, 96-40977, 96-40980, 96-40983, 96-40986 et 96-40987, Bull. civ. V, n° 62, p. 42, Dr. social 1997, p. 430, obs. J. SAVATIER, à propos du régime de dénonciation des usages.

⁵⁷² Cass. soc., 28 novembre 2012, n°11-17941, Bull. civ. V, n° 308 ; D. 2012, p. 2899 ; D. 2013, p. 2812, obs. Centre du droit de la concurrence ; Dr. social 2013, p. 173, obs. J. MOULY ; *ibid.* p. 362, chron. G. DUMORTIER, Ph. FLORÈS, A. LALLET et Y. STRUILLOU ; RDT 2013, p. 269, obs. M. SCAGLIA ; Constitution 2013, p. 78, obs. Chr. RADÉ et P. GERVIER.

⁵⁷³ Sur l'évolution jurisprudentielle : V. Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, AJDA 2011, p. 705, tribune E. SAGALOVITSCH ; D. 2010, p. 2744, obs. I. GALLMEISTER, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU ; *ibid.* p. 1585, obs. Fr. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, p. 1713, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; *ibid.* p. 2298, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; AJ fam., p. 2010. 487, obs. Fr. CHÉNEDÉ ; *ibid.* p. 489, obs. C. MÉCARY ; Constitutions 2011, p. 75, obs. P. CHEVALIER ; *ibid.* p. 361, obs. A. CAPPELLO ; RTD civ. 2010, p. 776, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 2011, p. 90, obs. P. DEUMIER, à propos de l'adoption au sein d'un couple non marié et n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, à propos de l'imposition due par une société agricole, « en posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » ; Cons. const., QPC, 4 février 2011, n° 2010-98, Constitutions 2011, p. 238, obs. Chr RADÉ ; Cass. civ. 3^e, 30 novembre 2010, n° 10-16828, AJDA 2010, p. 2340 ; D. 2011, p. 2298, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; AJDI 2011, p. 160.

Même si la définition de l'« interprétation jurisprudentielle » divise la doctrine⁵⁷⁴, il est possible de s'accorder sur le fait qu'elle « fait corps avec la loi »⁵⁷⁵ et que son autorité est restreinte au contexte dans lequel elle est rendue. Ce serait donc au travers de cette distinction entre interprétation d'une disposition législative et règle jurisprudentielle et de la différence du régime qui leur est octroyé que la Cour de cassation reconnaît l'existence d'une production jurisprudentielle dissociée de celle du législateur.

Ainsi, en déclarant irrecevable la QPC contestant la règle jurisprudentielle selon laquelle « les dispositions d'une clause de non-concurrence qui minorent la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié sont réputées non écrites », la Chambre sociale de la Cour de cassation confirme-t-elle en partie la position qu'avait adoptée la première Chambre civile le 27 septembre 2011⁵⁷⁶ qui avait déclaré irrecevable la QPC posée au motif qu'elle ne visait aucune disposition législative.

La Cour de cassation refusant de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC portant sur une règle jurisprudentielle, la question de la possibilité du contrôle d'une règle jurisprudentielle demeure. L'influence du juge de cassation est donc telle qu'il est possible de se demander si l'objectif de la Cour de cassation ne serait pas de « mettre sa propre jurisprudence à l'abri du contrôle de constitutionnalité »⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ V. D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, p. 12, spéc. p. 13. Il précise son propos en expliquant que « c'est l'interprétation jurisprudentielle qui fait la norme applicable au justiciable et qui justifie en conséquence que ce soit l'interprétation jurisprudentielle de la disposition législative qui puisse être retenue comme objet de la QPC ».

⁵⁷⁵ V. *Rep. civ.*, v° Jurisprudence, par F. BOULANGER, spéc. n° 22, repris par P. HÉBRAUD, obs. ss Soc 28 mai 1953, *RTD civ.* 1953, p. 735.

⁵⁷⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 27 septembre 2011, n° 11-13.488, *op. cit.*

⁵⁷⁷ J. MOULY, « La règle réputant non écrites les stipulations illicites d'une clause de non-concurrence est une règle jurisprudentielle non éligible à la QPC », *Dr. social* 2013, p. 173.

Conclusion du chapitre 2

L'influence des sources étatiques sur le contrat de travail

167. L'articulation entre le contrat de travail et les sources étatiques nécessite le dépassement du dispositif hiérarchique pour laisser place à un phénomène d'influence de la loi et de la jurisprudence sur le contrat de travail. L'étude de ce qui peut être nommé « phénomène d'influence » a permis de dégager son objectif : grâce à ses méthodes, le phénomène d'influence permet d'encadrer le contrat de travail pour garantir la protection du salarié.

D'abord, en écartant le schéma hiérarchique et conformément aux mécanismes d'articulations des sources, le phénomène d'influence permet de façonner le contrat de travail. Dès lors, afin de déterminer le contenu contractuel, ce phénomène présente des exigences parfois de critères, souvent de méthodes qui proviennent tant de la source légale que de la source jurisprudentielle et qui ont des conséquences tant sur le contenu que sur la liberté contractuelle : critères de fond et de forme posés par le Code civil et le Code du travail, exigence d'exécution de bonne foi, force obligatoire du contrat, détermination des critères du contrat de travail et de validité de clauses contractuelles, ou encore création de règles jurisprudentielles.

Ensuite, le phénomène d'influence présente des implications complémentaires, dès qu'il s'agit de la source légale ou de la source jurisprudentielle : à l'influence directrice de la loi s'oppose l'influence créatrice de la jurisprudence. Cette alternance entre encadrement légal et création jurisprudentielle permet la standardisation et la précision du contenu contractuel.

Enfin, la standardisation du contrat de travail souhaitée par les employeurs permet de limiter les incertitudes liées à l'interprétation du contrat de travail. Ainsi, fort de ces influences, le contrat de travail offre-t-il une garantie de protection au salarié, notamment grâce à sa précision.

Dès lors, valablement conclu, le contrat de travail bénéficie-t-il du principe de la force obligatoire des clauses contractualisées par les parties.

Conclusion du titre 1

L'influence des sources classiques sur le contrat de travail

168. L'articulation du contrat de travail avec les sources du droit objectif dépasse le schéma hiérarchique. L'analyse de cette articulation laisse place à un phénomène d'influence des sources du droit sur le contrat de travail qui permet d'agir sur la forme et le contenu contractuels.

169. Contrairement au « dispositif hiérarchique », l'influence des sources sur le contrat de travail ne répond pas nécessairement à une logique d'imbrication : une source peut influencer le contrat de travail sans que le niveau intermédiaire ne soit nécessairement sollicité.

Dès lors, l'objectif de ce phénomène n'est pas d'établir un contrôle de validité et de conformité entre les sources du droit et le contrat de travail, mais d'analyser comment les sources du droit objectif peuvent moduler et déterminer le contenu contractuel par différents procédés qui se singularisent selon la source concernée.

D'une part, les textes du droit de l'Union européenne et de droit interne ont une influence sur le contrat grâce aux mécanismes de transposition et aux critères de fond et de forme posés par les sources légales de droit interne.

D'autre part, la jurisprudence de la Cour de cassation renforce cette impulsion en dynamisant l'influence des textes de l'Union et du droit interne : par l'utilisation des sources extra-étatiques par la Chambre sociale de la Cour de cassation ; par la création de règles jurisprudentielles qui s'imposent à la validité de certaines clauses contractuelles ; par des principes jurisprudentiels codifiés par la suite.

170. La force de l'influence des sources du droit objectif sur le contrat de travail dépend donc de la volonté du juge, mais surtout du législateur qui peut ainsi réguler l'articulation entre l'autonomie de la volonté et l'influence des sources sur le contrat de travail.

Le phénomène d'influence des sources semble devoir être renforcé du fait du déséquilibre entre les parties contractantes. De façon générale, et hormis certains éléments isolés, plus l'influence des sources est importante, plus elle apporte des garanties au salarié.

Titre 2. L'influence des sources spéciales sur le contrat de travail

171. La conclusion d'un contrat est soumise au principe de la liberté contractuelle. Or, la contractualisation en droit du travail nuance ce propos. Plus précisément, elle « ne doit pas s'analyser en une réhabilitation de la liberté contractuelle, mais en une réhabilitation du contrat de travail dans son rôle d'élaboration et de gestion de la norme qui va régir le rapport de travail »⁵⁷⁸. Dès lors, la question est de déterminer le principal facteur de restriction de la liberté contractuelle en droit du travail.

172. On le sait, la validité du contrat de travail est globalement soumise au principe hiérarchique. Toutefois, l'exécution du contrat de travail et la liberté contractuelle sont, quant à eux, restreintes non seulement par l'influence des sources de droit objectif, mais également par celle des sources professionnelles.

Les sources professionnelles sont des sources *sui generis* privées qui « visent l'activité normative des acteurs privés du droit du travail (salariés, syndicats, employeurs) »⁵⁷⁹ et sont celles qui se situent au plus près de la relation de travail et donc du contrat de travail : sont alors visés les sources conventionnelles et les pouvoirs de l'employeur, eux-mêmes source de droit et d'influence sur le contrat de travail.

Dès lors, la question de l'exercice de leur influence sur le contrat de travail est permise notamment grâce aux mécanismes d'articulation des sources professionnelles avec le contrat de travail.

D'un côté, les relations sont régies par des principes tels la non-incorporation au contrat de travail des règles conventionnelles, la dérogation *in melius*, la survie de la clause contraire aux dispositions conventionnelles, l'accord du salarié en cas de modification de son contrat de travail à titre disciplinaire, etc. De l'autre, l'articulation du contrat de travail avec les sources professionnelles doit composer avec l'effet impératif et automatique des dispositions conventionnelles, les licenciements fondés sur le refus de l'application d'un accord, le changement des conditions de travail, etc.

⁵⁷⁸A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, dir. P.-H. ANTONMATTEI, Montpellier, 2010, p. 178, n° 216.

⁵⁷⁹G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 72, n° 64.

En ce sens, la question de l'articulation entre sources professionnelles et contrat de travail peut se poser dès lors que les sources peuvent contraindre le contrat de travail, voire le modifier sans toutefois s'y incorporer⁵⁸⁰.

L'influence des sources conventionnelles (Chapitre 1) et des pouvoirs de l'employeur (Chapitre 2) pose une articulation du contrat de travail avec les sources professionnelles qui dépasse le cadre hiérarchique pour privilégier l'impact qu'elles exercent lors de l'exécution de la relation de travail.

⁵⁸⁰ E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 652, n° 625 ; Fr. GAUDU, R. VATINET, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2013, p. 434, n° 613 ; Ph. WAQUET, « Contrat de travail et statut collectif », RJS 1994, p. 399 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 9^e éd., 2014, p. 262, n° 434 ; V. G. BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. ouvrier 1997, p. 514.

Chapitre 1. L'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail

173. Les relations collectives de travail ont un rayonnement considérable dans les relations de travail⁵⁸¹ : les normes qui en résultent ont pour objet de déterminer les conditions d'emploi, de travail, de formation professionnelle ainsi que les garanties sociales⁵⁸². De façon générale, les relations collectives de travail déterminent tant « les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales »⁵⁸³ que les conflits collectifs du travail.

Ainsi, plus précisément, « la convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières mentionnées à l'article L. 2221-1, pour toutes les catégories professionnelles intéressées » alors que « l'accord collectif traite un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble »⁵⁸⁴. Ils permettent donc « aux représentants des employeurs et des salariés de s'accorder sur des règles applicables aux relations individuelles de travail »⁵⁸⁵.

En droit interne, leur place est telle que, dès 1995, les partenaires sociaux déclaraient vouloir « se réapproprier la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur »⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ V. P. LOCKIEC, *Droit du travail, T. II, Les relations collectives de travail*, Puf, coll. Thémis, 2011, p. 205, n° 210. Au départ réservé aux professions industrielles et commerciales (loi du 24 juin 1936), le droit négocié s'applique désormais aux employeurs de droit privé et à leurs salariés, aux établissements publics à caractère industriel et commercial et aux établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions de droit privé.

⁵⁸² E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2015, p. 503, n° 775.

⁵⁸³ C. trav., art. L. 2221-1.

⁵⁸⁴ C. trav., art. L. 2221-2.

⁵⁸⁵ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, *op. cit.*, p. 1332, n° 1273.

⁵⁸⁶ Accord National Interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives ; V. not. Dans son n° 4/1998, la revue *Droit social* a publié un dossier intitulé « Négociation collective et emploi. De l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur l'emploi à la loi Aubry de 1998 » ; A. LYON-CAEN, « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. social* 1998, p. 316 ; P.-Y. VERKINDT, « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *ibid.* p. 321 ; J. SAVATIER, « Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales », *ibid.* p. 330 ; B. GAURIAU, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *ibid.* p. 338 ; J.-E. RAY, « Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles », *ibid.* p. 347 ; Y. CHALARON, « L'accord dérogoire en matière de temps de travail », *ibid.* p. 355 ; Fr. GAUDU « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *ibid.* p. 367 ; G. COUTURIER, « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », *ibid.* p. 375 ; G. GÉLINEAU-LARRIVET, « Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », *ibid.* p. 380 ; Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Les 35 heures et le travail à temps partiel », *ibid.* p. 382 ; Fr. FAVENNEC, « L'ANI du 31 octobre 1995 sur l'emploi », *Dr. social* 1996, p. 20.

Quant aux conflits collectifs, ils se manifestent par la grève (cessation collective du travail à l'appui de revendications professionnelles) et, plus marginalement, le lock-out⁵⁸⁷.

L'articulation du contrat de travail avec les sources conventionnelles peut s'analyser d'un point de vue hiérarchique. C'est parce qu'elles tiennent une place primordiale dans l'ordonnement des sources du droit du travail⁵⁸⁸ que les sources de droit négocié vont agir directement sur le contenu contractuel⁵⁸⁹. Or, si le dispositif hiérarchique entre ces deux niveaux de sources est remis en cause par le principe de faveur, l'influence des sources négociées sur le contrat de travail est établie (Section 1).

L'influence de la source négociée sur le contrat de travail présente une puissance singulière. Modelant ou contraignant le contenu contractuel, allant jusqu'à bouleverser l'exécution contractuelle, sa force est particulièrement remarquable notamment lors de l'aménagement du temps de travail dans l'entreprise (Section 2).

⁵⁸⁷ M.-A. SOURIAC, « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », *Dr. social* 2001, p. 705. V. not. Dans son n° 7/8 de juillet/août 2001, *Droit social* a publié un dossier consacré aux conflits collectifs : A. SUPIOT, « Revisiter les droits d'action collective », p. 687 ; Fr. DUQUESNES, « Les emplois-jeunes et la grève », p. 711 ; J.-P. LABORDE, « Conflits collectifs et conflits de lois », p. 715.

⁵⁸⁸ V. A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnement des relations de travail », *D.* 1998, p. 359, spéc. p. 367. Selon les auteurs, « est négociation collective une procédure - mais toute procédure - susceptible de déboucher sur un accord doté d'effet normatif ».

⁵⁸⁹ B. BOSSU, « Les méthodes de production des normes en droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, *Economica*, coll. *Etudes juridiques* t. 35, 2011, p. 167, spéc. p. 177.

Section 1. Les fondements de l'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail

174. Les sources de droit négocié ont une force sur le contrat de travail qui peut s'apparenter à celle de la loi.

En ce sens, les sources conventionnelles obligent juridiquement le contrat de travail⁵⁹⁰, au même titre que n'importe quelle pièce de l'ordre juridique du droit objectif. Aussi, du fait de leur caractère réglementaire, les sources conventionnelles produisent un ensemble d'effets, exerçant une influence sur le contrat de travail qui peuvent être comptés au nombre de trois : un effet impératif, un effet immédiat et un effet automatique⁵⁹¹. Dans le cadre de ces développements, l'effet normatif de la source négociée sera écarté, car, bien que les normes produites s'imposent au salarié, l'effet normatif n'est pas un outil d'influence. Seuls l'effet impératif (§1) et l'effet automatique (§2) de l'acte négocié, qui ont une conséquence directe sur le contrat de travail, nous permettront d'établir sa force obligatoire.

⁵⁹⁰ V. C. trav. L. 2221-1 : « Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales ».

⁵⁹¹ 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 ».

§1. L'influence fondée sur l'effet impératif de la convention collective

175. L'impérativité de la source conventionnelle puise naturellement sa force dans les dispositions légales du droit civil et du droit du travail (A). Traduite par son caractère obligatoire, l'hétérogénéité de l'impérativité de la source négociée est actée par son domaine d'ordre public (B).

A. Une impérativité légale

176. Les racines de l'impérativité de la source conventionnelle se trouvent au-delà des frontières du droit du travail. Si l'on considère que la nature de la convention collective de travail se situe entre le contrat et l'acte-règle, les dispositions légales relatives au droit des contrats s'y appliquent comme elles le feraient avec n'importe quel contrat. Ainsi, les articles 1101, 1134 ou 1135 du Code civil permettent-ils de justifier l'influence de la convention collective sur le contrat de travail (1) qui lui permet de régir le contrat de travail au même titre que la loi (2).

1. L'impérativité justifiée par la force obligatoire des contrats

177. Du fait de son statut hybride, la convention collective répond à l'exigence de la force obligatoire des contrats (a) qui se retrouve également dans le Code du travail, plus particulièrement au premier alinéa de l'article L. 2254-1 du Code du travail (b).

a) *La force obligatoire de la convention collective par le droit commun*

178. Entre contrat et acte-règle, la convention collective tient sa particularité de son caractère dual. Elle serait génératrice d'«une situation objective, impersonnelle et permanente. La convention (...) serait créatrice du droit objectif, se présenterait comme la charte des droits du travail»⁵⁹². Toutefois, au-delà de sa condition d'acte-règle, elle présente un caractère réglementaire emprunté au droit civil des contrats puisqu'elle détermine les «conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats individuels de travail»⁵⁹³. La norme négociée doit donc répondre aux critères de formation et de validité de toute convention, notamment aux articles 1101⁵⁹⁴, 1134⁵⁹⁵ et 1135⁵⁹⁶ du Code civil.

Ainsi, la norme collective valablement formée va-t-elle créer des obligations juridiques et aura force obligatoire⁵⁹⁷, ce qui lui procure une double dimension : une dimension dynamique et une dimension statique.

En ce sens, son dynamisme se traduit par le fait que la convention est une norme de conduite (les parties s'obligent), et sa dimension statique désigne le caractère obligatoire de son contenu (il est impossible de s'y soustraire)⁵⁹⁸.

⁵⁹² P. DURAND, «Le dualisme de la convention collective», RTD civ. 1939, p. 353, spéc. p. 356.

⁵⁹³ P. DURAND, «Le dualisme de la convention collective», article précité, spéc. p. 372.

⁵⁹⁴ C. civ. Art. 1101 : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁵⁹⁵ C. civ, art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi».

⁵⁹⁶ C. civ, art. 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature».

⁵⁹⁷ V. not. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préface de G. PIGNARRE, L.G.D.J, coll. Thèses, t. 480, 2007, p. 453, n° 638. Au sujet de l'article 1101 du Code civil, l'auteur traite de « l'accord sur la création d'obligations juridiques ».

⁵⁹⁸ V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, op. cit., p. 454, n° 638 ; V. égal. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Paris, 1912 ; E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, préface de J.-L. AUBERT, L.G.D.J, 1997 ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1 du Code civil », RTD civ. 2001, p. 265 ; J. GHESTIN, Gr. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, t. 1, L.G.D.J, coll. Traité, 4^e éd, 2013 ; G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, dir. D. TALLON et D. HARRIS, L.G.D.J, 1987, p. 27, spéc. p. 31, n° 4, « en ne s'appliquant qu'aux conventions légalement formées, le texte indique que la loi civile n'attache d'effet civil aux engagements qu'elle autorise, qu'aux conditions qu'elle fixe elle-même » ; Chr. JAMIN, « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Dr. et patr. 1998, p. 46 ; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préface de D. TALLON, L.G.D.J, coll. « Bibl. de droit privé », 1980 ; P. ANCEL, « La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001, Université Lille II, dir. Chr. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003. L'article 1134 du Code civil a été soumis à diverses interprétations à caractère politique : V. D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges: une question à dissoudre », in *Gouvernement des juges et démocratie, Publications de la Sorbonne*, dir. S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, Paris, 2001, p. 341 ; Comp. J. DÉPREZ, « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation, « Sois juge et tais-toi » (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », RTD civ. 1978, p. 503.

La force obligatoire de la norme conventionnelle tient donc une place centrale dans la détermination de son influence sur le contrat de travail, notamment au travers de l'article 1134 du Code civil.

Ainsi, en tenant « lieu de loi à ceux qui les ont faites », cet article souligne-t-il la force obligatoire de la convention (et *a fortiori* celle de la convention collective) dans l'ordre juridique même s'« il n'en indique pas le contenu, alors même qu'il lui reconnaît un caractère juridiquement contraignant »⁵⁹⁹. En droit du travail, cet article trouve sa correspondance à l'article L. 2262-1 du Code du travail qui dispose que « sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires ».

Dès lors, c'est au travers du principe de force obligatoire de la convention qu'est légitimée l'influence de la source conventionnelle sur le contrat de travail : puisqu'elle remplit les critères de formation et de validité d'une convention classique, il est naturel que les dispositions civilistes s'y appliquent.

Or, l'influence de la source négociée sur le contrat de travail dépasse le seul périmètre du droit des contrats puisqu'elle ne répond pas au principe d'effet relatif des conventions⁶⁰⁰. En effet, elle « emprunte une partie de ses caractères au droit des contrats (...), mais comporte aussi une dimension normative en ce qu' [elle] a la vocation à s'appliquer à des sujets de droit non considérés comme des parties ou représentées à l'accord »⁶⁰¹. Elle est donc justifiée par le mécanisme d'accord des volontés propre au droit des contrats, mais elle aurait également un effet normatif singulier qui s'impose au sein d'une collectivité identifiée⁶⁰².

L'influence de la norme conventionnelle sur le contrat de travail puise ses origines dans le droit civil des contrats. Toutefois, elle trouve également sa légitimité dans le Code du travail, plus précisément dans l'article L. 2254-1.

⁵⁹⁹ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 42, n° 24.

⁶⁰⁰ C. civ., art. 1165 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 » ;

⁶⁰¹ P.-Y. VERKINDT, « L'interprétation des accords collectifs », *Sem. soc. Lamy suppl.*, 7 juillet 2008, n° 1361, p.45.

⁶⁰² C. DECHRISTÉ, « Les limites de la nature « réglementaire » de la convention collective », *D. actualité* 05 avril 2007, note sous Cass. soc., 21 mars 2007, n° 05-13341, *Bull. civ. V*, n° 54 : « la convention ou l'accord collectif serait conventionnel compte tenu de sa formation qui repose sur un accord de volontés, mais aussi un acte d'origine privée à vocation réglementaire puisque son effet normatif s'impose au sein d'une collectivité identifiée ».

b) La force obligatoire de la convention collective par le droit spécial

179. Selon l'article L. 2254-1 du Code du travail, « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables ». La formulation est sans équivoque : sauf dispositions contractuelle plus favorable, les clauses de la norme collective ont force obligatoire et de ce fait, s'appliquent à tous les contrats de travail concernés.

Si en droit des contrats, les principes sont ceux de l'effet relatif et de l'inopposabilité du contrat aux tiers, le régime lié à la norme collective présente une particularité : l'étendue de sa force obligatoire.

Négociée et signée entre l'employeur (ou ses représentants) et les instances représentatives du personnel, la norme collective va s'imposer aux contrats de travail soumis à son emprise⁶⁰³ et va les régir au même titre que la loi⁶⁰⁴. La source collective s'impose à tous les salariés de l'entreprise et elle est ainsi opposable aux travailleurs, même absents de l'entreprise⁶⁰⁵. C'est en cela qu'elle exerce son influence sur le contrat de travail.

Dès lors, ce principe vaut également lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une clause conventionnelle de non-concurrence⁶⁰⁶ ou lorsqu'il est question de contraindre l'employeur à appliquer la convention collective par laquelle il est tenu.

L'impérativité de la convention collective va même plus loin : son influence lui permet de suppléer parfois le silence du contrat de travail⁶⁰⁷. En ce sens, à condition que le salarié soit informé de l'application de la convention collective et mis en mesure d'en prendre

⁶⁰³ M-A SOURSIAC, «L'articulation des accords de branche et d'entreprise: une question de principe(s)», Sem. soc. Lamy suppl. n° 1084, 15 juillet 2002, p. 7, spéc. p. 9.

⁶⁰⁴ J. MOULY, *Droit du travail*, Ed. Bréal, 7ème édition, 2014, p. 268.

⁶⁰⁵ Cass. soc., 29 octobre 2002, , *M. Louardi Meddour c/ Société Former*, n° 00-45074, Il s'agit d'absence du salarié pour cause de maladie ou d'accident.

⁶⁰⁶ Cass. soc., 9 juillet 1976, *S.A.R.L. Dental Laboratoire C. Willmann*, n° 75-40662, Bull. des arrêts Cour de Cass. Chambre sociale, n° 451, p. 371 ; Dr. social 1977, note sous arrêt M. CRIONNET, p. 338 : «l'absence d'un contrat de travail conclu par écrit entre les parties ne pouvait faire échec à l'application de la convention collective qui régissait nécessairement leurs rapports; qu'en outre, et dès lors que cette convention imposait une obligation de non-concurrence au salarié, c'est à ce dernier qu'il appartenait éventuellement d'établir qu'il y avait été dérogé par une convention particulière plus favorable pour lui».

⁶⁰⁷ E.PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, *op. cit.*, p. 589, n° 969, « Dans le conflit entre un contrat plus favorable parce que silencieux et la clause conventionnelle créatrice d'obligation, la Cour de cassation a fait prévaloir la convention collective. Elle a ainsi considéré que, dans le silence du contrat, les conventions collectives pouvaient imposer aux salariés des obligations de non-concurrence, ou encore des clauses d'essai, de mobilité ou d'astreinte. Elle a néanmoins posé deux conditions : le salarié doit avoir été informé de l'application de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance, au moment de son embauche ».

connaissance au moment de son embauche⁶⁰⁸, elle peut imposer des obligations notamment en termes de non-concurrence⁶⁰⁹ ou d'astreinte⁶¹⁰ (si le contrat de travail ne prévoit rien). Dans ce cas, elle devient la norme de référence au sein de l'entreprise.

Toutefois, l'article L. 2254-1 du Code du travail présente une double dimension du principe d'effet impératif qui concernerait la norme collective et le contrat de travail : L'impérativité de l'accord ou de la convention collective est le principe mais les dispositions plus favorables du contrat de travail s'imposent face à la convention collective.

Dans ce cas, le principe d'impérativité glisse de la convention collective vers le contrat de travail et la convention collective perd son influence au profit des clauses plus favorables du contrat de travail.

Cette dernière règle demeure néanmoins une exception à celui d'impérativité de la norme collective qui est soulignée par la préposition « sauf » incluses dans « sauf dispositions plus favorables ».

Si l'article L. 2254-1 du Code du travail autorise un glissement de l'effet impératif de la convention collective vers le contrat de travail, cette faculté est restreinte lorsque des problématiques générales liées à l'emploi sont concernées et notamment depuis la création des accords de maintien de l'emploi qui proposent une « impérativité renforcée »⁶¹¹ de la norme négociée.

Ainsi, l'article L. 5125-2 alinéa 3 du Code du travail⁶¹² propose-t-il un renforcement de l'influence et de l'impérativité de la source négociée sur le contrat de travail : si le salarié refuse l'application de l'accord à son contrat, le licenciement prononcé sera un licenciement individuel pour motif économique et si l'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation

⁶⁰⁸ Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-42018, Bull. civ. V, n° 334 ; Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-42646, Bull. civ. V, n° 222.

⁶⁰⁹ Cass. soc., 8 janvier 1997, n° 93-44009, Bull. civ. V, n° 8 ; Dr. social 1997, p. 323.

⁶¹⁰ Cass. soc. 13 février 2002, n° 00-40387.

⁶¹¹ E. PESKINE, «Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités», RDT 2013, p. 168, spéc. p. 171, « c'est dans ce que l'on pourrait qualifier d'impérativité renforcée que les accords de maintien dans l'emploi laissent une empreinte particulière, l'ANI, comme la loi, faisant prévaloir l'accord collectif sur le contrat de travail » ; A. BRAUN, «L'ANI tente de briser la capacité de résistance des salariés», Sem. soc. Lamy 2013, n° 1568, p. 9.

⁶¹² C. trav. art. L. 5125-2 al. 3: «Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et il repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. Le salarié bénéficie soit du congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71, soit du contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L. 1233-66 ».

et de reclassement, le salarié bénéficie soit du congé de reclassement, soit du contrat de sécurisation professionnelle.

Le phénomène d'influence est donc, dans ce cas, total puisque cet article laisse penser que le licenciement prononcé est fondé sur le refus du salarié de l'application de l'accord à son contrat de travail.

En effet, bien que l'impérativité de l'accord soit relative⁶¹³, son influence s'exerce dès lors que le salarié manifeste son refus ou que l'« intérêt général »⁶¹⁴ est en jeu⁶¹⁵. En ce sens, la question de l'application des accords de maintien de l'emploi crée « comme un brouillage sur la manière d'envisager les rapports du contrat de travail et de l'accord collectif »⁶¹⁶. L'impérativité de l'accord donne une impression de « à prendre ou à laisser » qui finalement ne laisserait que peu de choix au salarié.

Dans ce cas, en dépit d'une opportunité offerte au contrat de travail de déroger plus favorablement à la norme collective au travers de l'article L. 2254-1 du Code du travail, l'impérativité de l'accord ou de la convention collective tend, au nom de la préservation de l'emploi, vers un renforcement certain.

⁶¹³ l'article L.5125-2 ne précise pas qu'un accord de maintien dans l'emploi ne constitue pas une modification du contrat de travail.

⁶¹⁴ Sur le motif d'intérêt général, V. not. Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

⁶¹⁵ V. Le rapport proposé par J.-D. COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au premier Ministre*, Projet du 3 septembre, réunion du groupe de travail du 7 septembre 2015, p. 100 ; Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, AJDA 2012, p. 574 ; RFDA 2012, p. 528, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; Constitutions 2012, p. 267, chron. J. BENETTI.

⁶¹⁶ G. BORENFREUND, «Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, de l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi», RDT 2013, p. 316, spéc. p. 317.

2. Les conséquences de l'impérativité légale sur le contrat de travail

180. La convention collective, loi du contrat de travail? Cela semble être le cas en pratique. Comme déjà évoqué plus haut, dès lors que la convention collective répond aux critères de validité d'une convention, elle exerce une influence sur le contrat au même titre que le ferait la loi : elle peut régir le contrat de travail notamment en matière de salaire, de préavis ou d'indemnité de licenciement⁶¹⁷, mais aussi en matière de renouvellement de période d'essai⁶¹⁸.

S'il a été auparavant constaté que l'influence de la convention collective sur le contrat de travail suggère un aspect contraignant, dans ce contexte, elle tend à l'inverse à le protéger. En effet, l'insertion d'une clause d'essai et la possibilité de la renouveler sont autorisées si elles sont prévues au contrat de travail⁶¹⁹. Toutefois, son renouvellement n'est possible que si un accord de branche étendu applicable à l'entreprise (ou la convention collective applicable à l'entreprise) le prévoit et que le contrat de travail envisage cette possibilité⁶²⁰. *A contrario*, la clause de renouvellement de la période d'essai est déclarée nulle⁶²¹.

La protection offerte par l'influence de la convention collective sur le contrat de travail est néanmoins limitée par le principe de non-rétroactivité de la loi : les durées maximales de période d'essai de l'article L. 1221-19 du Code du travail ne s'appliquent qu'à condition qu'un accord de branche antérieur à la loi du 25 août 2008 (qui comporte des durées plus longues) ne soit en vigueur⁶²². La protection offerte par l'article L. 1221-19 du Code du travail ne se limite donc qu'aux accords signés après son entrée en vigueur.

⁶¹⁷ J. MOULY, *Droit du travail, op. cit.*

⁶¹⁸ C. trav., art. L. 1221-21 ; V. Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-11444 : «La possibilité de renouvellement de la période d'essai n'est pas prévue par l'article 24 de l'annexe 1 de la Convention collective nationale des vins, cidres, jus de fruits, sirops, spiritueux et liqueurs de France du 13 février 1969, dans sa version en vigueur à la date de souscription du contrat de travail, a exactement décidé que la clause contractuelle prévoyant un tel renouvellement est nulle, d'où il résulte que la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à l'expiration de la période d'essai de trois mois s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse».

⁶¹⁹ C. trav. art. L.1221-23 : «La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail».

⁶²⁰ C. trav. art. L.1221-21 : «La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement. La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser : 1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ; 2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ; 3° Huit mois pour les cadres».

⁶²¹ Cass. soc., 30 mars 1995, *Europa discount c./ Pradon*, n° 91-44079, Bull. civ. V, n° 117, p. 84 ; Dr. social 1995, p. 502 ; D. 1995, IR p. 112 ; Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-11444, « Mais attendu que la cour d'appel qui a relevé que la possibilité de renouvellement de la période d'essai n'est pas prévue par l'article 24 de l'annexe 1 de la Convention collective nationale des vins, cidres, jus de fruits, sirops, spiritueux et liqueurs de France du 13 février 1969, dans sa version en vigueur à la date de souscription du contrat de travail, a exactement décidé que la clause contractuelle prévoyant un tel renouvellement est nulle, d'où il résulte que la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à l'expiration de la période d'essai de trois mois s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

⁶²² J. MOULY, « Une innovation ambiguë : la réglementation de la période d'essai », Dr. social 2008, p. 288.

Le phénomène d'influence de la convention collective sur le contrat de travail a donc un double effet : elle protège et encadre le contenu contractuel.

Ainsi, en matière d'essai, les dispositions conventionnelles viennent-elles rythmer l'application des règles relatives à la rupture du contrat de travail : en prévoyant des dispositions différentes de la loi, la convention collective encadre le régime de la rupture du contrat de travail et permet aux parties de se positionner soit dans une démarche de rupture de période d'essai, soit dans une procédure de rupture du contrat de travail.

L'influence de la convention collective permet donc de segmenter les étapes de la relation contractuelle, indépendamment du cadre légal, prémunissant le contrat de travail d'une rupture abusive lorsque la période d'essai est terminée⁶²³.

En ce sens, une clause contractuelle même en apparence légale, car fondée sur la loi, peut être déclarée nulle si elle n'est pas conforme à la convention collective.

L'exemple de la réglementation conventionnelle des périodes d'essai a permis de démontrer que la force de l'influence de la convention collective tient à deux particularités :

La première est que la norme conventionnelle s'impose aux salariés indépendamment de leur volonté⁶²⁴.

La seconde est que tout ce qui n'est pas contractuel et qui relève du champ conventionnel peut être modifié « sans que les parties au contrat soient en mesure de s'y opposer »⁶²⁵.

La force du phénomène d'influence de la convention collective dépend donc du contenu contractuel et il convient alors de distinguer lorsque l'encadrement conventionnel a fait l'objet d'une contractualisation et lorsque ce n'est pas le cas.

Ainsi, la tentation de la protection du contrat de travail par un renforcement du contenu contractuel est-elle grande. Toutefois, le contournement d'une influence trop importante de la convention collective sur le contrat de travail ne passe pas par la sur-contractualisation, parfois inefficace. En effet, l'influence de la norme collective peut être renforcée par la source légale, notamment lorsque l'article L. 3122-6 du Code du travail prévoit que « la répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

⁶²³ J. DUPLAT, «La rupture abusive de la période d'essai», Sem. soc. Lamy, 3 décembre 2007, n° 1331, p. 7.

⁶²⁴ A. MARTINON, « L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail », in *L'articulation des normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, 2011, p.29, spéc. p.38. Selon l'auteur, « la primauté de la relation collective explique parfois que certaines normes s'imposent à l'ensemble des salariés indépendamment de leur volonté ».

⁶²⁵ Chr. RADÉ, note ss. Cass. soc., 27 juin 2000, *Air France*, n° 99-41135 et 99-41140, Bull. civ. V., n° 247 p. 193 ; JCP E 2001, II, p.10446, note L. GAMET ; TPS 2000, comm. p.355.

B. Une impérativité d'ordre public

181. En droit du travail, les notions d'ordre public sont multiples (ordre public international, général, social, de protection, administratif ou absolu)⁶²⁶. Or, l'étude de l'articulation de la norme conventionnelle avec le contrat de travail nécessite de se concentrer uniquement sur l'ordre public absolu et l'ordre public social (1). Ainsi, cette distinction permet-elle de mieux appréhender la technique de dérogation *in melius* qui, même si elle permet (en apparence) au contrat de travail de déroger plus favorablement aux dispositions conventionnelles, assure à la source conventionnelle son influence sur le contrat, notamment en imposant ses garanties minimums (2).

1. La nécessaire distinction entre ordre public absolu et ordre public social

182. La notion d'ordre public est présente en droit civil (article 6 C.civ.)⁶²⁷, comme en droit constitutionnel (article 34 de la Constitution)⁶²⁸. L'ordre public décrit à ces articles est absolu : il ne supporte aucune dérogation et sa finalité est de protéger les libertés individuelles. Sa vocation est d'« assurer la protection des intérêts jugés supérieurs aux intérêts privés »⁶²⁹. Il s'agit donc pour lui de faire primer l'intérêt général sur les intérêts privés. Autrement nommé « ordre public général », il a une étendue qui excède le périmètre du droit du travail.

Plus précisément, son objet est de « réduire et d'encadrer la liberté contractuelle ou de porter atteinte à certains principes afin de préserver la Liberté, au sens large, des sujets de droit

⁶²⁶ V. not. N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, L.G.D.J, 2006 ; M. BONNECHÈRE, « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », *Dr. social* 1990, p. 40 ; G. LYON-CAEN, « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. social* 1973, p. 89 ; M. BONNECHÈRE, « L'ordre public en droit du travail », *JCP*, 1974, éd. CI. 11604 ; M. BONNECHÈRE, « L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. Ouvrier* 1988, p. 171 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris L.G.D.J, 1963.

⁶²⁷ C. civ. art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

⁶²⁸ L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que les lois ont par essence pour fonction de déterminer les droits et les principes d'ordre public absolu, tels que « les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale » ou « les droits civiques et garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ; V. not. G. BORENFREUND et M.-A. SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. social* 2003, p. 72 ; C. WOLMARK, « La négociation collective – Les conventions et accords collectifs de travail », *RDT* 2007, p. 631 ; M.-L. MORIN, « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Dr. social* 1998, p. 419 ; M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et la négociation collective », *Dr. social* 1997, p. 25.

⁶²⁹ N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, *op.cit.*, p. 20, n° 48.

placés ou non dans un rapport contractuel »⁶³⁰. Il se distingue de l'ordre public de protection, qui lui-même se distingue de l'ordre public social, dont les finalités sont différentes.

Parallèlement à l'ordre public absolu, l'ordre public social trouve son fondement à l'article L. 2251-1 alinéa 1 du Code du travail qui énonce qu'« une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur »⁶³¹. Il désigne donc la capacité offerte à la convention collective de déroger dans un sens plus favorable aux dispositions légales d'ordre public absolu.

Il est alors possible de parler d'« un ordre public au sens du droit du travail »⁶³² pour deux raisons.

D'une part, la notion doctrinale « d'ordre public social » est propre au droit du travail. Elle n'est rencontrée dans aucune autre spécialité de droit privé ou de droit public. Aussi, sans la confondre avec la notion de principe de faveur⁶³³, nulle part ailleurs ne peut être rencontré « le principe aboutissant à la substitution automatique de la règle plus favorable au salarié »⁶³⁴.

L'ordre public social veille à œuvrer dans un sens toujours plus favorable aux salariés et se manifeste, la plupart du temps, dans la relation entre la norme collective et le contrat de travail, par la dérogation *in melius*.

D'autre part, grâce aux précisions apportées par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Le Conseil d'État a opéré la distinction entre ordre public au sens du droit du travail et ordre public général, en caractérisant l'ordre public social en droit du travail par une disposition légale ou réglementaire qui énonce un minimum d'ordre public absolu⁶³⁵. La Cour de

⁶³⁰ N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé, op.cit.*, p. 87, n° 177.

⁶³¹ C. trav. art. L.2251-1: «Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public».

⁶³² M. BONNECHÈRE, « L'ordre public «au sens du droit du travail », JCP 1974, éd. comm. et ind, n° 1604, p. 601 ; M. BONNECHÈRE, « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », article précité ; M. BONNECHÈRE, «La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail: quelques repères », Dr. ouvrier 2001, p. 411 ; N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé, op. cit.*, p. 89, n° 179. R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD civ. 1997, p. 792 ; Th. REVET (Dir.), *L'ordre public dans les relations de travail, L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, avec la coordination de Th. REVET, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 1996, p. 43.

⁶³³ Le principe de faveur est désigné comme une méthode de résolution de conflits de normes qui est détaillée en partie 2.

⁶³⁴ M. BONNECHÈRE, «Les tendances à la dérèglementation et à leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail», Dr. social 1990, p. 40, spéc. p. 44.

⁶³⁵ CE, avis, 22 mars 1973, Dr. ouvrier 1973, p. 190.

cassation, quant à elle, précise que la convention collective est « toujours plus ou aussi bénéfique pour les salariés — jamais moins — que les lois et règlements en vigueur »⁶³⁶.

L'ordre public social se distingue de l'ordre public de protection par sa finalité : l'ordre public de protection a une dimension contraignante que ne revêt pas l'ordre public social.

En effet, afin de protéger la partie faible au contrat, l'ordre public de protection vise à encadrer la conclusion du contrat en interdisant ou en obligeant. Parallèlement, l'ordre public social ne fait que donner un cadre préétabli⁶³⁷.

Ainsi, ces différents ordres publics vont-ils servir le phénomène d'influence de la norme conventionnelle sur le contrat de travail. En effet, selon la finalité recherchée, quel que soit l'ordre public concerné, ils présentent tous un caractère absolu, en ce sens que même l'ordre public social pose un plancher indérogeable qui peut ensuite être amélioré (dérogation *in melius*) par voie de négociation collective ou par accord des parties au contrat.

2. L'influence de la dérogation *in melius* sur le contrat de travail

183. Conformément à l'article L. 2254-1 du Code du travail, la convention collective exerce son influence *via* l'ordre public social qui impose le respect de certains *minima* et offre la possibilité de déroger *in melius* aux dispositions conventionnelles.

La contrainte de l'influence de la convention collective se manifeste par une norme plancher impérative qui s'impose obligatoirement aux parties. Dans le cadre de dispositions d'ordre public social, l'influence de la norme négociée vise à protéger les intérêts du salarié, car déroger aux dispositions plancher reviendrait à atteindre « l'intérêt général ou aux droits fondamentaux de l'Homme et de ses libertés individuelles et collectives »⁶³⁸.

⁶³⁶ Cass. soc., 9 juillet 1976, *S.A.R.L. Dental Laboratoire C. Willmann*, *op. cit.* ; Dr. social 1977, p. 338, spéc. p. 339, note sous arrêt M. CRIONNET. *op. cit.*

⁶³⁷ N.MEYER, *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, *op. cit.*, p. 100, n° 206: « l'ordre public absolu de protection tente de protéger le contractant en entourant la conclusion du contrat par un ordre public négatif en interdisant, ou positif en obligeant. Il s'agit d'un ordre public consacré le plus souvent par des lois impératives. En revanche, l'ordre public social n'interdit pas ou n'oblige pas les parties. Il leur impose de fonder leur relation contractuelle dans un cadre juridique préétabli. Dans les relations de travail, cet ordre public tend à apporter au salarié un minimum de droits et d'avantages alors que l'ordre public de protection englobe toutes les règles qui, dans un contrat, sont destinées à compenser un déséquilibre présumé entre les parties ».

⁶³⁸ J. BARTHÉLÉMY, « Ordre public et droit du travail, deuxième partie », *cah. du DRH*, n° 172, janvier 2011, p. 41, spéc. p. 42.

Or, le phénomène d'influence est ici le résultat d'une réaction en chaîne. L'exemple du salaire minimum illustre ce propos.

La loi pose, dans un premier temps, les principes d'ordre public absolu relatifs au salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC). Ce n'est que dans un second temps que la convention de branche peut déroger *in melius* à ces dispositions légales, en prévoyant des seuils minimums différents⁶³⁹. La convention collective devient alors d'ordre public absolu pour le contrat de travail qui peut lui-même déroger à ces dispositions conventionnelles. Il s'agit encore d'une dérogation *in melius* non plus par rapport à la loi, mais par rapport à la convention collective.

L'ordre public social et la faculté de dérogation *in melius* n'entravent en rien l'influence de la norme conventionnelle sur le contrat de travail, puisqu'une fois négociée et régulièrement adoptée, la convention collective présente un caractère impératif qui s'impose à l'employeur comme aux salariés.

L'influence de la norme conventionnelle, grâce à son effet impératif, ne rayonne plus uniquement sur le contrat de travail, mais diffuse son autorité de manière plus large pour atteindre également l'employeur qui ne peut écarter son application dans l'élaboration et l'exécution du contrat de travail.

Toutefois, le phénomène d'influence de la norme négociée sur le contrat de travail contrevient au principe de la liberté contractuelle. En effet, si le contrat de travail reste libre de stipuler des clauses plus favorables que les dispositions conventionnelles, il ne peut contrevenir au seuil impératif d'ordre public absolu des dispositions conventionnelles. L'influence et l'impérativité de la norme conventionnelle rejoignent, en ce sens, le principe de la force obligatoire des contrats⁶⁴⁰.

Le phénomène d'influence impulsé par les dispositions d'ordre public social implique notamment que les parties au contrat de travail ne peuvent, pendant l'exécution du contrat de travail, renoncer aux dispositions tenues de la convention collective. Cette obligation, dégagée

⁶³⁹ L'article 27-I de la loi 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail avait mis en place un dispositif visant à pénaliser les branches dont le salaire minimal de leurs grilles était inférieur au SMIC. La sanction prévue devait être au niveau de la formule de calcul du coefficient de la réduction Fillon, dans laquelle le paramètre « SMIC » aurait été remplacé par le salaire le plus bas de la branche pour un salarié sans qualification. Après plusieurs reports (1er janvier 2011 puis 1er janvier 2013), le mécanisme de sanction a définitivement été suspendu.

⁶⁴⁰ N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, 1980, p. 270.

par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 1998⁶⁴¹, énonce qu'il est impossible pour le salarié de renoncer aux dispositions qu'il tient de la convention collective tant que son contrat de travail est en vigueur. *A contrario*, le salarié peut renoncer à certains de ses droits à l'issue du contrat de travail⁶⁴².

Dès lors, dans cette hypothèse, la liberté contractuelle des parties est limitée par la persistance du lien de subordination entre l'employeur et la salariée au moment des faits⁶⁴³.

§2. L'effet automatique de la convention collective sur le contrat de travail

184. L'effet automatique de la convention collective s'impose au contrat de travail, en ce que les clauses contractuelles contraires (ou moins favorables) à la convention collective sont mises à l'écart (A) et automatiquement remplacées par les dispositions conventionnelles (B).

A. La mise à l'écart des clauses contractuelles contraires à la source négociée

185. La plénitude de l'influence de la convention collective sur le contrat de travail se manifeste notamment par l'effet automatique qu'elle exerce sur le contenu contractuel. Grâce à cet effet, la convention collective intègre le contenu contractuel pour mettre à l'écart les clauses contraires à la source négociée. Pour ce faire, les clauses contractuelles contraires sont suspendues (1) sans pour autant être déclarées nulles *stricto sensu* (2).

⁶⁴¹ Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43779, Bull. civ. V, n° 110, p. 81: « Attendu, cependant, que la salariée se prévalait du licenciement économique qui lui avait été notifié et contestait l'accord invoqué par l'employeur ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans s'expliquer sur le contenu et les conditions dans lesquelles l'accord avait été conclu, et alors que la salariée ne pouvait valablement renoncer tant que le contrat était en vigueur au bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement, la Cour d'appel a violé les textes susvisés » ; V. Cass. soc., 6 juillet 1994, n° 90-45206, Bull. civ. V, n° 226, p. 155 ; Cass. soc., 9 décembre 1998, n° 96-41911 ; Cass. soc., 3 juillet 2002, n° 00-44422.

⁶⁴² M.-C. HALLER, « L'ordre public social permet-il à un salarié de renoncer à une clause conventionnelle ? », JSL 1998, p. 12, note sous arrêt Cass. soc., 3 mars 1998, *op. cit.* Cette règle n'est cependant pas applicable en ce qui concerne les dispositions relatives à la clause de non-concurrence.

⁶⁴³ Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45115, Bull. civ. V, n° 215 ; Cass. soc., 9 décembre 1998, n° 96-41911 ; JSL 16 février 1999, n° 30 : « la solution est différente lorsque la transaction est conclue après la rupture du contrat, l'employeur et le salarié pouvant alors convenir d'écartier l'application de la loi ou de la convention collective tant que l'on se situe dans le domaine de l'ordre public relatif ».

1. La suspension des clauses contractuelles contraires

186. Corollaire de l'effet impératif de la source conventionnelle⁶⁴⁴, l'effet automatique se traduit par l'application directe et immédiate des dispositions conventionnelles au contrat de travail en cours d'exécution, sauf dispositions plus favorables du contrat de travail (article L. 2254-1 C. trav.). Toutefois, bien qu'il existe un effet automatique, la source conventionnelle ne peut modifier le contenu contractuel⁶⁴⁵.

Dès lors, l'influence de la source conventionnelle et, plus particulièrement de la convention collective sur le contrat de travail, trouve ses fondements dans l'effet automatique de la convention collective qui prive d'effet les clauses contractuelles qui lui sont contraires.

En ce sens, les clauses contractuelles ayant le même objet ne sont pas nulles mais privées d'application. Elles sont ensuite remplacées *ipso jure* par les dispositions conventionnelles aussi longtemps que la convention collective est applicable⁶⁴⁶.

Dans ce cas, l'influence de la convention collective sur le contrat de travail prend une autre dimension : non seulement elle encadre le contenu contractuel, mais elle entreprend également une démarche de substitution des clauses contractuelles contraires. Toutefois, dans l'hypothèse où les dispositions conventionnelles cesseraient d'être applicables, les dispositions contractuelles contraires reprendraient leurs effets : il existe donc, notamment depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013⁶⁴⁷, une hypothèse où l'influence de l'accord collectif permet de suspendre les clauses contraires du contrat de travail.

Depuis la création des accords de mobilité interne et ceux de maintien de l'emploi, dans l'objectif de faire primer l'intérêt général sur l'intérêt individuel du salarié, la question de la suspension des clauses contractuelles contraires à l'accord collectif se pose.

⁶⁴⁴ J. MOULY, « Contrat de travail. Clause de non-concurrence. Validité. Appréciation. Moment. Convention collective postérieure. Effet sur la validité », *Dr. social* 2012, p. 92, spéc. p. 93.

⁶⁴⁵ G. COUTURIER, *Droit du travail*, t. 2, PUF, 2001, n° 207 p. 500 ; Cass. soc., 25 février 1998, n° 95-45171, Bull. civ. V, n° 104 ; Liaisons soc., légis. n° 7882, p. 7 ; *adde* Cass. soc., 14 mai 1998, n° 96-43800, Bull. civ. V, n° 251 : « Un accord collectif ne peut modifier, sans l'accord des salariés concernés, les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail » ; Cass. soc., 13 novembre 2001, n° 99-42978, Bull. civ. V, n° 340 « Mais attendu qu'un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié ; que seules les dispositions les plus favorables d'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat ; que la Cour d'appel ayant relevé que la rémunération résultant de l'accord collectif était moins favorable au salarié que celles prévues par le contrat a exactement décidé de ne pas appliquer les dispositions de l'accord ».

⁶⁴⁶ G. COUTURIER, *Droit du travail*, *op. cit.* ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p.1374, n° 1321.

⁶⁴⁷ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

Dès lors, tant l'article L. 2242-23 du Code du travail relatif à la mise en œuvre des accords de mobilité interne que l'article L. 5125-2 alinéa 2 du Code du travail⁶⁴⁸ relatif aux accords de maintien de l'emploi disposent que « Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues ».

La question soulevée est alors celle de la détermination des « clauses du contrat de travail contraires », ce qui inclut également la problématique de l'étendue de l'effet automatique de l'accord. Ainsi, semblerait-il que, puisque l'accord concerné porte sur la mobilité interne, les clauses contraires soient celles relatives à la mobilité ou au lieu de travail⁶⁴⁹. Ainsi, les clauses contractuelles contraires à l'accord collectif sont-elles suspendues automatiquement, l'assentiment du salarié n'est pas requis (l'assentiment du salarié étant simplement requis pour l'application de l'accord collectif)⁶⁵⁰. L'influence de l'accord collectif se positionne, dans ce cas, non seulement sur le contenu contractuel, mais surtout sur l'exécution du contrat de travail.

Cette différence conforte la différence entre phénomène d'influence et hiérarchie des normes : alors que la hiérarchie des normes raisonne principalement en termes de validité et de conformité d'une norme à la source qui lui est supérieure, le phénomène d'influence agit sur le contenu contractuel et sur son exécution. En ce sens, le phénomène d'influence est dynamique.

187. La dynamique de l'influence de l'accord sur le contrat de travail est donc caractérisée par la suspension des clauses contraires lors de la mise en œuvre d'un accord de mobilité interne ou d'un accord de maintien de l'emploi⁶⁵¹. Ainsi, une fois l'accord du salarié recueilli, les dispositions de l'accord applicable (mobilité interne ou maintien de l'emploi)

⁶⁴⁸ C. trav. art. L.5125-2 al. 2, « Pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord mentionné à l'article L.5125-1 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci ».

⁶⁴⁹ P. LOKIEC, « La face cachée des accords de mobilité interne », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1587, p. 5, spéc. p. 6.

⁶⁵⁰ P.-H. ANTONMATTEI, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », Dr. social 2013, p. 794, spéc. p. 796. : « La suspension ne dépend pas de l'acceptation par le salarié de la mobilité proposée en application de l'accord : elle est automatique ».

⁶⁵¹ C.trav., art. L.5125-2 al. 1 : « L'accord mentionné à l'article L. 5125-1 détermine les modalités selon lesquelles chaque salarié est informé de son droit d'accepter ou de refuser l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail. A défaut, cette information est faite par l'employeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception précisant que le salarié dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le salarié, en l'absence de réponse dans ce délai, est réputé avoir accepté l'application de l'accord à son contrat de travail ».

bénéficieraient d'une impérativité renforcée⁶⁵² et suspendraient les clauses contractuelles contraires.

La question de la détermination des clauses contractuelles concernées se pose alors. C'est pourquoi, il est intéressant de développer plus longuement la situation qu'impose l'article L. 2242-23 du Code du travail relatif aux accords de mobilité interne.

Dans le cadre de difficultés économiques, la mise en œuvre d'un accord de mobilité interne crée un conflit de norme qui ne demande pas le recours au principe de faveur : les dispositions de l'accord s'imposent au salarié.

En ce sens, la clause de mobilité, initialement contractuelle, se trouve suspendue du fait de la mise en œuvre de l'accord. Conserve-t-elle sa nature « d'élément essentiel du contrat de travail » ? Cette qualification de la clause, assurant protection au salarié qui doit être obligatoirement consulté avant sa modification, met à mal le pouvoir de résistance du contrat à la source négociée. La clause étant suspendue, le salarié semblerait contraint de se soumettre à l'accord. Toutefois, l'application de l'accord n'a pas uniquement vocation à contraindre le contrat de travail : le refus opposé par le salarié n'entraîne plus un licenciement pour motif disciplinaire, mais un licenciement pour motif économique, ce qui suppose notamment une obligation de reclassement et des mesures d'accompagnement qui incombent à l'employeur⁶⁵³.

La suspension imposée des clauses contractuelles contraires renforce le phénomène d'influence de l'accord collectif qui, dans ce cas, entrave la capacité de résistance du salarié, ce dernier pouvant généralement s'opposer à une modification d'une disposition contractualisée.

⁶⁵² Sur la prévalence des dispositions des accords collectifs qui se rattachent à l'emploi et à la préservation de l'emploi dans l'entreprise, V. J.-D. COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au premier ministre, septembre 2015, proposition n° 42 : « Institution d'une règle faisant prévaloir, dans l'intérêt général et collectif des salariés pour l'emploi, les accords collectifs préservant l'emploi sur les contrats de travail ».

⁶⁵³ P. LOKIEC, « La face cachée des accords de mobilité interne », article précité, spéc. p. 6 : « suivant une logique bien connue en droit du travail, la conclusion de tels accords permettrait de déplacer du niveau individuel (la clause de mobilité) vers le niveau collectif (l'accord de mobilité interne) la négociation sur la mobilité, avec la perspective de garanties supérieures pour les salariés ».

2. Le rejet de la nullité des clauses contractuelles contraires

188. De manière générale, le législateur n'a jamais clairement affirmé que les clauses contractuelles contraires aux dispositions conventionnelles doivent être déclarées nulles. Quant au juge, il déclare souvent « non écrites » les clauses litigieuses et les remplace par les dispositions de la convention collective en vigueur⁶⁵⁴. La sanction prononcée, le salarié peut se libérer des obligations prévues par la clause contractuelle litigieuse. Si le terme de « nullité » n'a jamais été employé au sujet des clauses du contrat de travail contraires à la convention collective, c'est parce que le contrat de travail tout entier pourrait, en vertu de l'article 1172 du Code civil⁶⁵⁵, souffrir de nullité. Cette nullité priverait alors le salarié de son emploi⁶⁵⁶.

Aussi, tant les jurisprudences de la Cour de cassation que celle des Cours d'appel ont pu appliquer, de manière subtile, ce principe de non-nullité. Ainsi, en 1964⁶⁵⁷, la Cour d'appel de Rouen a-t-elle rappelé l'impossibilité de déclarer nulles les clauses contraires à la convention collective, car dès la disparition de la convention collective, les clauses contraires écartées provisoirement, reprennent leur empire.

Vingt-deux ans après cet arrêt, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu également refuser de déclarer nulle une clause de non-concurrence sans contrepartie financière, alors que la demande de nullité émanait de l'une des

⁶⁵⁴ G. COUTURIER, *Droit du travail, op. cit.* ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, 3e éd., L.G.D.J., 1993, p. 67, n° 87, et p. 98, n° 117 ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1337, n° 1279 ; V. Cass. soc., 13 janvier 1998, *Société européenne de sélection (SES) c/ Mme Saddok*, n° 95-41480, Bull. civ. V, n° 6, p. 5 ; D. 1999, p. 159, note Chr. BOURRIER et N. BOUCHE.

⁶⁵⁵ C. civ. art., 1172, « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ».

⁶⁵⁶ Chr. BOURRIER, N. BOUCHE, « La sanction des clauses contractuelles contraires à une convention collective », Rec. D. 1999, p. 159 ; M. DESPAX, *Traité de droit du travail, Conventions collectives*, Dalloz, 1966, p. 34, n° 20, p. 77-78, n° 54 ; P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 3, Dalloz, 1956, n° 204, p. 579.

⁶⁵⁷ CA Rouen, 9 janvier 1964, JCP 1964, II, n° 13772, note A. ROUAST ; Y. CHALARON, « Conventions et accords collectifs », J.-Cl. Travail, fasc. 19-20, 1989, p. 4, n° 5 ; sous la réserve aussi du maintien des avantages individuels acquis.

parties⁶⁵⁸. La convention collective avait à l'époque, avant même les arrêts du 10 juillet 2002⁶⁵⁹, déjà fait de cet élément une condition de validité de la clause⁶⁶⁰.

Cependant, le principe de l'exception à la règle fait que la nullité d'une clause peut être prévue par la convention collective applicable. Cette exception a permis aux magistrats de la Cour de cassation de qualifier nulle une clause, au motif que la convention collective prévoyait cette sanction⁶⁶¹. Une telle décision a également pu être rendue au sujet du renouvellement d'une période d'essai⁶⁶². En ce sens, l'influence de la convention collective sur le contrat de travail peut conduire à la nullité de clauses contractuelles. Il s'agit de l'une des manifestations les plus intenses de cette influence de la source sur le contrat de travail.

⁶⁵⁸ Cass. soc., 5 mars 1986, n° 83-44804, Bull. civ. V, n° 56, « cet article n'a pas prévu la nullité de la clause de non concurrence en cas d'absence de contrepartie pécuniaire et que, dès lors, la société Papeteries Leroy était en droit de s'en prévaloir la Cour d'appel a violé le texte susvisé » ; Cass. soc., 2 avril 1981, Bull. civ. V, n° 316 ; Cass. soc., 13 janvier 1998 ; D. 1999, p. 159, note Chr. BOURRIER et N. BOUCHE.

⁶⁵⁹ Cass. soc., 10 juillet 2002, *Moline et a. c/ Sté MSAS cargo international*, 3 arrêts, n° 99-43334 et 99-43336, Bull. civ. V, n° 239 ; D. 2002, Jur. p. 2491, note Y. SERRA, Somm. p. 3111, obs. J. PÉLISSIER, et 2003, Somm. p. 1222, obs. B. THULLIER ; RJS 10/02, n° 1119 ; Sem. sociale Lamy, n° 1085, p. 9, obs. A. CHIREZ ; R. VATINET, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia », Dr. social 2002, p. 949 ; G. P. QUÉTANT, « Contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, revirement et rétroactivité, les prud'hommes font de la résistance », Lamy Social 2003, n° 132, p. 4. Selon ces arrêts, La clause de non-concurrence n'est licite que si « elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ».

⁶⁶⁰ Cass. soc., 13 janvier 1998, n° 95-41480, Bull. civ. V, n° 6, p. 5 ; D. 1999, p. 159, obs. Chr. BOURRIER et N. BOUCHE. La Cour de cassation exige une contrepartie financière non dérisoire. La particularité de cet arrêt réside dans le fait que la Cour de cassation a jugé nulle une clause de non-concurrence, car elle estimait dérisoire le montant de la contrepartie financière, alors même que la convention collective ne prévoyait pas de montant minimum à verser en cas de mise en œuvre de ladite clause.

⁶⁶¹ Cass. soc., 13 janvier 1998, *op. cit.* ; Cass. soc., 17 mars 1970, n° 69-40223, Bull. civ. V, n° 198 ; Cass. soc., 18 décembre 1972, n° 72-40068, Bull. civ. V, n° 695 ; Cass. soc., 12 avril 1995, n° 91-44014 ; Cass. soc., 3 mai 1984, n° 82-40410, Bull. civ. V, n° 166 ; Cass. soc., 2 avril 1981, n° 79-40526, Bull. civ. V, n° 315.

⁶⁶² Cass. soc., 26 septembre 2012, n°11-11444, *op. cit.*

B. La substitution des clauses conventionnelles aux clauses contractuelles

189. Tant doctrinal⁶⁶³ que jurisprudentiel⁶⁶⁴, le principe de substitution des dispositions conventionnelles aux clauses contractuelles reste, de manière générale, la principale sanction des clauses moins favorables à la convention collective. La substitution va donc opérer le remplacement des clauses contractuelles concernées par les dispositions conventionnelles correspondantes, sans pour autant rendre nulle la clause contractuelle concernée.

La substitution n'est pas une mise en conformité de la clause contractuelle : la clause substituée ne souffre pas de nullité, mais juste de mise en sommeil le temps que la convention collective reste en vigueur.

La substitution opérée par la convention collective peut également compléter le contrat de travail qui aurait omis de préciser certains points tels les conditions de travail ou le salaire⁶⁶⁵.

Cependant, la sanction par la substitution des clauses contractuelles contraires à la convention collective ne doit pas être confondue avec le principe de faveur, méthode de résolution de conflit de normes, qui permet de déterminer la norme la plus favorable au salarié et donc la norme qui sera appliquée.

Toutefois, il n'est pas exclu que la clause contractuelle contraire à la convention collective soit déclarée nulle. Cette nullité s'impose lorsque la clause, illicite par nature, ne trouve aucune substitution dans les dispositions de la convention collective. La Chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet, dans un arrêt rendu le 28 septembre 2011⁶⁶⁶.

Dans cet arrêt, la question était de savoir si « une convention collective, postérieure à la stipulation d'une clause contractuelle de non-concurrence nulle, car limitant l'octroi d'une

⁶⁶³ V. J. SAVATIER, « Application à la durée d'une période d'essai de l'effet immédiat des conventions collectives », *Dr. social* 1998, p. 12 ; Chr. BOURRIER, N. BOUCHE, « La sanction des clauses contractuelles contraires à une convention collective », article précité ; Y. CHALARON, « Conventions et accords collectifs », article précité ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1374, n° 1322.

⁶⁶⁴ Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 95-40280, *Bull. civ. V*, n° 386 ; Cass. soc., 17 juillet 2001, *Mazellier c/ UAP et AXA c/ Mazellier*, n° 98-42310 et n° 98-42369, *Bull. civ. V*, n° 273, p. 219 ; *Dr. social* 2001, p. 1017, obs. Chr. RADÉ ; *RJS* 11 janvier, n° 1282.

⁶⁶⁵ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1374, n° 1322.

⁶⁶⁶ Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 09-68537, *Bull. civ. V*, n° 196 ; note Fl. CANUT, « Nullité de la clause de non-concurrence et convention collective postérieure », *Sem. soc. Lamy*, 7 novembre 2011, n° 1512, p. 10 ; *contra* Cass. soc., 4 février 2009, n° 07-44560 ; *D.* 2009, p. 1441, obs. S. ROBINNE : « La disposition de l'accord collectif relative à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence résultant d'un avenant postérieur à la conclusion du contrat de travail qui n'en prévoyait pas, s'appliquait de plein droit, dès lors que le contrat de travail, qui comportait une clause de non-concurrence, se référait à cet accord ».

contrepartie financière à certaines hypothèses de rupture du contrat, permet — [elle] de valider cette dernière [?] »⁶⁶⁷. Alors que la Cour d'appel de Lyon se prononce en faveur de la substitution des dispositions contractuelles illicites par les dispositions conventionnelles en vigueur au moment de la rupture, la Chambre sociale de la Cour de cassation, quant à elle, effectua un revirement de jurisprudence. Ainsi, a-t-elle décidé que « la validité de la clause de non-concurrence doit être appréciée à la date de sa conclusion et que la convention collective intervenue postérieurement ne peut avoir pour effet de couvrir la nullité qui l'affecte ».

Dès lors, si la Cour d'appel a privilégié la thèse de l'application du principe de faveur au profit du salarié, la Cour de cassation a finalement décidé qu'il n'en était rien. Les dispositions d'une convention collective postérieure à la conclusion d'une clause contractuelle illicite ne peuvent donc pas se substituer à cette dernière.

190. L'influence de la convention collective sur le contrat de travail se manifeste donc évidemment par la méthode de substitution des clauses contractuelles illicites par les dispositions conventionnelles correspondantes : elle contrevient, en apparence, au principe de non-incorporation de la source conventionnelle au contrat de travail.

Dès lors que la convention collective est antérieure à la conclusion du contrat de travail, le phénomène d'influence devient intrusif : il permet à la convention collective d'opérer une suspension, une mise à l'écart des dispositions contractuelles qui ne lui sont pas conformes, sans pour autant s'y incorporer.

Ainsi, le phénomène d'influence va-t-il jusqu'à modifier la validité des clauses contractuelles. En effet, analysées isolément, il est possible que les clauses contractuelles soient licites ; c'est leur confrontation à la norme négociée qui remet en cause leur licéité.

191. L'influence de la source négociée sur le contrat de travail puise sa force et sa légitimité dans ses fondements et ses effets sur la forme, mais surtout sur le contenu contractuel. En effet, dès lors que la convention collective peut suspendre des clauses contractuelles qui lui sont contraires, il est possible d'affirmer que la source négociée exerce une puissance incontestable. Ainsi, les manifestations les plus probantes de cette influence sont-elles celles qui concernent l'aménagement du temps de travail.

⁶⁶⁷ FI. CANUT, «Nullité de la clause de non-concurrence et convention collective postérieure», article précité.

Section 2. Les manifestations de l'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail

192. En matière d'aménagement du temps de travail, la France présente une originalité par rapport à ses voisins de l'Union européenne. Ainsi, alors que la majorité des pays européens et occidentaux règlent leur durée du travail par voie conventionnelle, la France a opté pour un régime qui pourrait être qualifié d'hybride : entre régime légal et réglementaire d'ordre public social, il laisse pour autant une place à la négociation collective entre partenaires sociaux.

Dès lors, cette large place laissée aux partenaires sociaux dessine de façon plus précise l'articulation entre sources de droit négocié et contrat de travail. De ce fait, dès 1982 et les « Lois Auroux »⁶⁶⁸, l'aménagement du temps de travail impose davantage de souplesse et provoque une nouvelle complexité dans l'organisation du temps de travail. Les principales et plus importantes manifestations de l'influence de la source conventionnelle sur le contrat de travail sont celles des accords d'aménagement du temps de travail (§1) qui ont une incidence toute particulière sur la rémunération (§2).

⁶⁶⁸ Loi n° 82-689 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (promulguée le 4 août 1982) ; Loi n° 82-915 relative au développement des institutions représentatives du personnel (promulguée le 28 octobre 1982) ; Loi n° 82-957 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail (promulguée le 13 novembre 1982) ; Loi n° 82-1097 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (promulguée le 23 décembre 1982).

§1. Les manifestations de l'influence des accords d'aménagement du temps de travail sur le contrat de travail

193. L'influence des dispositions relatives à l'aménagement du temps de travail sur le contrat de travail est impulsée par la source légale d'une part, en lui déléguant les modalités d'application de l'accord (A) et d'autre part, en prévoyant pour certaines hypothèses d'aménagement du temps de travail, que l'accord ne modifie pas le contrat de travail (B).

A. L'influence de l'aménagement du temps de travail déléguée à la négociation collective

194. La répartition et l'aménagement des horaires de travail sont prévus par les articles L. 3121-1 et suivants du Code du travail. Bien que les dispositions légales permettent de rendre possibles de telles articulations entre contrat de travail et accord collectif, la mise en place d'un aménagement du temps de travail nécessite l'existence d'un accord collectif (1). Toutefois, l'application des dispositions conventionnelles peut nécessiter l'accord du salarié, notamment lors de la mise en place d'une convention de forfait (2).

1. L'influence de l'accord collectif impulsé par la loi

195. En matière d'aménagement du temps de travail, l'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail est particulièrement tangible depuis la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000⁶⁶⁹. Ainsi, la loi a-t-elle mis au premier plan « la mise en place d'une nouvelle politique de l'emploi, fondée sur une forte incitation à la négociation collective, permettant aux entreprises de conjuguer la réduction du temps de travail et la réorganisation de l'entreprise en vue de moderniser ou d'actualiser l'organisation de l'activité économique »⁶⁷⁰. Dès lors, le

⁶⁶⁹ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *op. cit.* la volonté manifeste de cette loi était de déléguer l'aménagement du temps de travail à la négociation collective.

⁶⁷⁰ M-A MOREAU, «Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail», RJS 4/2000, p. 247 ; V. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « L'incidence d'une modification de la durée et de l'aménagement du temps de travail sur le contrat de travail », JSL 2001, n°85 , p. 7.

législateur exigeant seulement la conclusion d'un accord collectif préalable⁶⁷¹, la production normative en matière d'aménagement du temps de travail est confiée à la négociation collective. Ainsi, les partenaires sociaux se sont-ils approprié « bon gré mal gré, la problématique du temps de travail »⁶⁷².

196. L'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail a donc été autorisée par le législateur. En d'autres termes, en déléguant son pouvoir normateur, la loi a renforcé la force de l'accord collectif qui peut, grâce à son effet impératif et son effet automatique, organiser l'aménagement du temps de travail des contrats de travail concernés par l'accord collectif.

Cette délégation de pouvoir et cet accroissement d'influence se sont perpétués avec la loi du 20 août 2008 « portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail »⁶⁷³. Issue d'une « Position commune »⁶⁷⁴, cette loi a permis aux partenaires sociaux de « concilier les besoins économiques et les besoins des salariés au plus près des réalités de l'entreprise »⁶⁷⁵. Pour ce faire, la loi a abordé notamment les thèmes des heures supplémentaires, du régime du forfait-heure et du forfait-jour, de la répartition du temps de travail et du temps partiel.

Dès lors, la loi ne fait qu'autoriser l'aménagement du temps de travail et renvoie aux partenaires sociaux le soin d'en préciser les modalités. En ne prescrivant que le régime de base, elle marque une évolution dans l'articulation des sources du droit au profit de l'accord collectif sur les dispositions contractuelles⁶⁷⁶.

D'abord en matière de répartition et d'aménagement des horaires⁶⁷⁷, la loi ne fait que prévoir et encadrer globalement les dispositions qui s'y rapportent⁶⁷⁸ : elle intègre au Code du travail

⁶⁷¹ M.-A. MOREAU, «Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail», article précité, spéc. p. 248. L'auteur explique que dans un souci de protection des travailleurs, l'exigence légale d'un accord collectif préalable « est alors justifiée par le fait que le législateur se refuse à introduire une dérogation générale sans avoir, dans la branche professionnelle ou dans l'entreprise, l'accord des partenaires sociaux » ; V. égal. M. MORAND, « Accord collectif de réduction du temps de travail et modifications du contrat », LPA.19 janv. 2000, n° 13, p. 83 ; M. MORAND, « Un licenciement sans motif ! », JCP E 2000, n° 14, p. 596.

⁶⁷² S. FROSSARD, «Les incidences des transformations du temps de travail», Dr. social 2006, p. 999.

⁶⁷³ LOI n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁶⁷⁴ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁶⁷⁵ A. CHAUSSADE, «L'aménagement du temps de travail sur tout ou partie de l'année», option finance, n° 1028, 11 mai 2009, p. 30.

⁶⁷⁶ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail », Sem. soc. Lamy, suppl, n° 1477, 31 janvier 2011, p. 137, spéc. p. 138.

⁶⁷⁷ G. VACHET, «Modulation du temps de travail et contrat de travail», note sous Cass. soc, 28 septembre 2010, Semaine juridique - entreprise et affaire, n° 29, 21 juillet 2011, p. 52, spéc. p. 53.

⁶⁷⁸ Chapitre II, «Répartition et aménagement des horaires», Titre II, «Durée du travail, Répartition et aménagement des horaires, Livre 1er, «Durée du travail, repos et congés», Troisième partie, «Durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale».

la possibilité de faire varier le temps de travail sur une durée supérieure à une semaine et au plus égale à l'année, tout en déléguant à l'accord collectif (ou au décret⁶⁷⁹) le soin d'en définir les modalités⁶⁸⁰.

Ensuite, au sujet des heures supplémentaires, la loi a permis la détermination du contingent d'heures supplémentaires par un accord collectif signé au niveau de l'entreprise dont le contenu peut même être contraire à un accord de branche⁶⁸¹. L'objectif de ce dispositif est d'équilibrer le temps de travail face aux différentes périodes d'activité de l'entreprise, à savoir réduire le recours aux heures supplémentaires en période de forte activité ainsi que le recours au chômage partiel lorsque l'activité de l'entreprise décroît. La rémunération est alors lissée sur la période concernée du fait du déclenchement des heures supplémentaires dès lors que le salarié travaille en moyenne plus de 35 heures par semaine⁶⁸².

⁶⁷⁹ A. TEISSIER, «Réforme du droit de la durée du travail: un dispositif unique d'aménagement conventionnel du temps de travail», JCP S. n° 48, 25 novembre 2008, p. 10, spéc. p. 11 : la loi renvoie à un décret le soin de définir des modalités d'aménagement du temps de travail, auxquels il ne pourra être recouru qu'« à défaut d'accord collectif ».

⁶⁸⁰ C. trav., art. L.3122-2 modifié par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 - art.20 (V) : «Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. Il prévoit : 1° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail ; 2° Les limites pour le décompte des heures supplémentaires ; 3° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

Lorsque l'accord s'applique aux salariés à temps partiel, il prévoit les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail.

Sauf stipulations contraires d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaires est fixé à sept jours.

A défaut d'accord collectif, un décret définit les modalités et l'organisation de la répartition de la durée du travail sur plus d'une semaine».

⁶⁸¹ C. trav., art. L.3122-4 : «Lorsqu'un accord collectif organise une variation de la durée de travail hebdomadaire sur tout ou partie de l'année ou lorsqu'il est fait application de la possibilité de calculer la durée du travail sur une période de plusieurs semaines prévue par le décret mentionné à l'article L. 3122-2 constituent des heures supplémentaires, selon le cadre retenu par l'accord ou le décret pour leur décompte: 1° Les heures effectuées au-delà de 1 607 heures annuelles ou de la limite annuelle inférieure fixée par l'accord, déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire éventuellement fixée par l'accord et déjà comptabilisées;

2° Les heures effectuées au-delà de la moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence fixée par l'accord ou par le décret, déduction faite des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire fixée, le cas échéant, par l'accord ou par le décret et déjà comptabilisées ». V. Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 11-17644, n° 11-17645, n° 11-17646, n° 11-17647 ; D. 2013, p. 2703 : « il résulte de ces dispositions que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne peut être supérieur au plafond de 1 607 heures de travail par an, quand bien même le salarié n'aurait pas acquis l'intégralité de ses droits à congés payés au titre de la période de référence prévue par l'accord ».

⁶⁸² Th. LAHALLE, *L'employeur et le droit du travail, pouvoir de gestion, pouvoir de direction*, Lamy, coll. Axe droit, 2012, p. 173, n° 195.

Enfin, concernant les conventions de forfait, la loi a donné naissance aux conventions de forfait-jours qui, au moyen d'un accord dérogatoire⁶⁸³ au régime des heures supplémentaires⁶⁸⁴, permettent pour certaines catégories de cadres une comptabilisation du temps de travail en jours⁶⁸⁵.

L'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail est définitivement effective depuis la loi du 20 août 2008. Toutefois, cette influence à fort pouvoir prescriptif, laisse une liberté au salarié qui ne lui est pas nécessairement bénéfique.

En effet, alors que la réforme du temps de travail laisse une importante marge au salarié en termes de gestion de travail personnel, il est possible qu'elle soit un frein au pouvoir d'achat. Par exemple, la modulation du temps de travail et l'application des conventions de forfait-jours excluent (ou reportent à la fin de la période donnée) l'indemnisation des heures supplémentaires. En ce sens, l'accord collectif peut desservir le contrat individuel au profit de la flexibilité du temps de travail.

Ainsi, la question du lissage de la rémunération sur une période, plus ou moins longue, peut-elle poser certaines questions notamment celle de la porosité des éléments essentiels du contrat de travail en général et celle de la rémunération en particulier.

Or, les dispositions relatives aux conventions individuelles de forfait ne peuvent pas modifier le contrat de travail : l'accord du salarié est nécessairement requis⁶⁸⁶. En ce sens, il est possible de se demander : dans quelle mesure la convention individuelle de forfait prend-elle le pas sur le contrat de travail, alors que l'accord du salarié est nécessaire à sa mise en œuvre?

⁶⁸³ C. trav. art. L.3121-39 : «La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions».

⁶⁸⁴ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., p. 291, n° 432.

⁶⁸⁵ En plus des conditions posées à l'article L. 3121-39, la jurisprudence a ajouté, sous peine de nullité de la convention, l'exigence de la garantie du respect des durées maximales de travail et des droits au repos journaliers et hebdomadaires. Dès lors, de nombreux accords collectifs ont été remis en cause par la Cour de cassation qui estimait qu'ils ne garantissaient pas les durées maximales de travail ni les droits au repos minimaux en ce que la charge et l'amplitude de travail n'étaient pas suffisamment contrôlées et qu'il était difficile de savoir si elles restaient raisonnables. V. Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-23230 et n° 13-22890, D. 2015, p. 163 ; RDT 2015, p. 195, note G. PIGNARRE ; Sur l'obligation de garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires, V. Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71107, D. 2011. Actu. p. 1830, et 2012. Pan. 901, obs. J. PORTA; RDT 2011, p. 474, Controverse B. VAN CRAEYNEST et P. MASSON, et 481, étude M.-F. MAZARS, S. LAULOM et C. DEJOURS ; Cass. soc., 11 juin 2014, n° 11-20985, Bull. civ. V, n° 137 ; D. 2014. Actu. p. 1331.

⁶⁸⁶ C. trav. art. L.3121-40 : «La conclusion d'une convention individuelle de forfait requiert l'accord du salarié. La convention est établie par écrit».

2. L'influence de l'accord collectif limitée par l'accord du salarié

197. Le droit du travail est ambivalent⁶⁸⁷. C'est grâce à l'exigence d'autorisation du salarié que s'organise l'articulation entre la convention collective, la convention de forfait (heures ou jours) et le contrat de travail : la convention de forfait doit résulter d'un accord entre les parties dont l'employeur doit apporter la preuve⁶⁸⁸ et le recours à la convention de forfait doit être posé par la convention collective⁶⁸⁹. Ce dernier critère de validité de la convention individuelle de forfait rappelle l'influence de la convention collective sur le contrat de travail : les parties ne peuvent, en dépit de dispositions conventionnelles, recourir au système du forfait-jour⁶⁹⁰.

198. L'exigence de l'accord du salarié et de la mention du forfait-jour dans la convention collective relance la question de l'autonomie de la volonté des parties au contrat de travail. Ainsi, l'autonomie entre contenu contractuel et autorité de l'accord collectif semble-t-elle maintenue lorsque la Chambre sociale de la Cour de cassation décide que les parties au contrat peuvent renoncer tacitement à l'application d'une clause de forfait-jours, alors même qu'elles l'auraient fait figurer dans leur contrat de travail⁶⁹¹.

Or, la question de l'aménagement du temps de travail suscite toujours des questions relatives à la modification du contrat de travail. Dès 2010, Hervé GOSSELIN s'interrogeait sur la détermination des modalités d'aménagement du temps de travail qui constituent des modifications du contrat de travail (hormis accords de réduction du temps de travail)⁶⁹². Le législateur s'est clairement positionné quelques années après avec la loi Warsmann en 2012 puis la loi de sécurisation de l'emploi en 2013.

⁶⁸⁷ A. JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », *in Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 15.

⁶⁸⁸ Cass, soc., 6 juillet 1999, n° 96-45512.

⁶⁸⁹ Cass, soc., 10 mars 2004, n° 01-46886, Bull. civ. V, n° 77, p. 70 ; Cass, soc., 9 avril 2008, n° 07-41418, Bull. civ. V, n° 82.

⁶⁹⁰ Cass, soc., 31 mars 1998, n° 96-41878 et n° 96-44100, Bull. civ. V, n° 184, p. 134 : Une convention de forfait ne peut être instaurée par un usage d'entreprise.

⁶⁹¹ Cass, soc., 17 décembre 2014, n° 13-20684 ; RDT 2015, p. 195, note G. PINARRE.

⁶⁹² H. GOSSELIN, «Le temps de travail», *Dr. social* 2010, p. 374, spéc. p. 378 : « la question de savoir quelles modalités d'aménagement du temps de travail constituent des modifications est donc cruciale, sous l'empire de la loi du 20 août 2008, notamment lorsque ces modifications résultent de l'application d'un accord d'entreprise et bien sûr, lorsqu'elles ne sont plus liées à la mise en œuvre d'une réduction du temps de travail ».

199. En matière d'aménagement du temps de travail, la force de l'influence de l'accord d'entreprise est déterminée par le législateur qui impose la modification du contrat de travail ou *a contrario* l'assentiment du salarié. Cette inscription au Code du travail peut parfois être le résultat d'une divergence d'opinions entre juge et législateur⁶⁹³. Dès lors, il s'agit d'une volonté affichée par le législateur de donner davantage d'amplitude à l'influence de l'accord collectif en dépit d'une jurisprudence contraire. Ainsi, l'accord du salarié dans l'hypothèse de la mise en place d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail devient-il de plus en plus marginal au profit d'une impérativité de l'accord collectif toujours plus croissante.

B. La mise à l'écart de l'accord du salarié

200. L'effet impératif et l'influence de la source collective sur le contrat de travail sont parfois directement prévus par le législateur. Ainsi, à titre d'exemple, au sujet de la mise en place des accords de réduction du temps de travail, le législateur a-t-il inséré au Code du travail les articles L. 1222-7 et L. 1222-8 en vertu desquels l'instauration d'un accord de réduction du temps de travail ne modifie pas le contrat de travail et son refus par le salarié implique un licenciement pour motif personnel. Dans ce contexte, le contrat de travail perd toute capacité de résistance à la source collective (1). Cette perte de résistance emporte des conséquences particulièrement radicales, notamment dans le cas du refus de l'application d'un accord de maintien de l'emploi (2).

⁶⁹³ Cass, soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, Bull. civ. V, n° 197 ; D. 2011, p. 219, obs. C. DECHRISTÉ, note S. FROSSARD ; *ibid.* p. 1246, obs. G. BORENFREUND, E. DOCKÈS, O. LECLERC, E. PESKINE, J. PORTA, L. CAMAJI, T. PASQUIER, I. ODOUL ASOREY et M. SWEENEY ; Dr. social 2011, p. 151, note J. BARTHÉLÉMY ; RDT 2010, p. 725, obs. Fl. CANUT.

1. L'application des accords d'aménagement du temps de travail ne modifiant pas le contrat de travail

201. La question de la modification du contrat de travail lors de l'application d'un accord d'aménagement du temps de travail a été posée dès la loi du 19 janvier 2000. Il aurait été aisé de penser que cette question impliquant d'une part, la possibilité pour le salarié de refuser l'application de l'accord et d'autre part, les conséquences de son éventuel refus, soit isolée et uniquement réservée à l'hypothèse de l'application d'un accord de réduction du temps de travail (a). Toutefois, la solution a été étendue de manière plus ou moins similaire à l'application de tous les accords d'aménagement du temps de travail, confirmant l'influence de la source collective sur le contrat de travail (b).

a) Un régime initialement réservé aux accords de réduction du temps de travail

202. La loi relative à la réduction du temps de travail a soulevé le problème de la prise en compte de la volonté du salarié et de la modification de son contrat de travail, dans le cadre de la mise en place d'un accord de réduction du temps de travail. En ce sens, l'article L. 1222-7 écarte tout doute autour des conséquences de la mise en place d'un accord de réduction du temps de travail.

En disposant que « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail », cet article est contrevenu à la logique que devait imposer la mise en place d'un tel accord. En effet, la modification de la durée du travail constituant normalement une modification du contrat de travail, le législateur a introduit une exception à ce principe⁶⁹⁴. Dès lors, l'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail est claire : la modification du nombre d'heures de travail est considérée comme une simple modification des conditions de travail du salarié, à condition que cette réduction n'entraîne pas une baisse de la rémunération.

⁶⁹⁴ Ph. FLORÈS, « Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail », article précité, spéc. p. 13 : « c'est donc bien parce qu'il avait conscience que la modification de la durée du travail pouvait constituer une modification du contrat de travail que le législateur a introduit l'exception prévue par l'article L. 1222-7 du Code du travail ».

203. L'influence de l'accord de réduction du temps de travail est d'autant plus percutante que l'article L. 1222-8 dispose que « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique. Il est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel ». Cette articulation invite à « la célébration de l'accord collectif d'entreprise »⁶⁹⁵ et ses conséquences sont doubles : il ébranle la capacité de résistance du contrat de travail et prive le salarié concerné des avantages offerts par la procédure de licenciement pour motif économique (notamment les mesures d'accompagnement prévues en présence d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi).

D'une part, la rigueur des conséquences de l'accord renforce l'influence de ce dernier au détriment de la résistance du contrat de travail⁶⁹⁶. En effet, l'application de l'accord s'impose quasiment au salarié. S'il refuse la modification engendrée par l'accord, il peut être confronté à un licenciement : « l'accord collectif ne pourra parfois laisser d'autres alternatives au salarié que de se soumettre ou de se démettre »⁶⁹⁷. Dans cette configuration, l'emprise exercée sur le contrat va au-delà d'un simple rapport hiérarchique entre la source collective et le contrat de travail.

D'autre part, le licenciement prévu en cas de refus du salarié est un licenciement *sui generis*⁶⁹⁸ qui est supposé ne pas être un licenciement pour motif économique et être doté d'une cause réelle et sérieuse. En ce sens, le salarié « ne peut même plus discuter le motif »⁶⁹⁹ de son licenciement⁷⁰⁰ ; la simple mention de l'accord dans la lettre de motivation suffit à donner une cause réelle et sérieuse au licenciement⁷⁰¹.

La justification du licenciement est simple et le contrôle du juge limité : il se résume à la vérification de l'existence de l'accord de réduction du temps de travail, indépendamment de toute difficulté économique avérée.

⁶⁹⁵ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », Dr. social 2014, p. 438.

⁶⁹⁶ M.-A. MOREAU, « Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail », article précité, p. 256 : « sur le terrain du régime de ce licenciement, il est clair que l'accord collectif prime en fait sur le contrat en raison de la rigueur des conséquences attachées au refus de la modification ».

⁶⁹⁷ M. MORAND, « Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail », Dr. social 2009, p. 900, spéc. p. 905.

⁶⁹⁸ V. M. MORAND, « Licenciement *sui generis*, entre précisions et interrogations », Sem. soc. Lamy 2006, n° 1260, p. 7.

⁶⁹⁹ Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », RDT 2012, p. 677.

⁷⁰⁰ V. Cass. soc., 23 septembre 2009, Dr. ouvrier 2010, p. 57, obs. P. ITURRIOZ et le rapport ROUILLEAULT, *L'emploi au sortir de récession*, p. 166 ; RDT 2011, p. 312, obs. M. KOCHER.

⁷⁰¹ Cass. soc., 15 mars 2006, n°s 05-42946, 04-40504 et 04-41935, D. 2006, p. 946, obs. J. PÉLISSIER, B. LARDY-PÉLISSIER et B. REYNÈS ; RDT 2006, p. 96, obs. M. VÉRICEL.

L'article L. 1222-8 du Code du travail a été instauré par le législateur pour permettre le renfort de la puissance de l'accord collectif sur le contrat de travail⁷⁰². En effet, dès lors qu'il s'agit de renforcer la négociation collective et la négociation d'entreprise, le contrat de travail peut voir sa force de résistance décliner. L'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail est octroyée par le législateur qui œuvre pour son renfort dans tous les domaines de l'aménagement du temps de travail, au risque de rencontrer des opposants chez les juges de la Cour de cassation.

b) Un régime étendu à tous les accords d'aménagement du temps de travail

204. En rendant un arrêt lourd de conséquences le 28 septembre 2010⁷⁰³, la Chambre sociale de la Cour de cassation a suscité une vive réaction du législateur⁷⁰⁴ : la rédaction de l'article L. 3122-6 du Code du travail.

L'arrêt concerné était relatif à l'application d'un accord de modulation du temps de travail au contrat de travail d'un salarié d'une entreprise agricole.

Dans les faits, un salarié avait été engagé le 2 janvier 1989 en CDI avant que son contrat de travail ne soit transféré le 2 janvier 2006 à une autre entreprise. Cependant, à compter de 2002, sa rémunération a été calculée sur une base mensuelle de 151,67 heures, contre 169 heures antérieurement. Dès lors, ses bulletins de salaire révèlent qu'il a effectué de manière systématique des heures supplémentaires, en quantité variable, mais qui, dans la plupart des cas, lui ont permis de travailler au moins 169 heures par mois jusqu'en décembre 2005. À partir de janvier 2006, il n'a perçu qu'une rémunération sur la base mensuelle de 151,67 heures de travail au même taux horaire.

Pour justifier ce changement (évolution de la rémunération et disparition des heures supplémentaires)⁷⁰⁵, l'employeur a invoqué l'application d'un accord professionnel de

⁷⁰² M. MORAND, E. DOCKÈS, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », RDT 2007, p. 144.

⁷⁰³ Cass, soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, Bull. civ. V, n° 197 ; D. 2011, p. 219, obs. C. DECHRISTÉ, note S. FROSSARD ; *ibid.* p. 1246, obs. G. BORENFREUND, E. DOCKÈS, O. LECLERC, E. PESKINE, J. PORTA, L. CAMAJI, T. PASQUIER, I. ODOUL ASOREY et M. SWEENEY ; Dr. social 2011, p. 151, note J. BARTHÉLÉMY ; RDT 2010, p. 725, obs. Fl. CANUT.

⁷⁰⁴ P.-H. ANTONMATTEI, « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », Dr. social 2012, p. 672 ; J. BARTHÉLÉMY, « Modulation des horaires et contrat de travail », Dr. social 2011, p. 151 ; Ph. FLORES, « Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail », article précité ; Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail », article précité.

⁷⁰⁵ S. FROSSARD, « La dimension contractuelle de la modulation du temps de travail », D. 2011, p. 2019.

modulation du temps de travail. Le salarié, estimant que sa durée de travail avait été réduite unilatéralement par l'employeur, a saisi la juridiction prud'homale d'une demande aux fins de rétablissement de son horaire de travail à 169 heures mensuelles et de rappel d'heures supplémentaires.

La question qui s'est posée était donc de savoir si la mise en œuvre d'une modulation du temps de travail sans l'accord du salarié constituait une modification du contrat de travail.

La Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une modification du contrat de travail, car elle a estimé que l'instauration d'une modulation du temps de travail modifie le mode de rémunération des heures supplémentaires et constitue une modification du contrat de travail.

La décision rendue ne suivant pas la politique entamée par le législateur depuis 2000, ce dernier a répondu par la rédaction de l'article 45 de loi Warsmann du 22 mars 2012⁷⁰⁶, codifié à L. 3122-6 du Code du travail, qui dispose que « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

En rédigeant cet article, le législateur a franchi un nouveau palier dans l'articulation entre contrat de travail et accord collectif. Alors qu'en matière de réduction du temps de travail, le licenciement envisagé n'est ni pour motif personnel, ni pour motif économique, le licenciement de L. 3122-6 semble se positionner sur le terrain du disciplinaire⁷⁰⁷. En effet, en précisant uniquement que la mise en place de l'accord collectif de modulation du temps de travail « ne constitue pas une modification du contrat de travail », le législateur offre la possibilité aux employeurs de licencier pour faute les salariés opposés à l'application de l'accord à leur contrat de travail.

Si la liberté contractuelle n'est pas atteinte⁷⁰⁸, le pouvoir de l'employeur est toutefois placé au premier rang devant l'accord collectif. Plus précisément, le licenciement n'est plus fondé sur le refus de l'accord, mais sur un motif disciplinaire qui, en général, revoie au pouvoir de l'employeur. La question de l'articulation entre le contrat de travail et l'accord collectif ne se positionne donc plus sur l'échelle de la hiérarchie des normes, mais sur le pouvoir de

⁷⁰⁶ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO 23 mars.

⁷⁰⁷ P.-H. ANTONMATTEI, « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », article précité.

⁷⁰⁸ Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, AJDA 2012, p. 574 ; RFDA 2012, p. 528, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; Constitutions 2012, p. 267, chron. J. BENETTI ; v. J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534, p. 10.

l'employeur : le licenciement disciplinaire, fondé suite au refus de l'accord, peut susciter de nombreux contentieux⁷⁰⁹.

205. L'action du législateur en faveur d'une influence plus marquée de l'accord collectif relatif à l'aménagement du temps de travail a pour effet d'une part, de reléguer au second rang la convention de branche au profit d'une négociation au niveau de l'entreprise et d'autre part, de mettre au centre du débat la question de la flexicurité⁷¹⁰ qui se pose également lors de l'application d'un accord de maintien de l'emploi.

2. Les conséquences du refus du salarié de l'application d'un accord de maintien de l'emploi

206. En matière d'aménagement du temps de travail et d'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail, les accords de maintien de l'emploi sont des plus déroutants.

En effet, alors que l'article L. 2254-1 nous avait habitué à l'application des dispositions contractuelles plus favorables, les dispositions relatives aux accords de maintien de l'emploi semblent bousculer ce principe⁷¹¹.

En effet, dès lors qu'un ou plusieurs salariés refusent l'application d'un accord de maintien de l'emploi à leur contrat de travail, le licenciement⁷¹² prononcé « repose sur un motif économique, [...] selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et il repose sur une cause réelle et sérieuse »⁷¹³. Cette manœuvre n'est pas sans rappeler les

⁷⁰⁹ P.-H. ANTONMATTEI, « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », article précité. Selon l'auteur, « même en se situant désormais sur les terres du changement des conditions de travail, le salarié qui refuse l'instauration d'une modulation peut plaider l'atteinte excessive au respect de sa vie personnelle et familiale ». V. Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14702, D. 2012, p. 67, note P. LOKIEC ; *ibid.* p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; RDT 2012, p. 31, obs. S. TOURNAUX : « Sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur ».

⁷¹⁰ J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, « Quelle articulation entre contrat de travail et accord collectif ? » Cahiers du DRH, 2011, n° 181.

⁷¹¹ G. BORENFREUND, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, de l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi », article précité, spéc. p. 318 : « la terminologie utilisée dans l'ANI pourrait avoir ainsi pour effet, sinon pour objet, d'habituer progressivement les esprits à l'idée qu'une stipulation contractuelle plus favorable ou, plus largement, qu'un élément relevant du socle contractuel ne suffit pas à faire barrage à la norme conventionnelle. Celle-ci devrait prévaloir par principe sur le contrat de travail ».

⁷¹² V. not. G. COUTURIER, « Accords de maintien de l'emploi », Dr. social 2013, p. 805 ; A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », RDT 2013, p. 184.

⁷¹³ C. trav., art. L.5125-2 al. 3 : « Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et il repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux

sanctions liées au refus par le salarié de l'application d'un accord de réduction (article L. 1222-8 C. trav.) ou de modulation du temps de travail (article L. 3122-6 C. trav.).

207. Dès lors, la question la liberté personnelle⁷¹⁴ de refuser l'application de l'accord se pose. La liberté contractuelle des salariés est alors centrale. Il semble finalement difficile de refuser l'application d'un accord sous la menace d'un licenciement. Le contrat de travail, à l'origine « arme de résistance » au profit du salarié, perd donc de sa splendeur, dès lors que les signataires de l'accord eux-mêmes l'ont sacrifiée.

La cause justificative du licenciement prononcé ne fait que renforcer ce sentiment d'embuscade : non seulement le salarié est licencié, mais il ne peut prétendre à bénéficier des mesures attachées à un licenciement collectif⁷¹⁵.

Or, la raison de telles mesures, qu'on pourrait qualifier de drastiques, se trouve dans le motif du recours à ce type d'accords.

Les accords de maintien de l'emploi sont conclus lorsque l'entreprise rencontre de « graves difficultés économiques conjoncturelles »⁷¹⁶. La fonction de l'accord de maintien de l'emploi est alors « curative »⁷¹⁷ et de ce fait, la question du maintien des contrats de travail est plus délicate.

obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. Le salarié bénéficie soit du congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71, soit du contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L. 1233-66 ».

⁷¹⁴ P. RÉMY, « les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un modèle pour le droit français ? », RDT 2012, p. 133, spéc. p. 144 ; H.-J. LEGRAND, « Les accords collectifs de maintien de l'emploi : entre deux frontières de la négociation collectives », Dr. social 2013, p. 245.

⁷¹⁵ Les préconisations du rapport « La négociation collective, le travail et l'emploi », rapport au Premier ministre, proposé par J.-D. COMBEXELLE en septembre 2015 vont plus loin au sujet du régime indemnitaire lié au licenciement prononcé suite au refus du salarié. Selon le rapport, « Le régime indemnitaire serait spécifique à cette situation et devrait être moins attractif que celui prévu par le droit commun en cas de licenciement pour motif économique.

Le refus volontaire du salarié de se plier à la règle négociée commune qui a pour seul objet de préserver l'emploi de la communauté de travail devrait avoir, pour ce salarié, un coût par rapport à l'indemnisation de droit commun dont bénéficie le salarié qui fait l'objet d'un licenciement pour motif économique ».

⁷¹⁶ C. trav. art. L. 5125-1, I, al. 1 : « En cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération au sens de l'article L. 3221-3, dans le respect du premier alinéa de l'article L. 2253-3 et des articles L. 3121-10 à L. 3121-36, L. 3122-34 et L. 3122-35, L. 3131-1 à L. 3132-2, L. 3133-4, L. 3141-1 à L. 3141-3 et L. 3231-2.

Un expert-comptable peut être mandaté par le comité d'entreprise pour accompagner les organisations syndicales dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation, dans les conditions prévues à l'article L. 2325-35 ».

⁷¹⁷ Fr. GÉA, « Et maintenant des accords de maintien de l'emploi "offensifs" ? », RDT 2014, p. 760.

L'objectif des différentes lois et rapports relatifs à l'emploi⁷¹⁸ est alors évident : renforcer encore la primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail.

Toutefois, l'accord de maintien de l'emploi doit préciser les mesures d'accompagnement relatives aux licenciements prononcés (congé de reclassement ou contrat de sécurisation professionnelle) ; enfin le contrat de travail retrouve la protection qu'il mérite. Les acteurs de la négociation collective sur ce point ont donc un devoir de vigilance et d'inflexibilité dans un souci de protection du salarié.

208. De manière générale, il existe depuis plus d'une décennie une constante évolution, parfois violente, de l'influence de la source conventionnelle, et plus particulièrement de l'accord collectif d'entreprise, sur le contrat de travail. Cette tendance conduit à s'interroger d'une part, sur l'efficacité même de la contractualisation au niveau individuel et d'autre part, sur la résistance du contrat de travail à la source de droit négociée.

Dans ce contexte, l'influence de la source collective sur le contrat de travail deviendrait un principe général qui pourrait relativiser la portée de l'article L. 2254-1 du Code du travail en ce qui concerne les dispositions plus favorables du contrat de travail⁷¹⁹.

En ce sens, la contractualisation et la dérogation *in melius* ne semblent plus suffire à outrepasser l'impérativité de la norme conventionnelle : l'impérativité des dispositions conventionnelles dépasserait le principe de l'ordre public social qui permet au contrat de travail de prévoir des dispositions plus favorables que la source conventionnelle. L'ordre public social n'a, dans ce cas, plus lieu d'être et l'influence de la norme conventionnelle écraserait, notamment en matière d'aménagement du temps de travail, les dispositions contractuelles plus favorables.

⁷¹⁸ V. en matière de préservation de l'emploi dans l'entreprise : Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; Loi n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances ; G. CETTE et J. BARTHÉLÉMY, *Réformer le droit du travail*, Odile Jacob, 2015 ; V. J.-D. COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au premier ministre, septembre 2015.

⁷¹⁹ L'évolution du droit du travail interne semble se positionner en faveur de l'atténuation de l'article L.2254-1 du Code du travail, voire de sa dérogation explicite. Le rapport sur « La négociation collective, le travail et l'emploi » traite de la justification de la création d'une règle dérogatoire à l'article L.2254-1 du Code du travail. Cette dérogation pourrait éventuellement se matérialiser par l'ajout d'un nouvel alinéa soit à l'article L.2254-1 du Code du travail, soit à l'article L.5125-2 du Code du travail.

§2. Les conséquences de l'influence des accords d'aménagement du temps de travail sur la rémunération

209. La liste des éléments essentiels du contrat de travail semble en apparence établie. Elle inclurait : la qualification, la rémunération ainsi que différentes clauses telles que la clause d'essai, la clause de mobilité ou la clause de non-concurrence... Cette liste, qu'on aurait pu penser inébranlable supporte néanmoins quelques nuances, notamment lors de l'application d'accords aménageant le temps de travail ou d'accord de maintien de l'emploi. Dès lors, la source collective s'impose au contrat de travail et peut modifier ce dernier. La modification la plus flagrante porte sur la rémunération, notamment lorsqu'il s'agit du calcul et du paiement des heures supplémentaires (A). Cette possibilité de modification du contrat de travail sans que soit requis le consentement du salarié pousse à s'interroger sur l'effectivité d'une réelle liste des éléments essentiels du contrat de travail (B).

A. L'influence des accords d'aménagement du temps de travail sur la rémunération du salarié

210. En matière d'aménagement du temps de travail, l'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail a été croissante depuis le début des années 2000 et le recours aux heures supplémentaires a été assoupli par le législateur, entraînant ainsi des variations de rémunération.

En ce sens, issues de la loi de modernisation du marché du travail⁷²⁰, les règles en matière de recours aux heures supplémentaires⁷²¹ ont regroupé, dans un cadre unique, différents dispositifs d'aménagement du temps de travail existant antérieurement : modulation du temps de travail, réduction du temps de travail sous forme de jours de repos, travail par cycles, etc.

Dès lors, la convention collective doit définir le contingent annuel⁷²² au-delà duquel le salarié, en contrepartie des heures effectuées, bénéficiera d'une majoration financière⁷²³ ou de repos

⁷²⁰ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

⁷²¹ C. trav. art. L.3121-11 al.1 : «Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche».

⁷²² C. trav. art. L.3121-15 : « Les heures prises en compte pour le calcul du contingent annuel d'heures supplémentaires sont celles accomplies au-delà de la durée légale».

compensateurs de remplacement⁷²⁴ ne s'imputant pas sur le contingent annuel d'heures supplémentaires⁷²⁵.

211. Le principe est donc que la convention collective détermine le seuil à partir duquel les heures effectuées sont désignées comme étant des heures supplémentaires dont le décompte est fait par semaine civile⁷²⁶. Alors que le seuil de déclenchement légal est de 1607 heures par an⁷²⁷, l'application d'un accord de répartition de la durée du travail au contrat de travail bouleverse les règles de calcul et de déclenchement du paiement des heures supplémentaires. Plus précisément, lorsqu'à la suite d'une négociation⁷²⁸, le temps de travail est aménagé sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, l'accord signé doit délimiter clairement le seuil de décompte des heures supplémentaires⁷²⁹. En effet, même si l'accord collectif d'aménagement du temps de travail prévoit une durée conventionnelle du travail inférieure au plafond légal, il doit néanmoins préciser le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ; sans quoi les heures effectuées seront calculées à partir du plafond légal⁷³⁰.

⁷²³ C. trav. art. L.3121-22 : «Les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée par l'article L. 3121-10, ou de la durée considérée comme équivalente, donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50 %.

Une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir un taux de majoration différent. Ce taux ne peut être inférieur à 10 %».

⁷²⁴ C. trav. art. L.3121-24 : «Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations prévues à l'article L. 3121-22, par un repos compensateur équivalent. Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical non assujetties à l'obligation annuelle de négocier prévue à l'article L. 2242-1, ce remplacement peut être mis en place par l'employeur à condition que le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, s'ils existent, ne s'y opposent pas.

La convention ou l'accord d'entreprise ou le texte soumis à l'avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel peut adapter les conditions et les modalités d'attribution et de prise du repos compensateur de remplacement à l'entreprise».

⁷²⁵ C. trav. art. L.3121-25 : «Les heures supplémentaires donnant lieu à un repos compensateur équivalent ne s'imputent pas sur le contingent annuel d'heures supplémentaires».

⁷²⁶ C. trav., art. L. 3121-20 : « Les heures supplémentaires se décomptent par semaine civile ».

⁷²⁷ Le seuil des 1607 heures est un plafond maximal, la convention ou accord pouvant néanmoins prévoir un plafond inférieur. V. Cass. soc., 19 septembre 2012, n° 11-22782, n° 11-22783, n° 11-22784, n° 11-22785, n° 11-22786, n° 11-22787, n° 11-22788, n° 11-22789, n° 11-22790, n° 11-22791, « une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que sur un an, cette durée n'excède pas un plafond de 1.607 heures. La convention ou l'accord peut fixer un plafond inférieur. La convention ou l'accord précise les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation. La convention ou l'accord doit respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires du travail. ».

⁷²⁸ Le plus souvent, un accord collectif d'entreprise ou d'établissement est signé. À défaut, il peut s'agir d'une convention ou un accord de branche.

⁷²⁹ Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-14083, Bull. civ. V, n° 251 : « un accord d'entreprise ne peut fixer, comme seuil de déclenchement des heures supplémentaires, un plafond supérieur à 1 607 heures de travail par an, nonobstant l'existence, dans son secteur d'activité, d'horaires d'équivalence ».

⁷³⁰ Cass. soc., 13 novembre 2014, n° 13-10721 ; RDT 2015, p. 124, note. Fl. CANUT.

L'application d'un accord d'aménagement du temps de travail qui s'impose au contrat de travail peut alors avoir une incidence sur la rémunération du salarié qui ne percevra le paiement des heures supplémentaires effectuées non plus à la fin du mois, mais en fin de période, lorsque l'accord prendra fin.

Le régime des heures supplémentaires étant déclenché qu'à partir du moment où le salarié travaille, en moyenne, plus de trente-cinq heures par semaines⁷³¹, ce mécanisme est moins intéressant pour les salariés effectuant régulièrement des heures supplémentaires. Ces derniers, tenus par l'accord ne peuvent ainsi prévoir une augmentation de leur rémunération mensuelle grâce aux heures supplémentaires qu'ils pourraient effectuer dans les jours ou les semaines à venir.

Finalement, ce raisonnement rejoint la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 28 septembre 2010⁷³², avait pris en compte ces éléments. Dès lors, elle avait jugé que la modification du mode de détermination des heures supplémentaires avait un effet sur le mode de rémunération du salarié et que de ce fait, il s'agissait d'une modification d'un élément essentiel du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié.

En effet, « bien que l'accomplissement d'heures supplémentaires ne constitue pas un droit pour le salarié, l'impact de la modulation sur le niveau de la rémunération du salarié avait certainement pesé sur la décision des juges »⁷³³. Or, de tels arguments n'avaient pas su convaincre le juge qui en décida autrement au travers de l'article L. 3122-6 du Code du travail.

212. Les accords d'aménagement du temps de travail ne modifient pas directement la rémunération du salarié. Toutefois, lorsque ce dernier signe son contrat, il prend en considération différents éléments qui influencent sa volonté de contracter : la possibilité d'effectuer des heures supplémentaires et d'en percevoir le paiement de façon mensuelle en fait partie.

Dès lors, les accords d'aménagement du temps de travail entraînent indirectement une modification de la somme perçue par le salarié mensuellement. Cette somme, constituée de la rémunération fixe et accessoirement des primes et heures supplémentaires⁷³⁴, fait pourtant

⁷³¹ Th. LAHALLE, *L'employeur et le droit du travail, pouvoir de gestion, pouvoir de direction, op. cit.*, p. 173, n° 195.

⁷³² Cass, soc., 28 septembre 2010, *op. cit.*

⁷³³ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », *Sem. soc. Lamy*, 16 avril 2012, n° 1534, p. 4, spéc. p. 6.

⁷³⁴ V. J. HAUSER, « La notion de salaire et le droit privé », in *Mélanges M. DESPAX*, PU Toulouse, 2002, p. 373 ; P. MORVAN, « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. social* 2008, p. 643.

partie des éléments qui ne peuvent normalement être modifiés sans l'accord du salarié. Cette analyse conduit à s'interroger sur les autres conséquences de ces accords sur le socle contractuel.

B. L'influence des accords d'aménagement du temps de travail sur la détermination de la rémunération

213. L'application d'un accord d'aménagement du temps de travail peut bouleverser le mécanisme d'accomplissement des heures supplémentaires et de ce fait, leur fréquence de rémunération.

Cette modification, provoquée par l'accord collectif, invite à s'interroger sur la détermination des éléments constitutifs de la rémunération.

En effet, alors que la rémunération contractuelle inclut entre autres les primes, les contreparties de clauses de non-concurrence, les préretraites, le salaire désigne des éléments qui ne sont pas obligatoirement contractualisés⁷³⁵. Le Professeur MAZEAUD explique que « le salaire n'englobe pas l'ensemble des avantages liés à l'intégration dans l'entreprise, tels ceux qui résultent des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise, dont une part forme un salaire indirect. Cette notion large porte à la fois sur la rémunération de base et les divers compléments en espèce ou en nature (logement, voiture, ticket-restaurant...) »⁷³⁶.

Cependant, il est important de souligner que « seule la rémunération contractuelle est contractuelle »⁷³⁷. La rémunération contractuelle pose peu de difficultés et la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur ce point : la rémunération constitue un élément essentiel du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié⁷³⁸.

Toutefois, la source de la rémunération vient nuancer ce propos. En effet, tout dépend si la rémunération du salarié est de source purement contractuelle ou si elle résulte en tout ou partie de dispositions issues de la convention collective.

⁷³⁵ G. COUTURIER, «De quoi le salaire est-il la contrepartie?», Dr. social 2011, p. 10.

⁷³⁶ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, op. cit., p. 610, n° 1000.

⁷³⁷ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, op. cit., p. 200, n° 277.

⁷³⁸ Cass, soc., 3 mars 1998, n° 95-43274, Bull. civ. V, n° 109 ; RJS 1998, n° 417 ; Cass, soc., 29 janvier 2003, RJS 2003, n° 414.

Dès lors, la modification de la partie de la rémunération « extracontractuelle », qui est conventionnelle, ne nécessite pas l'accord du salarié⁷³⁹. Elle est considérée comme une modification des conditions de travail⁷⁴⁰, ce qui rend cette solution « tout à fait discutable »⁷⁴¹.

En effet, peu de salariés identifient la source des avantages et éléments de rémunération lors de la négociation de leur contrat. Leur consentement est donné en fonction de la globalité de la rémunération offerte, peu importe sa provenance. La modification d'un élément de cette dernière serait ainsi considérée pour le salarié comme une modification de la rémunération vue dans son ensemble.

C'est donc l'accord collectif qui exerce une influence sur la rémunération lors de la mise en place d'une répartition des horaires qui peut impliquer une modification d'une part du seuil de déclenchement des heures supplémentaires et d'autre part du moment de paiement (en fin de période). En ce sens, il est permis de s'interroger sur la contractualisation de la rémunération : les heures supplémentaires et leur rémunération, en dépit d'un régime légal autonome⁷⁴², doivent-elles être systématiquement contractualisées ?

Alors que la contractualisation des heures supplémentaires existe déjà dans le cadre des conventions de forfait (elles sont incluses), la généralisation de la contractualisation des heures supplémentaires est difficilement envisageable. En effet, la contractualisation de ces heures relèverait la durée du travail contractualisée (au risque de lui faire dépasser le seuil légal) et leur donnerait force obligatoire (le salarié aurait le sentiment de devoir exécuter ces heures).

En conclusion de cette analyse, il est possible de s'interroger de façon générale sur l'immutabilité des éléments contractualisés en cas d'application d'un accord collectif susceptible de modifier le contrat de travail.

L'affirmation selon laquelle la résistance du contrat de travail est fonction de son contenu n'est plus d'actualité. Ainsi, la surcontractualisation n'est plus un rempart à l'influence de la source négociée dans un contexte de flexibilité de l'emploi.

⁷³⁹ Cass, soc., 27 juin 2000, Bull. civ. V, n° 247, p. 193 ; Chr. RADÉ, « Les limites du tout contractuel », Dr. social 2000, p. 828.

⁷⁴⁰ Cass, soc., 24 septembre 2008, n° 07-42488.

⁷⁴¹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, op. cit.

⁷⁴² Les heures supplémentaires font l'objet d'une section à part entière dans le code du travail intitulée « durée légale et heures supplémentaires » : troisième partie, livre premier, titre 2, chapitre 1, section 2.

Conclusion du Chapitre 1

L'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail

214. L'influence de la source négociée sur le contrat de travail puise ses sources dans la source légale et surtout dans son effet impératif et son effet automatique, ce qui va avoir des conséquences sur le contenu, mais surtout sur l'exécution du contrat de travail. Dès lors, le phénomène d'influence se distingue du principe hiérarchique : alors que l'un raisonne en termes de validité et de conformité, l'autre agit sur le contenu contractuel et sur son exécution, ce qui dynamise le phénomène d'influence.

Ses manifestations sont variées (suspension des clauses contraires, substitution des clauses contractuelles par les dispositions conventionnelles), mais la plus probante est celle de l'application des dispositions conventionnelles en matière d'aménagement du temps de travail qui tantôt s'imposent au contrat sans en constituer une modification, tantôt permettent de justifier le licenciement d'un salarié qui s'y oppose.

Le phénomène d'influence de la source négociée sur le contrat de travail n'est pas abouti, il est en perpétuelle évolution. Il est un outil de flexibilité qui progressera tant que le contrat de travail sera sollicité face aux exigences du marché économique. Dès lors, la contractualisation n'est plus pleinement efficace pour contrer le phénomène d'influence de la source négociée.

Chapitre 2. L'influence des pouvoirs de l'employeur sur le contrat de travail

215. Du fait de son statut de chef d'entreprise, l'employeur dispose de trois pouvoirs lui permettant d'assurer la bonne marche de l'entreprise : un pouvoir de direction, un pouvoir normatif et un pouvoir disciplinaire.

Leur mise en œuvre lui permet d'exercer une influence sur le contrat de travail qui serait justifiée par la thèse institutionnelle de l'administration⁷⁴³. Selon cette théorie, « toute vie collective génère spontanément un pouvoir : dès lors que plusieurs personnes se réunissent autour d'un but commun, la réalisation de ce but exige que l'une d'entre elles exerce un pouvoir sur les autres »⁷⁴⁴. Ce serait donc grâce à son statut « institutionnel » que l'employeur a un ascendant sur ses salariés et donc sur leur contrat de travail. En ce sens, « le pouvoir sur les salariés ne dérive plus des contrats individuels de travail, mais se présente comme un attribut du chef d'entreprise »⁷⁴⁵. Or, les pouvoirs de l'employeur lui proviennent également du droit.

Selon le Professeur LOKIEC, « A suivre la conception normativiste du droit, ces pouvoirs n'existent qu'en vertu d'une attribution par le droit. Si au contraire ils sont de simples faits, ils existent *de facto* et sont reconnus par le droit à travers le contrôle dont ils font l'objet »⁷⁴⁶.

⁷⁴³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 6^e éd., 1907, p. 22 et suiv. ; « La théorie de l'institution et de la fondation », Cahiers de la Nouvelle Journée, 1925, p. 2, n° 4 ; *contra* G. LYON-CAEN, *Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale*, L.G.D.J., 1955, spéc. p. 224. Selon l'auteur, la thèse institutionnelle est une « mystification inconsciente ou consciente (...) qui tend à atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts » ; G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », APD 1968, t. 13, p. 59, spéc., p. 69 : « le contrat individuel demeure la source réelle du rapport de travail ; car à l'origine de ce rapport, il doit nécessairement y avoir un consentement. Mais, et c'est une originalité du contrat de travail, ce consentement peut être tacite, s'exprimer par une adhésion à des règles préexistantes (...) Mais, même tacite, il n'est pas fictif (...) il n'existe pas d'autres modes d'acquisition de la qualité de salarié, d'autre moyen de bénéficier de la législation du travail. Le choix des parties reste libre. Le contrat a ici une valeur psychologique fondamentale : il est porteur de valeurs liées à la liberté de l'homme ».

⁷⁴⁴ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préface de A. LYON-CAEN, L.G.D.J., coll. Thèses, t. 52, 2010, p. 27, n° 52. L'auteur explique que si la théorie institutionnelle de l'entreprise trouve ses racines dans la thèse institutionnelle de l'administration développée par M. Hauriou, « C'est quelques années plus tard sous la plume de Paul Durand que la théorie institutionnelle de l'entreprise verra véritablement le jour » ; Sur ce point, V. P. DURAND, « Rapport sur la notion de l'entreprise », Travaux de l'association H. CAPITANT, t. 3, 1947, p. 45 ; P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, p. 423 ; M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préface de G. MARTY, L.G.D.J., 1957 ; M. DESPAX, « L'entreprise et le droit du travail », in *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, t. XIII, fasc. 2, 1965, p. 127 ; N. CATALA, *Traité de droit du travail, L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, p. 146.

⁷⁴⁵ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 28, n° 52.

⁷⁴⁶ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préface de Antoine LYON-CAEN, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 408, 2004, p. 335, n° 459.

Ces pouvoirs de l'employeur, tantôt fruits de dispositions légales, tantôt fruits d'une situation de fait, peuvent justifier d'une identité propre par leurs caractéristiques mais sont interdépendants, en ce sens que le pouvoir de direction de l'employeur légitime l'exercice des deux autres pouvoirs.

Le pouvoir de direction de l'employeur « doit lui permettre de satisfaire une finalité qui lui est distincte : celle de l'entreprise dont il sert les intérêts par des prérogatives exclusives »⁷⁴⁷. C'est donc en vertu de ce pouvoir que l'employeur peut exercer ses deux autres attributions : créer des normes et sanctionner les salariés. Dès lors, il est la source d'une part, de son pouvoir normatif et d'autre part, de son pouvoir de sanction « qui n'est que l'accessoire du pouvoir de direction »⁷⁴⁸.

Les trois pouvoirs se distinguent par leurs finalités propres et par le moment de leur mise en œuvre : alors que le pouvoir de direction de l'employeur vise à encadrer l'activité du salarié, le pouvoir disciplinaire a vocation à sanctionner la mauvaise exécution de règles par le salarié⁷⁴⁹. Quant à la différence entre pouvoir de direction et pouvoir normatif de l'employeur, les mesures prises dans le cadre du pouvoir normatif se distinguent par leur caractère général et permanent, à l'image de n'importe quelle règle de droit⁷⁵⁰.

Le pouvoir de sanction et le pouvoir normatif découlent du pouvoir de direction. Il existe nécessairement des interactions entre le pouvoir de direction et le pouvoir normatif, ou entre le pouvoir de direction et le pouvoir de sanction. Le lien entre ces trois pouvoirs et le contrat est le lien de subordination.

⁷⁴⁷ Th. LAHALLE, *L'employeur et le droit du travail, pouvoir de gestion, pouvoir de direction*, Lamy, coll. Axe Droit, 2012, p. 13.

⁷⁴⁸ E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, mélanges en l'honneur de J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 203, spéc. p. 210.

⁷⁴⁹ Chr. RADÉ, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », note sous Cass. soc., 16 juin 1998, *Sté Hôtel le Berry*, Dr. social 1999, p. 3, spéc. p. 4 : « il faut tout d'abord reconnaître que la fonction de ce pouvoir disciplinaire est nettement distincte de celle du pouvoir de direction puisque l'employeur qui prend une sanction disciplinaire ne se propose pas d'encadrer l'activité du salarié, ce qui impliquerait une intervention en amont de l'exécution de la prestation de travail, mais il en sanctionne la mauvaise exécution, c'est-à-dire qu'il intervient ici en aval. Il faut ensuite convenir que ces deux pouvoirs ont des fonctions bien distinctes. Si le pouvoir de direction vise à organiser l'activité économique au sein de l'entreprise, le pouvoir disciplinaire vise à assurer le respect des règles d'hygiène, de sécurité ainsi que les règles générales de civilité dans l'entreprise ; les salariés ne sont d'ailleurs pas recevables à contester en justice les décisions de l'employeur relatives à la direction de l'entreprise, alors qu'ils peuvent toujours saisir le conseil des prud'hommes d'actions visant à obtenir l'annulation des sanctions disciplinaires ».

⁷⁵⁰ M. VÉRICEL, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », Dr. social 1991, p. 120 : « ne doivent pas être confondues avec d'autres types de mesures que l'employeur peut prendre encore plus fréquemment dans l'exercice de son pouvoir de direction. Il ne s'agit pas de simples ordres : - injonctions de faire ou de pas faire, formulées dans un cas donné et devant être répétées à chaque occasion ; - ou décisions individuelles (nomination d'un salarié à tel poste) ou circonstanciées (fermeture de l'entreprise durant un ou plusieurs jours pour telle ou telle raison), lesquelles épuisent leurs effets dans la situation qu'elles concernent même si leurs conséquences sont durables (tout effet du même genre suppose une nouvelle décision). Il s'agit au contraire de véritables règles ou normes, modèles abstraits de relations revêtant un caractère général et permanent par leur vocation à modeler un nombre potentiellement illimité de situations concrètes ».

Ainsi, même s'il profite du phénomène de résistance aux sources du droit, le contrat de travail supporte-t-il l'influence des pouvoirs de l'employeur. Ces pouvoirs, gravitant autour du contrat, produisent des effets différents, qu'il s'agisse du pouvoir de direction de l'employeur (Section 1), ou des deux pouvoirs qui en découlent : le pouvoir normatif et le pouvoir disciplinaire (Section 2).

Section 1. La démonstration de l'influence du pouvoir de direction sur le contrat de travail

216. L'intérêt général de l'entreprise donne légitimité à l'employeur pour exercer son pouvoir de direction. Ce dernier, d'origine institutionnelle ou contractuelle (voire précontractuelle), s'exerce en toute circonstance. Il octroie à l'employeur la possibilité d'exercer une influence sur l'exécution du contrat de travail : fixation d'objectifs⁷⁵¹, détermination des salaires, évaluation des salariés⁷⁵², de fixer les horaires de travail⁷⁵³ et de modifier les tâches d'un salarié en respectant sa qualification⁷⁵⁴. L'influence du pouvoir de direction de l'employeur s'exerce donc dès la formation du contrat de travail (§1), mais surtout, il confère une légitimité à l'employeur pour modifier les conditions de travail du salarié sans que son assentiment ne soit requis (§2).

§1. L'influence du pouvoir de direction lors de la relation de travail

217. L'influence du pouvoir de direction sur le contrat de travail s'apparente à un fil invisible qui les lie l'un à l'autre. Ce lien, caractérisé par la volonté de l'employeur, s'instaure dès la phase précontractuelle de la relation de travail et perdure durant toute son exécution (A). La volonté de l'employeur est donc présente en permanence et tient, dans les limites fixées par la loi, les rênes de cette relation contractuelle au point de gouverner la suspension du contrat de travail (B).

⁷⁵¹ Cass. soc., 3 février 1999, n° 97-40606, Bull. civ. V, 1999, n° 56 p. 42 ; Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-42371, Bull. civ. V, 2000, n° 367, p. 281 ; Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41838 et n° 99-41970, Bull. civ. V, 2001, n° 180, p. 142 ; Cass. soc., 6 juin 2001, n° 99-42959 ; Cass. soc., 5 juin 2002, n° 00-42037.

⁷⁵² Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42368.

⁷⁵³ Cass. soc., 16 mai 2000, n° 97-45256, Bull. civ. V, 2000, n° 181, p. 139 ; Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-42264, Bull. civ. V, 2000, n° 328, p. 254, JCP 2001, p. 889, note D. CARRIGNAN-CARSIN ; Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42462, Bull. civ. V, n° 234, p. 187 ; Cass. soc., 18 décembre 2001, n° 99-43351, Bull. civ. V, 2001, n° 392, p. 314, Dr. social 2002, p. 353, note J. BARTHÉLÉMY ; Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-45155, Bull. civ. V, n° 123, p. 130.

⁷⁵⁴ Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45673, Bull. civ. V, 1999, n° 199, p. 145 ; JCP E 2000, p. 88, note C. PUIGELIER.

A. L'influence du pouvoir de direction dès l'établissement du lien de subordination

218. Alors que la définition du contrat de travail a été donnée par la doctrine⁷⁵⁵, ses critères de qualification ont été dégagés par la jurisprudence qui a imposé la réunion de trois critères⁷⁵⁶ : une prestation de travail⁷⁵⁷, un lien de subordination⁷⁵⁸ et une rémunération⁷⁵⁹.

Le lien de subordination ne peut être qualifié de source du droit de manière autonome, mais il tient une place essentielle dans l'étude de l'articulation entre pouvoirs de l'employeur et contrat de travail. En effet, bien qu'il ne contribue pas à la création de règles juridiques, il est le fondement du pouvoir de direction de l'employeur. Son établissement entre l'employeur et le salarié est donc capital afin de qualifier le contrat de travail car au-delà d'un simple critère de qualification du contrat de travail, « la subordination en est l'âme même »⁷⁶⁰.

Le caractère essentiel du lien de subordination a d'abord été reconnu en 1931 par la Cour de cassation⁷⁶¹. Il a ensuite été défini comme « 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 »⁷⁶². Il instaure nécessairement un rapport d'inégalité entre les parties au contrat de travail et « décline les grands modes

⁷⁵⁵ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 9^e éd., 2014, p. 313, n° 538 ; V. not. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 227, n° 194 : « Le contrat de travail peut se définir comme le contrat par lequel une personne physique (le salarié) s'engage à exécuter un travail sous la subordination d'une personne physique ou morale (l'employeur), en échange d'une rémunération ».

⁷⁵⁶ Cass. soc., 19 décembre 2000, *Labanne*, n° 98-40572, Bull. civ. V, n° 437, p. 337 ; GADT, 4^{ème} édition, Dalloz 2008, n° 3 ; *Dr. social*, 2001, p. 227, note A. JEAMMAUD.

⁷⁵⁷ Cass. soc., 3 juin 2009, *île de la tentation*, n° 08-40981, n° 08-40982 et n° 08-40983, Bull. civ. V, n° 141 ; D. 2009, AJ 1530, obs. M. SERNA, Jur. 2517, note B. EDELMAN, et J.-Fr. CESARO et P.-Y. GAUTIER, D. 2009. Chron., p. 2016 ; RDT 2009, p. 507, obs. G. AUZERO ; RTD com. 2009, p. 723, obs. Fr. POLLAUD-DULIAN ; Sem. Sociale Lamy n° 1403, rapp. A. FOASSERT, obs. Fr. CHAMPEAUX, J.-E. RAY et A. JEAMMAUD ; JCP S 2009. Actu., p. 305, note P.-Y. VERKINDT.

⁷⁵⁸ Cass. soc., 13 novembre 1996, *Société Générale*, n° 94-13187, Bull. civ. V, n° 386, p. 275 ; *RJS* 1996, n° 1320 ; *Dr. social* 1996, p. 1067, note J.-J. DUPEYROUX ; JCP E 1997, II, p. 911, note J. BARTHÉLÉMY ; *TPS* 1997, comm. n° 20, obs. X. PRÉTOT ; *Dr. et Patrimoine* 1997, n° 1, p. 72, obs. P.-H. ANTONMATTEI.

⁷⁵⁹ Cass. soc., 29 janvier 2002, *Croix rouge française*, n° 99-42697, Bull. civ. V, n° 38, p. 35.

⁷⁶⁰ Fr. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, L.G.D.J, 4^e éd., 2014, p. 347, n° 488.

⁷⁶¹ Cass. civ., 6 juillet 1931, DP 1931, 1, 121 note P. PIC : « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille une saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ;[...] la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie » ; Cass. civ., 22 juin et 1^{er} août 1932, DP 1933, 1, note P. PIC.

⁷⁶² Cass. soc., 17 mai 2006, n° 05-43265 ; V. E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *Dr. social* 2011, p. 546.

d'exercice du pouvoir : pouvoir d'édicter des "ordres" ponctuels, des "directives" générales et des sanctions »⁷⁶³.

Ainsi, « la définition du contrat de travail fait, à travers la mention d'un lien de subordination, référence implicite à une relation de pouvoir »⁷⁶⁴. En ce sens, la réalisation de la subordination du salarié se réalise « à travers le pouvoir patronal reconnu par le droit »⁷⁶⁵, c'est-à-dire un « pouvoir-prérogative juridique, dont l'employeur est titulaire »⁷⁶⁶.

Toutefois, l'influence entre le pouvoir de direction de l'employeur et le contrat de travail au moyen du lien de subordination s'analyse selon s'il est envisagé comme un état de droit ou comme un état de fait.

Dans l'hypothèse d'un lien de subordination comme état de droit, il conviendra de parler de « lien de subordination juridique », alors que dans l'hypothèse d'un lien de subordination caractérisant un état de fait, il semble approprié d'user la simple expression « lien de subordination »⁷⁶⁷.

Dès lors, selon l'acceptation retenue (« lien de subordination » ou « lien de subordination juridique »), les pouvoirs de l'employeur peuvent être un effet du contrat de travail ou la cause du pouvoir exercé par l'un sur l'autre.

Dans l'hypothèse d'un « lien de subordination juridique »⁷⁶⁸ (état de droit), l'exercice des pouvoirs de l'employeur serait « un effet du contrat de travail »⁷⁶⁹ : une fois la convention qualifiée de contrat de travail, le « lien de subordination juridique » permet à l'employeur d'exercer son influence sur le contenu et l'exécution du contrat de travail.

En effet, l'existence du lien de subordination va donner une légitimité à l'exercice des pouvoirs de l'employeur : l'employeur pourra appliquer les normes qu'il crée au contrat de travail et user de son pouvoir de sanction en cas de manquement aux règles qu'il a produites.

⁷⁶³ E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », article précité, spéc. p. 547, n° 4 ; V. not. R. PAUTRAT, « Conseil de Prud'hommes (compétences) », Répertoire de droit du travail, janvier 1994 (dernière mise à jour janvier 2012), §3, « Pour qu'il puisse y avoir contrat de travail, il faut que le prestataire de salaire détienne envers le prestataire de travail un pouvoir de direction, d'instructions, de commandement et de surveillance concernant l'exécution du travail, qu'il ait pouvoir d'en contrôler l'exécution et les résultats ».

⁷⁶⁴ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in *Le pouvoir de l'employeur*, Sem. Soc. Lamy, 11 février 2008, suppl. n° 1340, p. 15, spéc. p.19.

⁷⁶⁵ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », article précité ; D. LANGÉ, *Droit du travail*, Ellipses, 2003, p. 23.

⁷⁶⁶ B. GÉNIAUT, « Le contrat de travail et la réalité », RDT 2013, p. 90, spéc. p. 100.

⁷⁶⁷ J.-Cl. JAVILLIER, « le statut des médecins du travail », Dr. social 1980, p. S. 40, spéc. p. S. 41.

⁷⁶⁸ Cass. civ., 6 juillet 1931, *op. cit.*

⁷⁶⁹ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 24, n° 45 : « si la Cour de cassation fait de la subordination du salarié le critère du contrat de travail, c'est parce qu'elle postule que ce contrat a pour effet juridique de placer le salarié sous la subordination de l'employeur (...), le lien de subordination est dit juridique, car il est un effet du contrat de travail ».

Toutefois, si les critères de la subordination juridique peuvent être puisés dans le contrat de travail⁷⁷⁰, le lien de subordination contractuel est le fruit d'un état de fait dont la source serait l'exercice des pouvoirs d'une personne sur une autre⁷⁷¹. En ce sens, le lien de subordination devient un préalable à la formation du contrat de travail, au même titre qu'une source du droit, puisqu'en vertu de l'autonomie de la volonté les parties décident librement de se positionner dans un rapport de subordination vis-à-vis d'autrui »⁷⁷².

Dès lors, le principe de l'indisponibilité de la qualification du contrat de travail suppose que « l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »⁷⁷³. La Cour de cassation évoque effectivement une « situation de fait ». C'est donc parce qu'il existe une manifestation du pouvoir de l'employeur que le lien de subordination peut d'une part, être identifié et d'autre part, permettre de qualifier de contrat de travail la convention conclue entre les parties⁷⁷⁴.

Le lien de subordination existe donc, grâce à un faisceau d'indices, indépendamment de la qualification de contrat de travail : l'exercice d'une autorité (la direction et le contrôle du travail)⁷⁷⁵, la participation au service organisé par autrui le risque de l'activité⁷⁷⁶, le salaire au temps et à la tâche, ou encore la fourniture de matériel ou de produits. Selon cette approche, « la qualification de contrat de travail, [...], découlera de la constatation d'une situation de fait constitutive ou révélatrice d'un état de subordination »⁷⁷⁷.

⁷⁷⁰ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., p. 341, n° 471 : « si la subordination constitue un pouvoir juridique, ses critères doivent être puisés non pas dans une situation de fait, mais dans une source de droit qui ne peut être que le contrat ». L'auteur précise que « C'est effectivement des stipulations contractuelles que la Cour de cassation paraît déduire la subordination dans l'arrêt du 19 décembre 2000, en se référant à ce que 'le contrat litigieux prévoit' ».

⁷⁷¹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., p. 342, n° 471 : « ce n'est pas la volonté des contractants qui fonde la subordination, mais une situation de fait ».

⁷⁷² A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 25, n° 47. V. A. SUPIOT, il s'agit d'un « montage juridique paradoxal dont la clef est l'autonomie de la volonté de ceux qui se placent ainsi librement dans un rapport de subordination vis-à-vis d'autrui ».

⁷⁷³ Cass. soc., 17 avril 1991, n° 88-40121, Bull. civ. V, n° 200 ; Cass. Ass. Plén., 4 mars 1983, n° 81-11647, Bull. civ. n° 3, D. 1983, p. 381, concl. J. CABANNES ; D. 1984, IR p. 164, obs. J.-M. BÉRAUD.

⁷⁷⁴ V. A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail », Dr. social 2001, p. 227, spéc. p. 234 : « cette subordination entretient un double rapport avec ce contrat. En effet, si tout contrat de travail engendre un lien (évidemment "juridique") de subordination, l'existence d'un état de subordination conditionne la qualification de contrat de travail, au point que sa constatation paraît le plus souvent décisive pour conclure à cette qualification lorsque la nature d'une convention est discutée ».

⁷⁷⁵ Cass. soc., 8 décembre 1976, n° 75-40777, Bull. civ. V, n° 646, p. 526.

⁷⁷⁶ Cass. soc., 13 janvier 2000, n° 97-17766, Bull. civ. V, n° 20 ; *contra*. Cass. soc., 7 mars 1979, n° 77-41195, Bull. civ. V, n° 209.

⁷⁷⁷ A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail », article précité, spéc. p. 235.

Le lien de subordination est donc tant une manifestation de l'exécution du contrat de travail qu'un indice permettant sa qualification.

219. En ce sens, dès la phase précontractuelle et tout au long de l'exécution du contrat, une influence s'établit grâce à l'exécution d'un lien de subordination qui est considéré tantôt comme une situation de fait, tantôt comme un état de droit. Dès lors, le lien de subordination crée une influence sur la formation et sur l'exécution du contrat de travail : il est un préalable à la conclusion du contrat, une condition de qualification du contrat mais également un effet de son application. Il permet donc à l'employeur de légitimer les mesures prises dans le cadre de son pouvoir de direction.

B. L'influence du pouvoir de direction lors de la suspension du contrat de travail

220. Définie en langage courant comme «un abandon, un arrêt, une cessation momentanée»⁷⁷⁸, la définition doctrinale de la suspension du contrat de travail appartient à chaque auteur⁷⁷⁹. Elle est difficile à préciser, car elle intervient dans des situations très différentes. Une définition large de la notion est donc nécessaire pour ne pas se tromper. Les Professeurs AUZERO et DOCKÈS ont retenu la définition suivante : « il y a suspension du contrat de travail chaque fois que “le travailleur est fondé à refuser sa prestation de travail ou l'employeur à s'abstenir de fournir du travail” »⁷⁸⁰. La suspension s'oppose donc à la rupture du contrat de travail, en ce qu'elle maintient le lien de subordination et donc l'exercice des pouvoirs de l'employeur sur le contrat de travail.

⁷⁷⁸ V° Suspension, *Le Petit Robert 2014*, éd. Le Robert, 2014.

⁷⁷⁹ V. J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, préface de J. PÉLISSIER, Sirey, coll. Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, t. VII, 1980 ; V. A. COEURET, M. MINE, B. GAURIAU, *Droit du travail*, Sirey, coll. Université, 3^e éd., 2013, p. 309, n° 428 ; Fr. GAUDU, R. VATINET, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2013, p. 180, n° 219 ; Ph. LANGLOIS, « contre la suspension du contrat de travail », *D. 1992. Chron.*, p. 141 ; J.-M. BÉRAUD, « L'influence de la suspension du contrat de travail sur les relations institutionnelles dans l'entreprise », *Dr. social* 1980, p. 151 ; T. YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail et les applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté européenne*, L.G.D.J., 1963 ; J. PÉLISSIER, « Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 427.

⁷⁸⁰ E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 360, n° 318 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, Thémis, 1970, p. 491.

Sa particularité est qu'elle peut dépendre ou non de la volonté de l'employeur⁷⁸¹ : certaines suspensions du contrat de travail ne dépendent pas de la volonté de l'employeur, elles y échappent. Les développements à venir ne traiteront que des cas de suspensions ayant pour source la volonté de l'employeur et son pouvoir de direction. Les suspensions les plus courantes sont alors la mise à pied conservatoire (1) et de la fermeture de l'entreprise en cas de difficultés économiques (2).

1. La suspension prononcée à titre individuel : la mise à pied conservatoire

221. La suspension prononcée à titre individuel peut intervenir dans deux hypothèses : à titre disciplinaire ou à titre préventif lorsque le comportement du salarié présente un risque pour l'entreprise.

L'influence exercée sur le contrat de travail est inhérente aux pouvoirs de l'employeur. Elle n'a pas besoin d'être expressément prévue par le règlement intérieur⁷⁸² ou par la convention collective d'entreprise⁷⁸³. Elle est une mesure disciplinaire détachée de la sphère de la sanction (bien que les sanctions applicables à l'entreprise doivent être prévues au sein du règlement intérieur).

Alors que la mise à pied disciplinaire relève plus précisément du pouvoir de sanction de l'employeur, la mise à pied conservatoire est prise dans le cadre de son pouvoir de direction. Il s'agit de la volonté de l'employeur, dans le cadre de ses attributions, d'écarter un salarié au motif qu'il présenterait un danger pour l'entreprise. Cette volonté et ce pouvoir de décision sont justifiés par la circulaire du 15 mars 1983 qui dispose qu'« afin de pouvoir faire face à des situations de danger ou de désordre par exemple en cas de rixe, une mesure provisoire de mise à pied peut être décidée et exécutée immédiatement par l'employeur »⁷⁸⁴. La décision

⁷⁸¹ V. not. A. COEURET, M. MINE, B. GAURIAU, *Droit du travail, op. cit.*, p. 309, n° 428 : « cette situation ne saurait pour autant être perçue comme défavorable au salarié puisqu'elle assure le maintien du rapport contractuel malgré les événements perturbateurs qui viennent l'affecter. (...) Les causes de suspension sont multiples et les situations auxquelles elles renvoient sont disséminées dans le Code du travail, tantôt au titre des congés (eux-mêmes fort nombreux), de la maladie (professionnelle ou non), de l'exercice d'un certain nombre de mandats publics, de la maternité ou encore de l'exercice du droit de grève, pour ne retenir que les hypothèses les plus connues ».

⁷⁸² Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-42740, Bull. civ. V, n° 243, JCP S 2010, p. 1509, note Fr. BOUSEZ, RJS 1/11, n° 39 ; RDT 2010, p. 719, note A. FABRE, Fr. DUQUESNE, « Légalité disciplinaire dans l'entreprise : l'épilogue ? », RJS, chron. p. 90.

⁷⁸³ C. trav., art. L. 1331-1 à L.1331-4.

⁷⁸⁴ Circulaire DRT n° 1983/05 du 15 mars 1983.

incombant à l'employeur, il s'agit donc d'une manifestation de son pouvoir de direction qui agit sur le contrat de travail et exerce donc son influence sur lui⁷⁸⁵.

La mise à pied conservatoire est donc une mesure provisoire destinée à écarter un salarié de l'entreprise. Elle peut être prononcée pour une durée indéterminée⁷⁸⁶, pour le temps de la procédure diligentée à l'encontre du salarié, sans terme fixe⁷⁸⁷. Ainsi, dès lors que la mise à pied conservatoire est prononcée, le contrat est-il suspendu et de ce fait, le versement du salaire également⁷⁸⁸.

222. L'influence de la pratique de suspension sur le contrat de travail se manifeste particulièrement dans les effets de cette dernière. La suspension du contrat de travail ne remet en cause ni l'existence de ce dernier (ni l'existence du mandat des salariés protégés)⁷⁸⁹ ni la continuité du lien de subordination⁷⁹⁰. Les pouvoirs de l'employeur sont toujours effectifs et le « lien d'entreprise »⁷⁹¹ n'est pas rompu : le salarié suspendu continue à être inscrit aux effectifs de l'entreprise.

La suspension du contrat de travail à titre individuel est-elle ainsi une manifestation probante de l'influence du pouvoir de direction de l'employeur sur le contrat de travail : il peut directement agir sur ce dernier. Toutefois, cette pratique n'est pas uniquement exercée à titre individuel. L'employeur peut également décider de suspendre plusieurs contrats de travail en même temps, notamment lors d'une fermeture d'entreprise.

⁷⁸⁵ B. REYNÈS, « Mise à pied conservatoire et nature disciplinaire du licenciement ? », D. 2010, p. 1536, spéc. p. 1537 : « c'est la loi du 4 août 1982 qui a consacré, au chapitre relatif à la "procédure disciplinaire", le droit pour l'employeur de prononcer "une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat", lorsque les faits reprochés au salarié la rendent indispensable, tout en spécifiant qu'aucune sanction définitive relative à ces faits ne peut être prise sans respect de la procédure disciplinaire (art. L. 1332-3 C. trav.) ».

⁷⁸⁶ La mise à pied conservatoire n'est forcément prononcée à durée indéterminée. Sur ce point, Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44185, Bull. civ. V, n° 81 ; D. 2009, p. 2204, note B. REYNES, et Pan., p. 2128, obs. M.-C. AMAUGÈRE-LATTES ; JCP S 2009, p. 1199, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; RJS 6/09, n° 534.

⁷⁸⁷ Cass. soc., 16 octobre 2002, n° 00-46280.

⁷⁸⁸ A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 173, n° 283.

⁷⁸⁹ Cass. soc., 2 mars 2004, n° 02-16554, Bull. civ. V, n° 71, p. 65 ; Cass. crim., 11 septembre 2007, n° 06-82410, Bull. crim., n° 199. Le principe de continuité des pouvoirs de l'employeur sur le contrat de travail s'applique également lorsqu'il s'agit d'une mise à pied conservatoire d'un salarié protégé. En effet, lorsque la mise à pied concerne un salarié protégé, la décision de mise à pied conservatoire doit être motivée et notifiée à l'inspecteur du travail dans les quarante-huit heures de sa prise d'effet⁷⁸⁹. Sur ce point, la Chambre sociale et Chambre criminelle ont désormais une position identique quant aux effets de la mise à pied sur l'exercice du mandat. Quelle que soit la mise à pied prononcée, elle n'a pas pour effet de suspendre l'exécution du mandat.

⁷⁹⁰ J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail, op. cit.*, p. 15 : « C'est en effet la disjonction entre l'existence du contrat et son exécution que traduit la suspension puisque l'arrêt de l'exécution, s'il n'est pas définitif, ne peut pas affecter l'existence même de la convention ».

⁷⁹¹ E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail, op. cit.*, p.361, n°320.

2. La suspension prononcée à titre collectif : la fermeture de l'entreprise

223. En cas de force majeure, l'employeur peut décider de fermer l'entreprise temporairement. Dans cette situation, la fermeture peut intervenir lorsque l'entreprise rencontre des difficultés économiques ou d'ordre organisationnel.

Dans cette seconde hypothèse, il convient de préciser que la pratique du « lock-out »⁷⁹² est illicite lorsqu'elle est utilisée à titre préventif pour empêcher la grève⁷⁹³, comme mesure de rétorsion ou de pression à l'égard des grévistes, ou comme sanction à la fin d'une grève⁷⁹⁴. En effet, la Cour de cassation a pu décider que « l'employeur, qui a l'obligation de fournir le travail promis aux salariés, ne peut s'en dégager unilatéralement par une décision de fermeture hâtive des services de l'entreprise non affectés par la grève »⁷⁹⁵. Elle constitue, en ce sens, « une faute contractuelle de l'employeur qui reste débiteur des salaires au profit des salariés non-grévistes auxquels l'accès des lieux de travail est refusé »⁷⁹⁶.

Cependant, la fermeture exceptionnelle et provisoire de l'entreprise, pratique licite, peut être décidée par l'employeur dans plusieurs cas : afin « d'assurer un minimum d'ordre et de sécurité dans l'entreprise »⁷⁹⁷, lorsqu'il invoque l'exception d'inexécution⁷⁹⁸, en cas force majeure⁷⁹⁹ ou lorsqu'il existe une situation de désorganisation de l'entreprise⁸⁰⁰. Toutefois, ce

⁷⁹² D. JOURDAN, C. DE BAILLEUL, CABINET J. BARTHÉLÉMY ET ASSOCIÉS, *Droit du travail 2011/2012*, op. cit., p. 199, n° 111.13. Le « lock-out » consiste en « la fermeture temporaire de l'entreprise décidée par l'employeur en réponse à un conflit collectif de travail ou à une menace de conflit collectif. Il entraîne la suspension du contrat de travail » ; G. LYON-CAEN, « Le lock-out », *Dr. ouvrier* 1950, p. 55 : « il serait d'ailleurs impossible d'admettre à la fois la régularité de principe de la grève et du lock-out puisque celui-ci a pour objet de paralyser celle-là » ; dans le même sens H. SINAY et J.-Cl. JAVILLIER, « La grève ne reste un droit efficace que si le lock-out, lui, n'est pas érigé en droit », in *La grève*, dir. G. H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1984, p. 462 ; V. Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-23006, Bull. civ. V, n° 303 ; D. 2014, p. 88, Dr. social 2014, p. 292, obs. D. BOULMIER.

⁷⁹³ Cass. soc., 24 janvier 1968, Bull. civ. V, n° 51 ; D. 1968, p. 285 ; *Dr. ouvrier* 1968, p. 190 ; GADT, 4e éd., n° 202.

⁷⁹⁴ J. MOULY, *Droit du travail*, Bréal, 7^e éd., 2014, p. 256.

⁷⁹⁵ Cass. soc., 10 janvier 1973, n° 71-40804, Bull. civ. V, n° 8, p. 8.

⁷⁹⁶ D. JOURDAN, C. DE BAILLEUL, CABINET J. BARTHÉLÉMY ET ASSOCIÉS, *Droit du travail 2011/2012*, op. cit.

⁷⁹⁷ Cass. soc., 2 décembre 1964, Bull. civ. IV, n° 809 ; GADT, n° 200. Ce pouvoir entre dans le cadre des compétences de son pouvoir de police.

⁷⁹⁸ V. not. W. DROSS, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, p. 1 ; J. -M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 89 ; B. TEYSSIÉ, « Le droit de Lock-out », *Dr. social* 1994, p. 795.

⁷⁹⁹ Cass. soc., 9 octobre 1997, n° 95-44645. C'est-à-dire « lorsque la grève d'une partie du personnel met l'employeur dans l'impossibilité de maintenir en activité tout ou partie des services de l'entreprise ». Cette démarche implique la mise en chômage technique.

⁸⁰⁰ Cass. soc., 5 juillet 1995, n° 93-20402, Bull. civ. V, n° 232, p. 169. Cass. soc., 22 février 2005, n° 02-45879, Bull. civ. V, n° 57, p. 50. La désorganisation de l'entreprise correspond à l'impossibilité effective de l'employeur de fournir du travail aux salariés non grévistes. Cette situation s'apprécie par secteur d'activité et non par rapport à l'entreprise toute entière.

dernier cas de recours a pu être remplacé par la jurisprudence par la notion de « situation contraignante » qui présente le même caractère d'irrésistibilité que la force majeure⁸⁰¹.

En tout état de cause, la fermeture s'effectue sous le contrôle du juge et charge à l'employeur de prouver le caractère indispensable de cette mesure⁸⁰².

Ainsi, en vertu de son pouvoir de direction, l'employeur, tenu d'assurer l'ordre et la sécurité au sein de l'entreprise, peut-il décider d'une fermeture exceptionnelle de l'entreprise. Cette décision est prise, dès lors que la sécurité physique du personnel est menacée ou des dégradations de biens immobiliers sont constatées⁸⁰³. Dans ce cas, la suspension collective des contrats de travail est soumise à la volonté de l'employeur.

§2. L'influence du pouvoir de direction lors du changement des conditions de travail

224. Faculté offerte par la loi et par la jurisprudence, l'employeur peut changer, en vertu de son pouvoir de direction, les conditions de travail du salarié qui lui est subordonné (A). Il s'agit d'une des manifestations les plus convaincantes de l'influence du pouvoir de direction de l'employeur sur les contrats de travail conclus avec lui. Cette capacité d'action est toutefois encadrée par l'exigence faite à l'employeur de ne pas exercer d'abus de pouvoir. Cette exception faite, le pouvoir de l'employeur en est d'autant plus renforcé que la charge de la preuve d'un abus de droit incombe au salarié (B).

⁸⁰¹ J. MOULY, *Droit du travail, op. cit.*

⁸⁰² J. MOULY, *Droit du travail, op. cit.*, p. 257.

⁸⁰³ Cass. soc., 21 mars 1990, n° 86-44190, Bull. civ. V, n° 131, p. 77 ; D. 1990, p. 99.

A. Le changement des conditions de travail, un pouvoir octroyé

225. Le contrat de travail, contrat à exécution successive, est dirigé par le principe de la force obligatoire des contrats de l'article 1134 du Code civil⁸⁰⁴. Ainsi, au nom de ce principe, la Chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle posé, avec l'arrêt *Raquin*⁸⁰⁵, la première pierre de la construction prétorienne du régime de la modification du contrat de travail⁸⁰⁶.

Toutefois, si la jurisprudence a imposé que l'accord du salarié soit donné en cas de modification du contrat de travail⁸⁰⁷, elle a cependant souligné que le changement des conditions de travail pouvait être « décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction »⁸⁰⁸. En conséquence, le refus du salarié de se soumettre à un changement de ses conditions de travail peut constituer une faute⁸⁰⁹.

Le lien de subordination légitime donc l'existence de l'influence de l'employeur sur le contrat de travail⁸¹⁰.

Ainsi, l'influence du pouvoir de direction de l'employeur sur le contrat de travail est-elle limitée par l'existence d'un « socle contractuel »⁸¹¹ que l'employeur ne peut modifier unilatéralement sans avoir obtenu l'accord du salarié concerné. Si ce « socle contractuel »

⁸⁰⁴ C. civ., art. 1134, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

⁸⁰⁵ Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 84-41902, Bull. civ. V, n° 541 ; Dr. social 1988, p. 141, obs. J. SAVATIER. *Adde* : GADT, 4e éd., n° 49, p. 263.

⁸⁰⁶ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, dir. P.-H. ANTONMATTEI, thèse, 2010, p. 69, n° 66.

⁸⁰⁷ Cass. soc., 4 février 1988, n° 85-45000, Bull. civ. V, n° 96. V. également Cass. soc., 21 janvier 1988, n° 84-45385, Bull. civ. V, n° 58, « l'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, modifier substantiellement le contrat individuel de travail et qu'il lui incombe, soit de maintenir les conditions contractuellement convenues, soit de tirer les conséquences du refus opposé par l'intéressé, l'acceptation de celui-ci ne pouvant résulter de la poursuite par lui du travail ».

⁸⁰⁸ Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-41137 et n° 93-40966, Bull. civ. V, n° 278 ; GADT, 4e éd., n° 50 ; D. 1996. IR 199 ; Dr. social 1996, p. 976, obs. H. BLAISE ; RJS 1996, p. 580, n° 900 ; JCP 1997. II. p. 22768, Note Y. SAINT-JOURS ; Dr. ouvrier 1996, p. 457, note MOUSSY ; Cass. soc., 30 septembre 1997, n° 95-43187, Bull. civ. V, n° 289, p. 211 ; Dr. social 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY ; RJS 1997, p. 748, n° 1202.

⁸⁰⁹ J. SAVATIER, « Distinction entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail. Refus par le salarié d'une modification des conditions de travail. Absence de faute grave », note sous Cass. soc., 9 avril 2002, *Capella c./Société GMA*, n° 99-45155, Bull. civ. V, n° 123, p. 130, Dr. social 2002, p. 665, spéc. p. 667 : « le refus d'un salarié de se soumettre aux décisions unilatérales de l'employeur relatives à son travail constitue ou non une faute selon qu'il s'agit d'une modification des conditions de travail, entrant dans le pouvoir de direction de l'employeur, ou d'une modification du contrat de travail, qui est subordonnée à l'accord des deux parties au contrat ».

⁸¹⁰ V. R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », RTD civ. 1907, p. 245.

⁸¹¹ Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p. 791 ; J. SAVATIER, « Distinction entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail. Refus par le salarié d'une modification des conditions de travail. Absence de faute grave », *op. cit.*, spéc. p. 667.

n'est pas limitativement établi par le législateur, la jurisprudence a pu dégager certains éléments que l'employeur ne peut modifier unilatéralement : la rémunération⁸¹², le lieu de travail excédant le secteur géographique de l'entreprise⁸¹³, ou encore l'aménagement de la durée du travail qui impacte nécessairement le nombre d'heures travaillées et donc sur la rémunération⁸¹⁴.

226. La possibilité pour l'employeur de modifier les « modalités »⁸¹⁵ d'exécution normale du contrat⁸¹⁶ sans son accord est justifiée par son pouvoir de direction. En effet, en fonction des besoins de l'entreprise, l'employeur doit s'adapter aux évolutions et aux exigences du marché, ce qui nécessite parfois qu'il change les conditions de travail⁸¹⁷.

Ainsi, au nom de l'intérêt de l'entreprise⁸¹⁸, l'employeur peut-il imposer des ordres et des directives qui outrepassent en apparence le cadre contractuel convenu entre les parties. Il peut s'agir de déplacements occasionnels hors du secteur géographique habituel du salarié⁸¹⁹, de la mise en œuvre de la clause de mobilité, de l'aménagement des horaires ou de l'organisation

⁸¹² Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43247, Dr. social 1998, p. 529, note G. COUTURIER. La rémunération doit être entendue au sens large. Elle inclut le salaire de base mais également ses accessoires : le taux horaire des salaires, le taux des commissions, ou encore les clauses de garantie de salaire minimum, V. Cass. soc., 3 juillet 2001, n° 99-40641, RJS 10/01, n° 1113 (sur le taux horaire) ; Cass. soc., 9 avril 2008, n° 07-40668, RJS 2008, n° 645 (sur le calcul des commissions); Cass. soc, 28 octobre 1998, n° 96-43282, TPS 1999, comm. p. 13.

⁸¹³ Cass. soc., 16 décembre 1998, n° 96-40227, RJS 1999, n° 157.

⁸¹⁴ Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 96-40614, Bull. civ. V, n° 433, p. 325.

⁸¹⁵ R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », article précité, p. 300.

⁸¹⁶ A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 448, n° 761 ; J. SAVATIER, « Modification de contrat de travail et respect des engagements contractuels », Dr. social 1988, p. 136 ; B. BOUBLI, « Sur la modification du contrat de travail », Sem. Soc. Lamy 1997, n° 835, p. 3.

⁸¹⁷ Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p. 791 : « la conséquence du pouvoir de direction, c'est le droit pour l'employeur d'organiser et de réorganiser son entreprise et donc de changer les conditions de travail. Le changement de ces conditions, qui sont nécessairement évolutives, ne serait-ce que pour se plier aux nouvelles technologies et aux exigences du marché, n'opère évidemment, sur un plan théorique, aucune modification des contrats de travail ».

⁸¹⁸ V. not. Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, 2010, p. 63 ; G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Mélanges J. SAVATIER*, 1992, p. 143 ; B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », D. 2004, p. 1680.

⁸¹⁹ Cass. soc., 22 janvier 2003, n° 00-43826, Bull. civ. V, n° 177 ; D. 2003, p. 1659, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « 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 ».

du temps de travail⁸²⁰, ou encore d'une modification de la cadence de travail sans répercussion sur la rémunération ou le temps de travail⁸²¹, etc.

L'influence du pouvoir de direction de l'employeur sur le contrat de travail lors d'une modification des conditions de travail dépend donc « d'une tension entre contrat et pouvoirs patronaux »⁸²². Cependant, elle est légitimée par l'intérêt de l'entreprise et elle permet à l'employeur de bénéficier du principe de la bonne foi contractuelle⁸²³ : charge est à celui qui se prévaut de sa mauvaise foi d'en rapporter la preuve⁸²⁴. L'employeur est donc protégé par ce principe jusqu'à ce que le salarié estime qu'il n'a pas agi dans l'intérêt de l'entreprise et qu'il aurait exercé un abus de pouvoir.

227. En tout état de cause, l'influence du pouvoir de direction de l'employeur s'opère, quelle que soit la modification envisagée : modification du contrat de travail ou changement des conditions de travail. Le rempart de l'accord du salarié semble plus fragile qu'il n'y paraît. Il semble peu prudent de soutenir que l'accord du salarié, fruit du consentement mutuel de l'article 1134 alinéa 2, lui permet de résister à la force de direction de l'employeur. Cette résistance, en apparence solide, est ébranlée par les conséquences du refus du salarié d'accepter l'offre de modification.

⁸²⁰ Cass. soc., 22 février 2000, n° 97-44339, Bull. civ. V, n° 67, p. 55 ; D. 2000, IR 82 ; JCP 2000. II. p. 10321, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; RJS 2000, p. 270, n° 374 ; CSB 2000, p. 515, A. 19, obs. C. CHARBONNEAU ; Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-45155, Bull. civ. V, n° 123, p. 130 ; D. 2002. IR 1529 ; Dr. social 2002, p. 665, obs. J. SAVATIER. Toutefois, si les horaires sont expressément précisés dans le contrat de travail et, à la demande du salarié, acceptés par l'employeur, ils présentent un caractère contractuel ; Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-42710, Bull. civ. V, n° 264, p. 213 ; RJS 2001, p. 762, n° 1111 ; TPS 2001, n° 358 ; Cass. soc., 8 novembre 2011, n° 10-19339, JCP S 2012, p. 1159, note H. K. GABA, « Sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée, relève du pouvoir de direction de l'employeur » ; Cass. soc., 22 février 2000, n° 97-44339, JCP G 2000, II, p. 10321, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *contra* Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14702.

⁸²¹ Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-44594, n° 08-44595 et n° 08-4496, RDT 2011, p. 119, obs. Fl. CANUT ; M. MINÉ, « Rythme de travail. Modification. Modification du contrat de travail (non). Modification des conditions de travail (oui) », Dr. social 2011, p. 333.

⁸²² E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, thèse, préface de A. LYON-CAEN, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit social t. 46, 2008, p. 243, n° 360.

⁸²³ Cass. soc., 23 février 2005, n° 04-45463, D. 2005, p. 1678, obs. P. GUIOMARD, note H. K. GABA ; *ibid.* p. 2499, obs. B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER ; RTD civ. 2005, p. 395, obs. J. MESTRE et B. FAGES, « la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle ».

⁸²⁴ P. BOUAZIZ, I. GOULET, « À propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité », Cass. soc., 23 février 2005, Dr. social 2005, p. 634, spéc. p. 635 : « la bonne foi étant présumée, c'est celui qui se prévaut de la mauvaise foi de la partie cocontractante qui doit en rapporter la preuve ».

En effet, lorsque l'employeur propose une mesure susceptible de modifier le contrat et que le salarié refuse, deux options s'ouvrent à l'employeur : il peut maintenir le contrat dans ses dispositions actuelles ou prendre la responsabilité d'engager une procédure de licenciement « qui ne sera pas d'ordre disciplinaire puisque le refus du salarié est légitime »⁸²⁵. Le licenciement sera pour motif personnel ou pour motif économique⁸²⁶. L'employeur est juste tenu, dans ce cas, de justifier que le motif de l'offre de modification est lui-même justifié par une cause réelle et sérieuse⁸²⁷.

La résistance du salarié *via* son refus est donc compromise par la possibilité pour l'employeur de décider d'un licenciement, en cas de refus d'une modification des conditions de travail. Dans ce cas, le pouvoir de l'employeur influence non plus le contrat de travail, mais la volonté du salarié. Cette force s'identifie d'autant plus lorsque la loi autorise ces modifications et donc écarte elle-même l'impératif accord du salarié.

B. Le changement des conditions de travail, un pouvoir renforcé

228. Les dispositions du troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil imposent que le contrat doive être exécuté de « bonne foi ». L'impératif d'exécution de bonne foi s'adresse au contrat de travail, mais également à l'employeur. Il doit exercer son pouvoir de direction de façon légitime, en veillant à l'intérêt général de l'entreprise, sans chercher à servir un quelconque intérêt privé. Toutefois, la force du pouvoir de direction de l'employeur demeure dans la présomption de bonne foi qui lui est accordée par la jurisprudence (1). Conformément aux principes de droit civil, et à l'adage *Actori incumbit probatio*, la charge de la preuve de la mauvaise foi de l'employeur incombe au salarié (2).

⁸²⁵ A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 456, n° 774 ; V. Ph. WAQUET, « La cause de la modification du contrat de travail », *Liaisons soc.*, mensuel, n° 132 oct. 1998, p. 62, « Le refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail ne peut, par lui-même, justifier son licenciement. La cause de ce dernier réside dans le motif de la modification refusée par l'intéressé ».

⁸²⁶ Les difficultés économiques de l'entreprise peuvent conduire l'employeur à proposer des modifications des contrats de travail aux salariés de l'entreprise. Cette possibilité est énoncée à l'article L.1222-6 du Code du travail qui dispose que « lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception.

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

A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

⁸²⁷ Cass. soc., 10 décembre 1996, n° 94-40300, Bull. civ. V, n° 430, p. 311 ; Dr. social 1997, p. 200, obs. G. COUTURIER.

1. La présomption de bonne foi profitant à l'employeur

229. En droit des contrats, la bonne foi implique « une exécution loyale du contrat, c'est-à-dire une exécution conforme à ce que l'on peut attendre d'un contractant soucieux de ses intérêts sans abuser de ses prérogatives »⁸²⁸. Elle oriente les volontés individuelles « dans le sens de la justice et du bien commun »⁸²⁹. L'employeur doit donc, en vertu de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, respecter ces dispositions et de ce fait, ne doit pas abuser de son pouvoir de direction.

En cas de changement des conditions de travail, l'employeur bénéficie de la présomption de bonne foi.

En ce sens, la Cour de cassation a pu poser le principe, en 2005, selon lequel « la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise »⁸³⁰. Le changement des conditions de travail imposé par l'employeur au salarié doit donc respecter cette exigence et agir dans l'intérêt de l'entreprise, s'il souhaite que les modifications qu'il envisage s'imposent. Ainsi, « la bonne foi commande à l'employeur de ne pas exercer sans motif légitime son pouvoir de direction sur la personne du salarié ou, lorsqu'il a un juste motif de mettre en œuvre un changement des conditions de travail, de le faire dans des conditions respectueuses de la personne de son cocontractant »⁸³¹.

Partant, le changement des conditions de travail relève donc bien d'un pouvoir quasi-souverain de l'employeur. Dès lors qu'il agit de bonne foi, ce dernier reste libre de changer les conditions de travail des salariés.

Cette exigence de bonne foi⁸³² de l'employeur lui impose, sous peine de voir sa responsabilité engagée⁸³³, de respecter la personne du salarié⁸³⁴ et de veiller à sa pérennité⁸³⁵, c'est-à-dire de veiller à la continuité du lien contractuel entre les parties.

⁸²⁸ Gr. LOISEAU, « Le contrat, la bonne foi, la personne », D. 2007, p. 1480, spéc. p. 1481.

⁸²⁹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912, p.198 ; V. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 188, n° 262.

⁸³⁰ Cass. soc., 23 février 2005, n° 04-45463, Bull. civ. V, n° 64, p. 56 ; note P. GUIOMARD, « Modification des conditions de travail du salarié, la bonne foi de l'employeur est présumée », Rec. D. 2005, p. 1678.

⁸³¹ Gr. LOISEAU, « Le contrat, la bonne foi, la personne », article précité, spéc. p. 1481.

⁸³² Au départ, le contrôle du pouvoir de l'employeur par le juge se faisait au travers de la théorie de l'abus de droit, V. Cass. soc., 29 janvier 2002, n° 99-44604, Bull. civ. V, n° 39 ; Le terme de « bonne foi » n'a été utilisé par la Cour de cassation qu'après, V. not. Cass. soc., 23 février 2005, n° 03-42018, Bull. civ. V, n° 64 ; Dr. social 2006, p. 634, note P. BOUAZIZ et I. GOULET ; Cass. soc., 3 octobre 2007, n° 06-45478 ; Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 06-45086. Toutefois, les termes d' « abus de droit » et de « bonne foi » peuvent être utilisés simultanément par la Cour de cassation pour motiver ses décisions, V. Cass. soc., 23 février 2005, *op. cit.* ; Cass. soc., 3 octobre 2007, *op. cit.* ; Cass. soc., 13 novembre 2008, *op. cit.*

⁸³³ Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-42280, Bull. civ. V, n° 188, p. 185 ; *RJS*, 8-9/02, n° 942.

Toutefois, les critères d'identification de la bonne foi de l'employeur sont assez peu précis et de ce fait, la Cour de cassation peine à en effectuer le contrôle⁸³⁶.

La présomption de bonne foi de l'employeur⁸³⁷ lui permet donc, lorsque l'intérêt légitime de l'entreprise le requiert, de proposer au salarié des modifications du contrat de travail. L'influence exercée par l'employeur est légitimée tant par la loi que par la jurisprudence et c'est donc au salarié de fournir la preuve de la mauvaise foi de l'employeur.

2. La charge de la preuve incombant au salarié

230. Aux termes de l'article L. 1222-1 du Code du travail, « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». Cet article rappelle l'obligation posée à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qui impose que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

Aussi, en matière de preuve, l'article 1315 alinéa 1 du Code civil dispose que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

Dès lors, bien que la loi impose une exécution de bonne foi du contrat de travail, c'est au salarié de prouver la mauvaise foi de l'employeur, en cas de changement des conditions de travail imposé par l'employeur⁸³⁸. Ainsi, le salarié, afin d'engager la responsabilité civile de l'employeur, doit-il démontrer une « exécution déloyale » du contrat de travail ou son « intention malicieuse »⁸³⁹.

L'exécution déloyale du contrat n'a pas de définition particulière. La Cour de cassation a souvent recours à cette qualification pour condamner l'employeur en raison d'une exécution

⁸³⁴ Chr. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. social 2004, p. 706.

⁸³⁵ Ph. LE TOURNEAU, « Bonne foi », Rép. civ. Dalloz, n° 31.

⁸³⁶ J. SAVATIER, « Contrat de travail. Obligation d'exécution de bonne foi. Violation justifiant la résiliation judiciaire demandée par le salarié », obs. sous Cass. soc. 10 mai 2006, *Melle Luca c./ Société Gecoma*, n° 05-42210, Bull. civ. V, n° 169 p. 164, Dr. social 2006, p. 803.

⁸³⁷ Cass. soc., 23 février 2005, n° 04-45463, Bull. civ. V, n° 64 p. 56, note P. GUIOMARD, « Modification des conditions de travail du salarié, la bonne foi de l'employeur est présumée », Rec. D. 2005, p. 1678.

⁸³⁸ Cass. soc., 10 juin 1997, n° 94-43889, Bull. civ. V, n° 210 : « en procédant à un changement des conditions de travail en exécution d'une clause de mobilité, l'employeur ne fait qu'exercer son pouvoir de direction et qu'il appartient à celui qui invoque un détournement de pouvoir d'en apporter la preuve ».

⁸³⁹ L'« intention malicieuse » se rapproche de la notion de mauvaise foi.

fautive du contrat⁸⁴⁰ ou une inexécution de ses obligations⁸⁴¹. Il s'agit donc plus généralement d'une exécution de mauvaise foi de la part de l'employeur⁸⁴².

Toutefois, afin de caractériser une exécution déloyale du contrat de travail, les juridictions peuvent être conduites à utiliser le critère de l'intention malicieuse de l'employeur qui se distingue de l'intention de nuire, plus restrictive⁸⁴³.

Ainsi, l'intention malicieuse rend-elle « illicite un acte objectivement licite »⁸⁴⁴. Plus subtile que l'intention de nuire, elle dénote d'un abus de la part de l'employeur. L'établissement de sa preuve est donc délicat à rapporter par le salarié⁸⁴⁵. Pourtant, cette démonstration est nécessaire à la condamnation de l'employeur qui aurait abusé de son pouvoir de direction⁸⁴⁶.

Dès lors, afin de neutraliser l'influence du pouvoir de direction de l'employeur, le salarié doit non seulement soupçonner une « intention malicieuse » de la part de l'employeur, mais également réussir à en établir la preuve. Le pouvoir de direction de l'employeur garde donc toute effectivité jusqu'à preuve du contraire.

Toutefois, en cas de mise en œuvre d'une clause de mobilité contractuelle, il existe un tempérament à l'obligation faite au salarié de rapporter la preuve de la mauvaise foi de l'employeur.

Sur ce point, si la Chambre sociale de la Cour de cassation légitime la bonne foi de l'employeur par l'intérêt de l'entreprise⁸⁴⁷, elle tempère sa position notamment lorsqu'entrent en compte les droits fondamentaux des salariés. Yves FROMONT précise alors que « par le passé, la bonne foi contractuelle était présumée et il incombait au salarié de démontrer que la décision de mise en œuvre de la clause de mobilité n'était pas conforme à l'intérêt de l'entreprise ou exclusive de la bonne foi contractuelle. Désormais, lorsque l'employeur met en œuvre une clause de mobilité, la simple allégation par le salarié que l'exécution de la

⁸⁴⁰ Cass. soc., 6 juin 2012, n° 11-17489, Bull. civ. V, n° 171, Dalloz actualité, 19 juin 2012, obs. J. SIRO ; D. 2012. Act. p.1620 ; RJS 2012, p. 599, n° 681 ; JSL 2012, n° 327-2, obs. H. K. GABA ; JCP S 2012, p. 1463, obs. D. CHENU.

⁸⁴¹ Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 11-21849, Bull. civ. V, n° 318.

⁸⁴² Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK, D. 2007, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER, JCP G 2007. II, p.10154, note D. HOUTCIEFF, « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

⁸⁴³ J.-M. BUISSON, « Nécessaire intention malicieuse de l'employeur », JSL 2012, n° 325.

⁸⁴⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, p. 146, n° 122.

⁸⁴⁵ Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-71029 : « la diminution du nombre d'heures d'enseignement confiées (...) ne constitue pas une modification de son contrat de travail et qu'il n'est pas démontré que cette diminution procède d'une intention malicieuse de l'employeur dès lors que des ordres de mission ont été refusés par la salariée ».

⁸⁴⁶ J.-M. BUISSON, « Nécessaire intention malicieuse de l'employeur », article précité.

⁸⁴⁷ Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-43071.

stipulation contractuelle porte atteinte à sa vie personnelle et familiale suffit à obliger l'employeur, conformément aux dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail, à démontrer qu'elle est à la fois justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché »⁸⁴⁸. Depuis 2011, cette obligation est applicable lorsque le salarié invoque une discrimination⁸⁴⁹.

231. L'influence du pouvoir de direction de l'employeur se trouve donc mise à mal dans les hypothèses où les décisions qu'il prend portent atteinte aux droits fondamentaux du salarié. Dans cette hypothèse, la charge de la preuve est renversée et le pouvoir de direction de l'employeur écarté. Le principe de la bonne foi de l'employeur est néanmoins maintenu comme règle de principe.

En effet, selon l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 3 novembre 2011, « sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur »⁸⁵⁰. En ce sens, la Cour de cassation oppose la protection des droits fondamentaux au pouvoir de direction de l'employeur et tend également à nuancer la notion d'« atteinte excessive » à un droit fondamental⁸⁵¹.

En effet, la question de l'existence de degrés d'atteintes aux droits fondamentaux se pose. En ce qui concerne la détermination de l'existence ou non d'une modification du contrat de travail, le Professeur DOCKÈS souligne qu'« aux dires de la Cour, seule une “atteinte excessive” aux droits fondamentaux ouvrirait un droit au refus du salarié. Porter atteinte aux droits fondamentaux sans excès serait en revanche acceptable »⁸⁵².

Dès lors, par cet arrêt, la question de la preuve apportée par le salarié revient au premier rang. En effet, la Cour de cassation précise « Sauf atteinte excessive », ce qui implique que le salarié supporte la charge de la preuve du caractère « excessif » de l'atteinte à ses droits fondamentaux.

⁸⁴⁸ Y. FROMONT, « L'avenir des clauses de mobilité géographique », Dr. social 2011, p. 919.

⁸⁴⁹ Cass. soc. 23 mars 2011, n° 09-69127.

⁸⁵⁰ Cass. soc. , 3 novembre 2011, *GSF Orion*, n° 10-14702, Bull. civ. V, n° 246 ; *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1518, note A. FABRE, p. 11.

⁸⁵¹ A. FABRE, « Les droits fondamentaux à l'assaut des changements d'horaires », *Sem. soc. Lamy*, 19 décembre 2011, n°1518, p.11 : « Si la Cour de cassation rappelle que le changement d'horaires sur la journée relève, en principe, du pouvoir de direction de l'employeur, elle confirme surtout que le respect des droits fondamentaux du salarié en constitue l'ultime limite ».

⁸⁵² E. DOCKÈS, « Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier », Dr. social 2012, p. 147.

En ce sens, il est envisageable de penser que la question de la modification de son contrat de travail lui revient : charge au salarié d'estimer que la modification prononcée par l'employeur est excessive et de le démontrer.

En ce sens, l'emprise du pouvoir de direction de l'employeur sur le contrat de travail n'est pas prête d'être renversée.

Section 2. Les manifestations de l'influence du pouvoir de direction sur le contrat de travail

232. Le pouvoir de direction de l'employeur peut être qualifié de pouvoir central duquel émergent deux autres pouvoirs : le pouvoir normatif et le pouvoir de sanction de l'employeur. Sans conclure à une confusion des pouvoirs, il est possible d'affirmer qu'il existe une interdépendance des pouvoirs de l'employeur dont le pilier central serait son pouvoir de direction⁸⁵³. Il existe donc bien trois pouvoirs différents, mais qui interagissent entre eux.

Le pouvoir normatif de l'employeur lui permet d'édicter des règles de droit qui, sans s'incorporer au contrat de travail, vont s'y imposer jusqu'à s'articuler avec lui (§1).

Autre manifestation de l'influence du pouvoir de direction de l'employeur, le pouvoir disciplinaire permet à l'employeur de sanctionner un salarié dont le comportement est fautif. Ces sanctions peuvent directement impacter le contrat de travail jusqu'à le rompre par la procédure de licenciement disciplinaire du salarié fautif (§2).

⁸⁵³ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 4, n° 3, « la distinction traditionnelle d'un pouvoir de direction, d'un pouvoir disciplinaire et d'un pouvoir normatif est trompeuse. Le pouvoir disciplinaire et le pouvoir normatif ne sont que des modes d'exercice du pouvoir de direction reconnu à l'employeur ».

§1. L'influence du pouvoir normatif de l'employeur sur le contrat de travail

233. Le pouvoir normatif de l'employeur, modalité de son pouvoir de commandement⁸⁵⁴, est caractérisé par sa capacité d'édicter des normes générales. Ces dernières peuvent revêtir différents aspects, mais ont toutes la particularité de s'imposer au contrat de travail (A). Toutefois, bien que ces normes ne s'incorporent pas au contrat de travail, elles interagissent avec le contrat de travail jusqu'à exercer leur supériorité sur lui (B).

A. La détermination de l'influence du pouvoir normatif de l'employeur

234. L'employeur, dans le cadre de son pouvoir normatif, peut édicter des normes ou des règles de droit qui ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des salariés travaillant au sein de l'entreprise (2). Son pouvoir normatif est alors source du droit (1).

1. L'utilité de la production normative de l'employeur

235. L'étude de la manifestation du pouvoir normatif de l'employeur permet de conclure à sa qualification de source du droit.

En effet, les manifestations du pouvoir normatif de l'employeur sont de « véritables règles ou normes, modèles abstraits de relations revêtant un caractère général et permanent par leur vocation à modeler un nombre potentiellement illimité de situations concrètes »⁸⁵⁵. Leurs caractéristiques prédominantes sont donc leur nature générale et obligatoire. En ce sens, « dès lors que le pouvoir de direction de l'employeur s'exprime par voie de disposition générale et permanente, il devient créateur de véritables règles de droit »⁸⁵⁶.

Quant à la finalité de ce pouvoir, elle peut se trouver dans la recherche de la sauvegarde de la sécurité ou de l'image de l'entreprise. Ces impératifs peuvent, au nom de l'article L. 1121-1 du Code du travail⁸⁵⁷, restreindre les libertés des salariés. Dans ce contexte, l'employeur peut

⁸⁵⁴ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 77, n° 68.

⁸⁵⁵ M. VÉRICEL, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », *Dr. social* 1991, p. 120.

⁸⁵⁶ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 759, n° 724.

⁸⁵⁷ 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 ».

prendre des décisions relatives à l'attitude, au comportement ou à la tenue vestimentaire de ses subordonnés⁸⁵⁸.

Concernant ce dernier exemple, du fait que la liberté de se vêtir n'a pas la valeur d'une « liberté fondamentale »⁸⁵⁹, le pouvoir de l'employeur se justifie souvent par des impératifs de sécurité⁸⁶⁰, d'hygiène, ou encore de présentation devant la clientèle⁸⁶¹.

Ces restrictions sont autorisées par son pouvoir de direction et ont une influence sur le contrat de travail grâce à l'exercice du lien de subordination. Toutefois, le pouvoir normatif, trop général, trop abstrait, ne peut révéler toute son effectivité qu'au travers de manifestations précises.

2. L'illustration de la production normative de l'employeur

236. Les manifestations de l'influence du pouvoir normatif de l'employeur sont diverses et peuvent avoir une portée tant générale que particulière. Les plus courantes sont le règlement intérieur et les engagements unilatéraux (a), mais il ne s'agit pas d'une nomenclature exhaustive dans la mesure où les manifestations du pouvoir normatif évoluent avec les méthodes de production et gestion de l'entreprise (b).

⁸⁵⁸ Th. LAHALLE, *L'employeur et le droit du travail, pouvoir de gestion, pouvoir de direction*, Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2012, p. 153, n° 175.

⁸⁵⁹ Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273, Bull. civ. V, n° 178, p. 174 ; RJS 8-9/03, n° 975.

⁸⁶⁰ CE, 16 décembre 1974 ; RJS 1995, n° 128.

⁸⁶¹ Cass. soc., 28 mai 2003, *op. cit.* ; CA Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, D. 1998, 2, p. 546, note S. FARNOCCHIA ; CA Versailles, 23 novembre 2006, RJS 2007, n° 697.

a) *Le règlement intérieur et les engagements unilatéraux*

237. Le pouvoir normatif de l'employeur se manifeste principalement par son pouvoir réglementaire et par la création d'usages ou d'engagements unilatéraux. Le pouvoir réglementaire est donc une « sous-catégorie » du pouvoir normatif, pouvoir plus général.

Ainsi, en vertu de son pouvoir normatif, l'employeur peut-il « passer des actes juridiques »⁸⁶², édicter des normes qui s'imposent aux salariés et qui peuvent affecter, réduire, compromettre, leurs droits et intérêts. Par le biais des actes unilatéraux, l'employeur peut donc imposer sa volonté, notamment au travers des notes de service et du règlement intérieur.

Le pouvoir réglementaire est donc la quintessence de l'expression du pouvoir normatif de l'employeur. Sa particularité, contrairement aux engagements unilatéraux et autres usages d'entreprise, est qu'il présente un caractère contraignant.

Comme évoqué plus haut, le règlement intérieur peut restreindre les libertés des salariés, ce que ne peut pas faire l'engagement unilatéral. Ce pouvoir exerce une influence indirecte sur le contrat de travail : l'employeur peut agir sur le contrat de travail par l'intermédiaire du règlement intérieur qu'il a élaboré.

Toutefois, si le pouvoir réglementaire n'a jamais été consacré par la loi en tant que tel, d'une part, les dispositions relatives au règlement intérieur sont codifiées aux articles L. 1321-1 et suivant du Code du travail⁸⁶³ et d'autre part, l'arrêt *Unigrains* a reconnu le règlement intérieur comme un « acte réglementaire de droit privé »⁸⁶⁴. Dès lors, il ne constitue plus une annexe du contrat de travail, comme cela l'était suggéré dans l'arrêt *des sabots* du 14 février 1866⁸⁶⁵. La norme contractuelle et la norme réglementaire sont donc indépendantes l'une de l'autre et le salarié, lié par son contrat de travail, doit respecter les dispositions réglementaires.

Le règlement intérieur est donc une source de droits, mais surtout d'obligations au vu de son influence. Toutefois, cette dernière va s'exercer tant sur les salariés que sur l'employeur, lui-

⁸⁶² E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préface de G. CORNU, Economica, 1985, p. 140, n° 219.

⁸⁶³ C. trav., art. L.1321-1 : « Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement : 1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ; 2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ; 3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ».

⁸⁶⁴ Cass. soc., 25 septembre 1991, *Unigrains*, n° 87-42396, Bull. civ. V, n° 381 ; Dr. social 1992, p. 24, obs. J. SAVATIER ; Dr. ouvrier 1992, 180, note M.-Fr. BIED-CHARRETON ; AJDA 1992, p. 94, note X. PRÉTOT ; GADT, n° 177. V. Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Thèse, Montpellier, Litec, 1998.

⁸⁶⁵ Cass. civ., 14 février 1866, *les sabots*, Bull. civ. n° 34 p. 46 ; D. 1866. I. p. 84

même initiateur de l'acte réglementaire. C'est donc le caractère général de la norme qui crée la force du règlement intérieur.

238. Quant aux engagements unilatéraux, ils ont été reconnus comme sources du droit en 1990⁸⁶⁶, ce qui leur a donné une réelle force juridique, du fait de leur caractère très général⁸⁶⁷. Ainsi, qu'ils émanent de la simple volonté de l'employeur, ou qu'ils soient issus d'une négociation collective invalide, ils proviennent tous de la volonté de l'employeur et sont caractérisés par leur « utilité sociale »⁸⁶⁸.

Contrairement au règlement intérieur, l'engagement unilatéral n'a pas vocation à contraindre le salarié. Il ne doit pas « être source de sujétions pour les salariés et [qu'] il ne peut déroger à la loi ou à la convention collective que dans un sens favorable aux salariés »⁸⁶⁹.

Ces deux normes sont donc le fruit du pouvoir normatif de l'employeur. Il les crée, elles exercent une influence et elles s'imposent à la relation de travail sans s'y incorporer. La puissance de ce pouvoir s'étend jusqu'au droit de vie et de mort de ces normes. Il peut tant les créer que de décider de les supprimer. Ainsi, la force des décisions prises par l'employeur dans le cadre de l'exercice de son pouvoir normatif est-elle notable. Ces sources s'imposent au contrat de travail, qu'elles contraignent le travailleur subordonné (le règlement intérieur) ou simplement qu'elles lui octroient des avantages auxquels le salarié ne peut renoncer sauf stipulations plus favorables au sein du contrat individuel de travail⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Cass. soc., 4 avril 1990, Dr. social 1990, p. 803, note J. SAVATIER ; GADT, 4e éd., n° 176. E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », Dr. social 1994, p. 227.

⁸⁶⁷ M. VÉRICEL, « Le sort des engagements unilatéraux en cas de conclusion postérieure d'un accord collectif », Dr. social 2010, p. 1092 : « lorsque l'employeur édicte une telle mesure, il n'a pas du tout l'intention de souscrire à une obligation individuelle à l'égard de chaque salarié ; en réalité il entend poser une règle, un modèle de rapport dans l'entreprise, élément d'un statut collectif, applicable à tout le personnel (ou à une catégorie de personnel) actuel et futur ».

⁸⁶⁸ M. VÉRICEL, « Le sort des engagements unilatéraux en cas de conclusion postérieure d'un accord collectif », article précité, p. 1092.

⁸⁶⁹ H. TISSANDIER, « L'identification d'un engagement unilatéral de l'employeur », RDT 2008, p. 400, spéc. p. 401.

⁸⁷⁰ Ce point sera développé plus bas.

b) Une liste non exhaustive de manifestations

239. Bien qu'ils incarnent les principales manifestations du pouvoir normatif de l'employeur, le règlement intérieur et les engagements unilatéraux n'en forment pas la liste limitative⁸⁷¹.

En effet, l'entreprise regorge de normes tels les processus de fabrication et de production qui ne s'apparentent ni aux engagements unilatéraux de l'employeur, ni au règlement intérieur. Ces règles isolées, ponctuelles et propres à chaque service constituent une influence ambiante et permanente.

Le pouvoir normatif de l'employeur est donc source du droit, il est créateur de règles juridiques. Il s'impose à la collectivité des travailleurs qui mettent leur force de travail à la disposition de l'employeur. La particularité de ce pouvoir est qu'il dépasse les frontières normatives classiques, en ce qu'il crée des normes qui ne sont pas nécessairement « référencées » parmi les normes classiques du droit. Il implique tout document à caractère général et obligatoire émanant de l'employeur et à destination de la collectivité de travailleurs. Les normes produites évoluent avec les méthodes de production et de gestion de l'entreprise. On assiste alors à une véritable densification normative⁸⁷² justifiée par la prolifération de normes⁸⁷³ applicables dans l'entreprise, notamment en matière de sécurité ou d'hygiène.

Ainsi, le respect de cahiers des charges, les rétro-planning relatifs à la conduite d'un projet, ou encore les comptes rendus heure par heure de la journée de travail, sont-ils autant de normes obligatoires propres à l'entreprise qui prennent souvent une forme écrite. L'influence des pouvoirs de l'employeur est donc indirecte et génère des automatismes chez les salariés.

La non-catégorisation de ces normes a un effet intéressant sur le comportement des salariés. Ces derniers, par habitude, occultent presque la provenance de la contrainte qui est imposée et pensent agir indépendamment de toute contrainte supérieure. À titre d'exemple, la rédaction

⁸⁷¹ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 78, n° 68 : « le pouvoir normatif de l'employeur ne se résume pas aux règlements intérieurs, aux engagements unilatéraux et aux usages d'entreprise ».

⁸⁷² Fr. DOURNAUX, « La densification normative, processus d'évolution du droit », in C. THIBIERGE et *ali*, *La densification normative, découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 187. Au sein de l'ouvrage collectif, plusieurs auteurs ont tenté de proposer une définition de la densification normative. Celle du Professeur Frédéric DOURNAUX se prête à notre démonstration. Sa définition explique de « De manière descriptive, la densification normative désigne un processus d'accroissement de la normativité au sein du système juridique. De manière fonctionnelle, la densification normative constitue un processus d'évolution du droit par la pression constante qu'elle exerce sur le système juridique ».

⁸⁷³ C. THIBIERGE, « La densification normative », D. 2014, p. 834 : « la densification normative désigne le processus par lequel la norme prend forme et force ».

d'un rétro-planning devient logique pour des questions d'organisation du temps de travail. C'est donc en ce sens qu'il est possible d'évoquer une influence ambiante.

B. L'application de l'influence du pouvoir normatif de l'employeur

240. Il existe, en apparence, un parallélisme entre manifestations du pouvoir normatif de l'employeur et le contrat de travail. L'influence du pouvoir de l'employeur sur le contrat de travail ne paraît donc pas évidente à ce stade.

En effet, il est difficile d'envisager l'influence du pouvoir normatif sur le contrat de travail si la norme produite par l'employeur ne s'incorpore pas au contrat individuel de travail (1). La force du pouvoir de l'employeur sur le contrat de travail se manifeste à deux instants de la « vie » de la norme : au moment de sa création et de sa mise en œuvre et au moment de sa destruction (dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral). En effet, la force de la norme issue du pouvoir normatif de l'employeur se traduit par l'impossibilité pour le salarié d'y renoncer, mais également par la conséquence de sa destruction sur le contrat de travail (2).

1. La non-incorporation et la contractualisation de la production normative de l'employeur

241. Le règlement intérieur, les engagements unilatéraux ou les usages font partie du statut collectif non négocié. Ils sont destinés à l'ensemble des salariés de l'entreprise. D'un point de vue hiérarchique, ils sont placés en dessous de l'accord collectif⁸⁷⁴ et cette position légitime leur influence sur le contrat individuel de travail.

Toutefois, si ces engagements unilatéraux ne s'intègrent pas au contrat de travail⁸⁷⁵ (a), ce principe est remis en cause lors de la contractualisation d'un engagement unilatéral et lors du transfert des usages et engagements unilatéraux dans le cadre de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁸⁷⁶ (b).

a) Le principe de non-incorporation des normes collectives et du règlement intérieur

242. La non-incorporation des avantages résultant des engagements pris par l'employeur a été jugée de manière constante depuis 1988⁸⁷⁷. Dès lors, « les avantages résultants des engagements pris collectivement par l'employeur ne s'incorporent pas au contrat de travail, leur suppression résulte d'une dénonciation régulière »⁸⁷⁸. Le principe de non-incorporation au contrat de travail concerne donc tant les normes collectives (conventions et accords collectifs), que les usages ou les engagements unilatéraux, qui sont eux-mêmes intégrés au statut collectif.

L'analyse de la dimension de l'influence du règlement intérieur sur le contrat de travail a connu une évolution.

⁸⁷⁴ A. MAZEAUD, « Contrat de travail. Statut collectif. Engagement unilatéral. Renonciation. Disposition contractuelle plus favorable. », note sous arrêt, Cass. soc., 18 octobre 2006, *M^{me} Grosjean c/ CGAER du Gard*, n° 04-44602, Bull. civ. V, n° 314 p. 301, Dr. social 2007, p. 108, spéc. p. 109.

⁸⁷⁵ Cass. soc., 3 décembre 1996, n° 94-19466, Bull. civ. V, n° 412 p. 296 ; Dr. social 1997, p.102, obs. Ph. WAQUET ; GADT, 4e éd., n° 172.

⁸⁷⁶ C. trav., art. L.1224-1 : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

⁸⁷⁷ Cass. soc., 25 février 1988, *Deschamps*, Bull. civ. V, n° 139, p. 92 ; Dr. social 1989. p. 86, note A. PENNEAU ; D. 1988 som. com. p. 320, obs. A. LYON-CAEN ; Cass. soc., 22 janvier 1992, RJS 3/92, n° 373, Bull. civ. V, n° 25, n° 16 ; Cass. soc., 16 décembre 1992, RJS 2/93, n° 167. *Contra* Cass. soc., 20 février 1986, n° 84-43737, Bull. civ. V, n° 25, p. 19.

⁸⁷⁸ Ph. WAQUET, « Contrat de travail et statut collectif », Chron., RJS 6/94, p. 399, spéc. p. 401.

Avant le 4 août 1982⁸⁷⁹, le règlement intérieur était accepté tacitement par le salarié. Il était « incorporé au contrat de travail » et il en constituait « une annexe »⁸⁸⁰. Or, depuis 1982, la thèse institutionnelle selon laquelle le règlement intérieur et le contrat de travail « opèrent sur des plans distincts »⁸⁸¹ a eu les faveurs tant de la jurisprudence⁸⁸² que de la doctrine travailliste⁸⁸³.

Ainsi, existe-t-il un phénomène de non-incorporation du règlement intérieur au contrat individuel de travail qui se caractérise par la non-modification du contrat de travail par le règlement intérieur.

Sans prôner un *statu quo*, il semblerait que cette non-incorporation du statut collectif non négocié et du règlement intérieur au contrat de travail paraisse quelque peu fictive. Sa « force obligatoire est indépendante du contrat de travail et préexiste à la conclusion de celui-ci »⁸⁸⁴. Plus clairement, le règlement intérieur, norme obligatoire et générale, s'impose au salarié au moment de la conclusion du contrat de travail : il ne peut être négocié au moment de l'embauche et il n'est présenté au salarié qu'à titre informatif. Il s'impose au salarié sans néanmoins s'incorporer au contrat de travail en tant que tel.

243. De manière générale, l'analyse de l'influence du pouvoir normatif sur le contrat de travail pourrait être de nature quasi-géométrique.

En effet, le principe mathématique selon lequel deux droites sont parallèles si elles ne se croisent pas peut s'appliquer à la relation entre pouvoir normatif de l'employeur et contrat de travail. En ce sens, puisqu'il existe un principe de non-incorporation entre les normes issues du pouvoir normatif de l'employeur et le contrat de travail, ces derniers sont des mécanismes parallèles qui évoluent indépendamment.

⁸⁷⁹ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux.

⁸⁸⁰ Fr. PETIT, *Droit des contrats de travail*, Lextenso, Gualino, coll. Master pro, 2011, p. 279, n° 374.

⁸⁸¹ Fr. GÉA, M.-F. MAZARD, « Contrat de travail et norme collective », Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 768, 1^{er} octobre 2012.

⁸⁸² Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 95-41260, Bull. civ. V, n° 383 : « le fait d'apposer sa signature sur le règlement intérieur lors de l'embauche ne manifestait pas de la part du salarié, la volonté claire et non équivoque d'accepter l'intégration à son contrat de travail de la disposition du règlement intérieur relative au changement de lieu de travail, étranger à l'objet limitativement déterminé par les articles L. 122-34 et L. 122-35 du Code du travail ».

⁸⁸³ M. VÉRICEL, « Effets de la référence du contrat de travail aux dispositions du règlement intérieur », Dr. social 2004, p. 834 ; J.-E. RAY, « Restructurations et statut collectif », Dr. social 1989, p. 56 ; B. MATHIEU, « La modification du règlement intérieur ne peut supprimer des avantages prévus par le contrat de travail qui y fait référence », D. 1992, p. 378.

⁸⁸⁴ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 255, n° 227.

Toutefois, cette règle doit être nuancée : si le contrat de travail et la norme issue du statut collectif non négocié (ou le règlement intérieur) ne peuvent se croiser, ils peuvent se rejoindre. Dès lors, le parallélisme entre ces normes est faussé.

En effet, la hiérarchie des normes fait que ces normes patronales se situent au-dessus du contrat de travail, elles s'y imposent donc sans pour autant s'y incorporer. Cependant, si ces normes ne peuvent se croiser (principe de non-incorporation), elles peuvent du moins se toucher dès l'instant où le facteur du lien de subordination entre en compte⁸⁸⁵.

En ce sens, les normes patronales ne s'incorporent pas au contrat de travail, car elles ne peuvent le modifier, mais elles s'imposent au salarié lié à l'employeur par le contrat de travail et donc par un lien de subordination.

244. En définitive et en principe, l'influence des fruits du pouvoir normatif de l'employeur sur le contrat de travail ne peut se faire en vertu du principe de non-incorporation de la norme au contrat, mais les normes peuvent interagir et évoluer grâce au lien de subordination entre employeur et salarié.

Ces normes peuvent tout de même se croiser dans l'hypothèse d'une contractualisation des avantages issus des engagements unilatéraux.

⁸⁸⁵ M. VÉRICEL, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », article précité, spéc. p. 124 : « en concluant ce contrat [de travail], le salarié accepte de se soumettre au pouvoir de l'employeur de direction et d'organisation de l'entreprise qui implique celui de fixer unilatéralement les règles régissant l'exécution de la prestation de travail ».

b) L'exception de la contractualisation des avantages issus des engagements unilatéraux

245. Le principe de non-incorporation des engagements unilatéraux et usages d'entreprise est remis en cause dans deux hypothèses : la contractualisation d'un engagement unilatéral (α) et le transfert des usages et engagements unilatéraux dans le cadre de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁸⁸⁶ (β).

α . La contractualisation d'un usage ou d'un engagement unilatéral

246. La contractualisation d'un avantage issu d'un engagement unilatéral de l'employeur peut remettre en cause le principe de non-incorporation des usages et engagements unilatéraux, notamment en matière de salaire entièrement issu d'un usage⁸⁸⁷. Le constat est donc le suivant : « le salaire, contrepartie du travail, résulte en principe du contrat. S'il est entièrement issu de l'usage, cet usage s'incorpore au contrat ce qui interdit à l'employeur de le réviser unilatéralement »⁸⁸⁸. Ainsi, dès lors qu'un élément généralement contractualisé, tel le salaire, est issu d'un usage, l'incorporation au contrat semble inévitable.

En effet, de manière générale, la contractualisation de l'usage ou de l'engagement unilatéral peut être analysée sous deux angles : comme une « incorporation », mais également comme une transformation de l'usage ou de l'engagement unilatéral en clause contractuelle. Dans ce dernier cas, la contractualisation lui fait perdre son caractère de généralité.

La thèse de l'« incorporation » de l'avantage au contrat de travail par le biais de la contractualisation a été retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation, depuis un arrêt du 1er février 2012⁸⁸⁹. Par cet arrêt, elle a parachevé une évolution jurisprudentielle entamée en 1999⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ C. trav., art. L.1224-1 : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

⁸⁸⁷ Cass. soc., 20 octobre 1998, *M. Didier Courcelles et autres c/ Caisse régionale d'assurance mutuelle agricole*, n° 95-44290, Bull. civ. V, n° 435, p. 326, D. 1999. p. 525, note F. JAULT-SESEKE et M. MOREAU ; Cass. soc., 7 avril 1998, n° 95-42992, Bull. civ. V, n° 206, p. 153 ; JSL 19 mai 1998, n° 14-6 ; Cass. soc., 31 janvier 1996, n° 93-42008 ; Cass. soc., 13 février 1996, n° 93-42309, Bull. civ. V, n° 53, p. 37.

⁸⁸⁸ M. HAUTEFORT, « Salaire, usage et modification du contrat de travail », JSL, n° 24/98, p. 6.

⁸⁸⁹ Cass. soc., 1^{er} février 2012, n° 10-17394 et n° 10-17591, Bull. civ. V, n° 49, D. actualité, 14 février 2012, note A. ASTAIX : « Mais attendu qu'ayant relevé que par lettre du 12 février 1992, l'employeur avait proposé au salarié l'instauration d'une nouvelle méthode de calcul des salaires, entraînant la suppression des primes

Toutefois, cette contractualisation peut également s'analyser en une transformation, dès lors que l'employeur recherche un accord sur l'avantage. Cette transformation se justifie par les négociations entre l'employeur et le salarié. L'avantage a donc la possibilité d'être personnalisé et serait susceptible de n'être plus conforme à son état originel.

Aussi, la transformation implique que la source de l'usage soit modifiée : l'usage, transformé en clause contractuelle, a pour source un accord entre employeur et salarié, et non plus la seule volonté de l'employeur. Il n'est plus le fruit de sa seule volonté. Il est le fruit d'une volonté commune : l'employeur propose la teneur de l'usage contractualisé qui sera accepté par le salarié qui signe la proposition. Dès lors, cette contractualisation entraîne l'application et les effets de l'article 1134 du Code civil.

antérieures et l'instauration d'une prime de production et d'une gratification annuelle, et lui avait demandé de la signer pour acceptation en précisant que l'absence de réponse valait acceptation, puis que par lettre du 8 décembre 1999, le salarié avait été informé de la suppression de la prime de production à compter du 1er janvier 2000, la cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur qui, en 1992, avait incorporé ces avantages au contrat de travail ne pouvait supprimer unilatéralement la prime de production ».

⁸⁹⁰ Cass. soc., 5 octobre 1999, n° 97-45733, n° 97-45734 et n° 97-45735, Bull. civ. V, n° 361 p. 265, « Dès l'instant que l'employeur a sollicité l'accord des salariés à la remise en cause d'un avantage qui a été reconduit jusqu'au transfert d'activité, cet avantage qui a un caractère contractuel, oblige le nouvel employeur au service duquel les salariés sont passés par l'effet de l'article L. 122-12 du Code du travail et ne peut être remis en cause par un accord collectif moins favorable ».

β. Le transfert des engagements unilatéraux dans le cadre de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail

247. La transmission des engagements unilatéraux au nouvel employeur lors d'un transfert d'entreprise a été posée par l'arrêt *Société Eiffage construction Rhône-Alpes c/M. J. Carvalho*, rendu le 12 mars 2008⁸⁹¹ par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Dès lors, dans le cadre de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, tant l'usage d'entreprise⁸⁹² que l'engagement unilatéral sont soumis au nouvel employeur qui doit en assurer l'exécution. Étant radicalement opposée à la première position de la Cour de cassation de 1965⁸⁹³, cette règle jurisprudentielle ne remet pas en cause « l'autonomie respective des contrats de travail et du statut collectif »⁸⁹⁴ : le nouvel employeur est toujours en mesure de dénoncer les usages de l'entreprise ou les engagements de son prédécesseur, à condition de respecter les règles prévues en la matière.

Toutefois, dans cette hypothèse, le principe de l'autonomie du contrat de travail et du statut collectif non négocié doit être relativisé. Plus précisément, le nouvel employeur n'est tenu au maintien des engagements unilatéraux et usages qu'à l'égard des contrats de travail transférés. Malgré une autonomie des sources, contrats de travail et normes collectives sont donc liés : les usages et engagements unilatéraux de l'ancien employeur sont attachés aux contrats transférés. En effet, c'est parce que les contrats de travail sont maintenus que ces normes du statut collectif non négocié trouvent à s'appliquer avec le nouvel employeur. L'influence de la source sur le contrat de travail est donc ici détachée de la volonté de l'employeur.

⁸⁹¹ Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-45147, Bull. civ. V, n° 59 ; D. 2008, p. 994 ; RDT 2008, p. 387, obs. A. FABRE ; V. not. Cass. soc., 16 décembre 1992, n° 88-43834, Bull. civ. V, n° 594, p. 374 ; Dr. social 1993, p. 156, note J. SAVATIER, RJS 1993, p. 115, n° 167 ; Cass. soc., 4 février 1997, n° 95-41468 et n° 95-41471, Bull. civ. V, n° 47, p. 31 ; Dr. social 1997, p. 416, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 25 novembre 2003, n° 01-17501, Bull. civ. V, n° 294, p. 296 ; Dr. social 2004, p. 170, note J. SAVATIER.

⁸⁹² Cass. soc., 23 septembre 1992, n° 89-45656, Bull. civ. V, n° 479, p. 301 ; RJS 11/92, n° 1318 ; J. DÉPREZ, « le sort des usages d'entreprise et des accords atypiques en cas de changement d'employeur », RJS 3/93, p. 143.

⁸⁹³ Cass. soc., 29 avril 1965, n° 64-40350, Bull. civ. IV, n° 326 ; Dr. social 1965, p. 511, obs. J. SAVATIER, « Si l'article 23, 8^{ème} alinéa du même livre [livre 1^{er}] prévoit que subsistent les contrats individuels de travail, cette disposition n'a pas en principe pour effet de transmettre les autres obligations et dettes de l'employeur précédent à son successeur, même résultant d'accords collectifs »

⁸⁹⁴ Ph. WAQUET, « Contrat de travail et statut collectif », article précité, spéc. p. 401.

2. La renonciation et la destruction de l'engagement unilatéral

248. Même si le statut collectif non-négocié ne peut s'incorporer au contrat de travail, le salarié ne peut ni renoncer à un engagement unilatéral (a), ni s'opposer à sa destruction (b).

a) L'impossible renonciation du salarié à l'engagement unilatéral

249. Le principe de faveur suppose que, lorsqu'ils sont plus avantageux, les usages et les engagements unilatéraux pris par l'employeur l'emportent sur les dispositions contractuelles. Aussi, selon l'ordre public social, le contrat de travail ne peut être moins avantageux que l'engagement unilatéral⁸⁹⁵.

À titre d'exemple, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu décider que les conditions de versement d'un treizième mois ne peuvent être modifiées par un avenant au contrat dans un sens moins favorable que celles prévues par un accord atypique valant engagement unilatéral de l'employeur⁸⁹⁶.

Par cette décision, la Chambre sociale de la Cour de cassation applique la logique de l'effet automatique de la convention collective à l'engagement unilatéral. En effet, c'est parce qu'il est de « nature collective et statutaire »⁸⁹⁷, que l'engagement unilatéral est considéré comme faisant partie du statut collectif non négocié et qu'il s'impose au contrat de travail, sans pour autant s'y intégrer.

C'est pourquoi, il est impossible pour le salarié de renoncer au bénéfice d'un engagement unilatéral pris par l'employeur. Il y aurait donc un effet automatique du statut collectif non négocié sur le contrat de travail identique à celui de la convention ou d'un accord collectif.

Cet effet automatique implique que, sauf limitation particulière, l'ensemble des salariés bénéficie de l'engagement unilatéral. Aucune clause contractuelle ne peut donc prévoir l'exclusion d'un salarié du champ d'application d'un engagement unilatéral qui lui est

⁸⁹⁵ Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44292, Bull. civ. V, n° 106, p. 82.

⁸⁹⁶ Cass. soc., 4 février 2003, n° 01-40066, Bull. civ. V, n° 38, p. 34 : « les conditions de versement du 13e mois ne pouvaient être modifiées par un avenant au contrat de travail dans un sens moins favorable que celles prévues par un accord collectif ou par un accord valant engagement unilatéral de l'employeur tant que cet accord demeurait en vigueur et qu'il lui appartenait, dès lors, comme l'y invitaient les conclusions des salariés de rechercher, au regard de la nature juridique de l'accord de 1982, si sa dénonciation était régulière et opposable aux salariés concernés à la date de signature des avenants ».

⁸⁹⁷ A. MAZEAUD, « Contrat de travail. Statut collectif. Engagement unilatéral. Renonciation. Disposition contractuelle plus favorable. », note sous arrêt, Cass. soc., 18 octobre 2006, *M^{me} Grosjean c/ CGAER du Gard*, *op. cit.*

favorable⁸⁹⁸. Dès lors, au même titre qu'une norme collective d'entreprise plus générale, le salarié ne peut renoncer à un engagement unilatéral, elle s'impose à lui et à son contrat de travail.

b) La destruction de l'engagement unilatéral imposée au salarié

250. C'est parce qu'il existe une autonomie entre le statut collectif non négocié et le contrat de travail que les usages d'entreprise et les engagements unilatéraux de l'employeur ne sont pas incorporés au contrat de travail. Dès lors, « la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur n'emporte aucune modification à ces contrats »⁸⁹⁹. Cela, quand bien même l'employeur aurait sollicité l'avis des salariés⁹⁰⁰. La solution reste différente si l'avantage a été contractualisé⁹⁰¹.

De ce point, découle la question relative à l'accord du salarié en cas de dénonciation par l'employeur d'un usage relatif à des avantages salariaux. La Chambre sociale de la Cour de cassation a répondu a répondu par l'affirmative en 1998⁹⁰². Toutefois, « le champ d'application de pareille décision est strictement limité à l'hypothèse où l'intégralité du salaire est exclusivement fixé par un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur. Dans l'hypothèse contraire, le salarié ne peut (hélas) prétendre à aucune protection relativement à la partie de sa rémunération déterminée par le statut collectif non négocié »⁹⁰³.

⁸⁹⁸ Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-44602, Bull. civ. V, n° 314, p. 301 : « Le contrat de travail entraîne l'application du statut collectif en vigueur dans l'entreprise, lequel peut résulter d'un engagement unilatéral de l'employeur, et que le salarié ne peut y renoncer dans son contrat de travail, sauf disposition contractuelle plus favorable. » ; A. MAZEAUD, « Contrat de travail. Statut collectif. Engagement unilatéral. Renonciation. Disposition contractuelle plus favorable », note sous arrêt, Cass. soc., 18 octobre 2006, *op. cit.*

⁸⁹⁹ Cass. soc., 13 février 1996, n° 93-42309, Bull. civ. V, n° 53, p. 37 ; D. 1996, IR p. 75 ; RJS 1996, n° 4, n° 481 ; Cass. soc., 7 avril 1998, n° 95-42992, Bull. civ. V, n° 206 ; D. 1998, Somm. p. 255, obs. B. GAURIAU ; Dr. social 1998, p. 623, obs. J. SAVATIER.

⁹⁰⁰ Cass. soc., 16 novembre 2005, n° 04-40339, Bull. civ. V, n° 329 ; Cass. soc., 26 avril 2006, n° 05-43005, « l'avantage litigieux qui résultait d'un usage et n'était pas incorporé au contrat de travail n'a pu changer de nature par l'effet de la recherche de l'employeur d'un accord avec ses salariés sur sa modification ».

⁹⁰¹ Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-17394, Bull. civ. V, n° 49.

⁹⁰² Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 95-44290, Bull. civ. V, n° 435 ; D. 1999, Jur. p. 525, note F. JAULT-SESEKE et M. MOREAU ; *adde* F. MILLET, « Le rôle du juge en cas de dénonciation par l'employeur de l'accord des contractants sur la rémunération du salarié », JCP 1999, II, n° 10206 ; Liaisons soc., 26 novembre 1998, Jur. n° 60 ; RJS 1998, n° 1448, p. 392. Dans cet arrêt, l'employeur voulait dénoncer l'avantage salarial contenu dans un usage ou un engagement unilatéral, ce qui engendrait une modification corrélative de la rémunération du salarié.

⁹⁰³ G. PIGNARRE, « L'autonomie du statut collectif et du contrat aux prises avec la nature contractuelle de la rémunération », note sous Cass. soc., 11 janvier 2000, n° 97-44148, Bull. civ. V, n° 17, p. 13 ; D. 2000, p. 893, spéc. p. 895.

Néanmoins, si les avantages salariaux peuvent être révisés ou détruits sans modification du contrat de travail, « c'est à la condition expresse que cette révision intervienne dans les formes légales ou jurisprudentielles »⁹⁰⁴.

L'arrêt rendu le 20 novembre 2012 par la Chambre sociale de la Cour de cassation est venu préciser ce point. Cette dernière a en effet précisé « qu'un avantage résultant d'un usage, qui n'est pas incorporé au contrat de travail, ne peut changer de nature par l'effet de la recherche par l'employeur d'un accord avec ses salariés sur sa modification ; qu'un tel usage ne peut être dénoncé sans respecter un délai de prévenance »⁹⁰⁵. Ainsi, seule la procédure de dénonciation des usages, qui inclut notamment le respect d'un délai de prévenance suffisant, permet-elle de mettre fin ou de modifier un usage d'entreprise. L'accord entre l'employeur et les salariés ne peut écarter cette procédure.

251. Le principe de non-incorporation du statut collectif non négocié au contrat de travail devient, paradoxalement, une marque de puissance du pouvoir normatif de l'employeur sur le contrat de travail.

Cette force est tirée du fait que la destruction statut collectif non négocié n'implique pas une modification du contrat de travail qui nécessiterait l'accord du salarié, quand bien même l'avantage octroyé serait relatif à une partie de rémunération.

Ainsi, l'employeur peut-il procéder à la dénonciation d'un avantage salarial correspondant à une partie (seulement) de la rémunération sans solliciter l'accord du salarié. Le pouvoir normatif de l'employeur peut donc influencer le contrat de travail sans pour autant être soumis aux règles relatives à la modification du contrat de travail.

Le pouvoir normatif de l'employeur exerce donc une force sur le contrat de travail. C'est donc parce que le statut non négocié ne peut être incorporé au contrat de travail qu'il peut évoluer, agir de manière parallèle au contrat de travail et faire pression sur le contrat de travail. L'incorporation des engagements unilatéraux ou usages au contrat de travail les aurait faits prisonniers de ce dernier. Maintenir leur indépendance garantit leur position hiérarchique sur le contrat de travail.

⁹⁰⁴ J.-E. RAY, « Employeur. Engagement unilatéral. Défaut de dénonciation régulière. Opposabilité. Licenciement », note sous arrêt Cass. soc., 18 novembre 1998, *M^{me} Puzin c./ M. Mireur*, n° 96-42932, Bull. civ. V, n° 495, p. 369 ; Dr. social 1999, p. 97.

⁹⁰⁵ Cass. soc., 20 novembre 2012, n° 11-22298.

§2. L'influence du pouvoir disciplinaire de l'employeur

252. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur est inscrit à l'article L. 1331-1 du Code du travail qui dispose 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 ». En ce sens, le Code du travail envisage le droit disciplinaire à partir de la sanction et non à partir de la faute du salarié⁹⁰⁶. Il est, au même titre que le pouvoir normatif, un « accessoire »⁹⁰⁷ du pouvoir de direction qui exerce une influence directe sur le contrat de travail. L'employeur, autrefois « seul juge »⁹⁰⁸, est l'unique détenteur de ce pouvoir qui peut punir et sanctionner les salariés⁹⁰⁹. Les sanctions prononcées par l'employeur peuvent être de toutes sortes. Elles peuvent cependant être classées en deux catégories : le licenciement disciplinaire (A) ou la modification du contrat de travail à titre disciplinaire (B).

⁹⁰⁶ J. PÉLISSIER, « Le licenciement disciplinaire », *Dr. social* 1992, p. 751, spéc. p. 753 : « Le Code du travail part de la notion de sanction et non de la notion de faute pour présenter l'ensemble des règles de droit disciplinaire. Et pour définir la sanction, notion clef, la loi ne fait pas référence à la faute disciplinaire du salarié. Elle vise de façon beaucoup plus générale "un agissement du salarié considéré (par l'employeur) comme fautif" ».

⁹⁰⁷ E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social. Étude offerte à J. PÉLISSIER*, Paris, Dalloz 2004, p. 203, spéc. p. 210.

⁹⁰⁸ Cass. soc., 15 janvier 1960, Bull. civ. V, n° 49 : « l'employeur [...] est seul juge de savoir quels sont les salariés qu'il doit conserver dans l'intérêt de son entreprise » ; V. not. Cass. soc. 31 mai 1956, *Brinon*, JCP 1956, II, 9397, note ESMEIN ; D. 1958, p. 21, note LEVASSEUR ; *adde* Cass. soc., 27 janvier 1971, n° 70-40120, Bull. civ. V, n° 54, p. 69 ; Cass. soc., 18 décembre 1972, n° 72-40068, Bull. civ. V, n° 695, p. 636.

⁹⁰⁹ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.* p. 785, n°749, « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur est un mode d'exercice particulier du pouvoir de direction, qui se caractérise par son origine. Il est, selon le Code du travail, pris à la suite d'un comportement du salarié que l'employeur considère comme fautif. Ceci laisse supposer que l'acte de pouvoir de l'employeur a pour finalité immédiate de punir, de sanctionner. Le droit disciplinaire a pour objet et pour fonction d'encadrer cette édicton de sanctions ».

A. Le licenciement disciplinaire

253. Lorsqu'il est motivé par une faute du salarié, le licenciement disciplinaire est l'ultime sanction que peut prononcer l'employeur : il décide de l'exclusion du salarié de l'entreprise⁹¹⁰ (1). Or, la faute du salarié n'implique pas toujours un licenciement disciplinaire. La procédure disciplinaire peut s'articuler avec la rupture conventionnelle du contrat de travail, ce qui rappelle qu'au-delà d'un pouvoir disciplinaire, l'employeur détient surtout le droit de la rupture du contrat (2).

1. Licenciement disciplinaire et faute du salarié

254. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur permet à ce dernier de sanctionner un salarié qu'il considère fautif. En ce sens, son influence sur le contrat de travail est légitimée par la loi qui prévoit que la fixation de « la nature et l'échelle des sanctions » relève du règlement intérieur (norme issue du pouvoir normatif et réglementaire de l'employeur)⁹¹¹.

Les sanctions sont donc graduées : elles s'étendent du simple avertissement jusqu'au licenciement à titre disciplinaire.

Parmi elles, le licenciement à titre disciplinaire est l'expression la plus probante de l'influence du pouvoir disciplinaire de l'employeur : il anéantit le contrat de travail.

Selon la situation, l'employeur dispose de différents types de licenciements : un licenciement de droit commun, prononcé à titre non disciplinaire (inaptitude physique, incompétence professionnelle, etc.) ou un licenciement à statut particulier comme le licenciement disciplinaire⁹¹². Ainsi, dans le cadre de l'exercice du pouvoir qui lui est conféré, le licenciement à titre disciplinaire est-il celui qui attirera notre attention.

Sur ce sujet, le Professeur PÉLISSIER rappelle que « le licenciement disciplinaire suppose nécessairement l'existence d'une faute commise par le salarié »⁹¹³. Cette faute doit être un

⁹¹⁰ V. J. MOULY, J. SAVATIER, *Licenciement disciplinaire*, Répertoire de droit du travail, octobre 2013, mise à jour : janvier 2015, Art. 4, n° 161 ; J. SAVATIER, « La procédure des licenciements disciplinaires et la sanction de son inobservation », *Dr. social* 1997, p. 690.

⁹¹¹ C. trav., article L.1321-1, 3° : « Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement : 3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ».

⁹¹² Ph. WAQUET, « Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier », *Dr. social* 2009, p. 1177.

⁹¹³ J. PÉLISSIER, « Le licenciement disciplinaire », article précité, spéc. p. 752.

« manquement aux obligations résultant de son contrat »⁹¹⁴ et doit être qualifiée de « grave » ou « lourde » pour que le licenciement puisse être prononcé à titre disciplinaire⁹¹⁵.

Ainsi, dans le cas d'un licenciement disciplinaire prononcé par l'employeur, l'influence du pouvoir de ce dernier sur le contrat de travail est-elle absolue : dès lors qu'il justifie d'une cause réelle et sérieuse, il a le pouvoir de le rompre de manière unilatérale sans que l'accord du salarié ne soit requis. Il ne s'agit donc pas d'une articulation entre les deux sources, mais de l'exercice d'un pouvoir écrasant le contrat individuel. Cette faculté détenue par l'employeur démontre toute la puissance du pouvoir disciplinaire de l'employeur sur le contrat individuel de travail.

2. Licenciement disciplinaire et rupture conventionnelle

254-1. Rupture conventionnelle et licenciement disciplinaire n'ont, en théorie, pas la même finalité : alors que la rupture conventionnelle suppose un accord des parties, le licenciement disciplinaire suscite une situation contentieuse entre les deux parties au contrat de travail.

Toutefois, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu démontrer que ces deux modes de ruptures pouvaient parfois se coordonner.

Par un arrêt rendu le 3 mars 2015⁹¹⁶, elle a pu décider que la conclusion d'une rupture conventionnelle, après l'engagement d'une procédure disciplinaire de licenciement, n'emporte pas renonciation par l'employeur à l'exercice de son pouvoir disciplinaire. En ce sens, d'une part, le licenciement disciplinaire et la rupture conventionnelle peuvent s'articuler

⁹¹⁴ Cass., Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, Bull., Chambre mixte, n° 3 ; D. 2007, Jur. p. 2137, obs. J. MOULY ; Sem. soc. Lamy 2007, n° 1310, note Ph. WAQUET ; RDT 2007, p. 527, obs. Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, JCP 2007. II., p. 10129, obs. Gr. LOISEAU ; D. 2007, Pan. p. 3037, obs. Ch. GÉNIAUT ; Dr. ouvrier 2008, p. 25, note S. DUCROCQ ; V. Cass. soc., 4 juillet 2000, n° 97-44846 et n° 98-44959, Bull. civ. V, n° 263 ; CE, 15 décembre 2010, n° 316.856, Conclusions G. DUMORTIER, RDT 2011, p. 99 ; Sem. soc. Lamy 2011, n° 1481, p. 10, note M-Chr. ROUAULT et Fr. DUQUESNE ; Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67464, Bull. civ. V, n° 105 ; Sem. soc. Lamy, n° 1492, p. 12 note. Fr. CHAMPEAUX.

⁹¹⁵ La faute grave est celle qui revêt une importance « telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis » (V. Cass. soc., 26 février 1991, n° 88-44908, Bull. civ. V, n° 97, p. 60). Cette définition jurisprudentielle est complétée par l'article 11 de la Convention n°158 de l'OIT selon laquelle la faute grave est une « faute de nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper ce travailleur pendant la durée du préavis ». Elle se distingue de la faute lourde qui implique « l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise »⁹¹⁵ (V. Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-40618, Bull. civ. V, n° 599, p. 360 ; Dr. social 1991, p. 107 ; G. COUTURIER, « La faute lourde du salarié », Dr. social 1991, p. 105).

⁹¹⁶ Cass. soc., 3 mars 2015, 2 arrêts : *M. X. c/ SAS Bicbo Soredis (1^{er} arrêt)*, *SAS Patry auto c/ M. Y. (2^e arrêt)* ; n° 13-15551 et n° 13-23348 ; D. 2015, p. 632, Dr. social 2015, p. 376, note J. MOULY.

et d'autre part, l'influence du pouvoir disciplinaire de l'employeur sur le contrat de travail est maintenue.

Dès lors, la possibilité pour l'employeur « de reprendre la procédure disciplinaire » et de « prononcer une sanction, y compris un licenciement pour faute grave », si le salarié exerce son droit de rétractation, conforte l'effectivité de l'influence du pouvoir disciplinaire sur le contrat de travail.

En effet, si la solution de la Cour de cassation n'avait pas été telle, « tout salarié susceptible d'être licencié pour faute grave aurait tout intérêt à signer une rupture conventionnelle (qu'on la lui propose ou qu'il la suggère) avant de se rétracter »⁹¹⁷. En d'autres termes, la rupture conventionnelle serait demandée (ou acceptée) par le salarié uniquement afin de se rétracter et pour échapper à une procédure disciplinaire. Dès lors, le maintien de la procédure disciplinaire vise à maintenir le pouvoir de sanction de l'employeur.

La solution rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation sert la cohérence du principe d'influence du pouvoir disciplinaire de l'employeur sur le contrat de travail. L'acceptation par l'employeur du recours à une rupture conventionnelle plutôt qu'une procédure de licenciement disciplinaire ne contrevient pas au résultat escompté : l'exclusion du travailleur de l'entreprise⁹¹⁸.

L'influence du pouvoir disciplinaire sur le contrat de travail s'exerce lors de la procédure de licenciement disciplinaire, mais également lors de la modification du contrat de travail à titre disciplinaire.

⁹¹⁷ J. SIRO, « Rupture conventionnelle : rétractation du salarié et licenciement disciplinaire », D. actualité, 30 mars 2015.

⁹¹⁸ J. MOULY, « La neutralité de la rupture conventionnelle à l'égard du pouvoir disciplinaire de l'employeur », Dr. social 2015, p. 376.

B. La modification du contrat individuel de travail à titre disciplinaire

255. Dans le cadre de l'exercice de ses fonctions et de son pouvoir disciplinaire, l'employeur peut proposer une modification du contrat de travail à titre disciplinaire⁹¹⁹. Cette modification est soumise à l'accord du salarié, « ce qui signifie en d'autres termes que le contrat s'impose à l'employeur et limite son pouvoir de direction »⁹²⁰. Toutefois, il peut sembler hâtif de considérer que le pouvoir disciplinaire de l'employeur est définitivement écarté. Si l'employeur ne peut que « proposer » au salarié une sanction modifiant le contrat de travail, il peut, en cas de refus de ce dernier, prononcer une autre sanction en lieu et place (1). Cette règle jurisprudentielle conduit à s'interroger sur une éventuelle escalade du pouvoir disciplinaire de l'employeur (2).

1. Le refus de la modification du contrat de travail à titre disciplinaire

256. Pouvoir de direction et pouvoir disciplinaire sont intimement liés, notamment lorsqu'il s'agit pour l'employeur de modifier le contrat de travail à titre disciplinaire. Ainsi, la sanction envisagée peut-elle être de tout ordre : rétrogradation⁹²¹, mise en œuvre de la clause de mobilité à titre disciplinaire⁹²², etc.

Bien que la sanction soit disciplinaire et donc supposée s'imposer au salarié, dès lors qu'il s'agit d'une modification du contrat de travail, l'accord du salarié est requis. Il peut donc la refuser⁹²³.

Ainsi, est-il possible d'affirmer que le choix offert au salarié d'accepter ou de refuser la sanction caractérise en apparence une résistance effective du contrat de travail aux pouvoirs de direction de l'employeur. Il est cependant discutable d'affirmer que la jurisprudence *Hotel le Berry*⁹²⁴, instaure « la supériorité du contrat sur le pouvoir disciplinaire (...) avec toute la

⁹¹⁹ V. Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45033, Bull. civ. V, n° 320 ; D. 1999 p. 125, note C. PUIGELIER ; *ibid.* 171, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; *ibid.* 359, chron. J. MOULY ; Dr. social 1998. p. 803, rapp. Ph. WAQUET ; *ibid.* 1999. 3, note Chr. RADÉ ; GADT, 4^e éd., n° 67 ; JCP 1998. II. 10161, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

⁹²⁰ E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », article précité, spéc. p. 209.

⁹²¹ Cass. soc., 4 novembre 1981, n° 80-13381, Bull. civ. V, n° 859.

⁹²² Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-41574, Bull. civ. V, n° 265.

⁹²³ Cass. soc., 28 avril 2011, n° 09-70619, Bull. civ. V, n° 97, « lorsque l'employeur notifie au salarié une sanction emportant modification du contrat de travail, il doit informer l'intéressé de sa faculté d'accepter ou refuser cette modification ».

⁹²⁴ Cass. soc., 16 juin 1998, *op. cit.*

fermeté requise », ⁹²⁵ car la seule faculté offerte au salarié de refuser la sanction prononcée ne le prémunit pas d'une sanction plus lourde, à savoir un licenciement pour motif personnel.

En effet, dans l'hypothèse où le salarié refuse cette modification à titre disciplinaire, il appartient à l'employeur de prononcer une autre sanction en lieu et place de la sanction refusée ⁹²⁶ : cette sanction peut être un licenciement pour motif personnel à condition que les faits reprochés au salarié justifient eux-mêmes une telle sanction (obligation de proportionnalité entre comportement fautif et sanction appliquée) et qu'ils n'aient pas déjà été sanctionnés ⁹²⁷. Le refus du salarié, constituant une faute, auparavant qualifiée de « grave » par la jurisprudence ⁹²⁸, a perdu son adjectif qualificatif au profit de la justification de cette faute comme une cause réelle et sérieuse de licenciement ⁹²⁹.

En ce sens, l'influence du pouvoir disciplinaire reprend le dessus sur la brève de résistance du contrat de travail, à tel point que la question de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur a été débattue ⁹³⁰. On peut penser sur ce sujet que, dans un souci de protection des intérêts du salarié, la non-contractualisation soit préférable, notamment en cas de mise en œuvre d'une clause de mobilité à titre disciplinaire.

⁹²⁵ E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », article précité, spéc. p. 210.

⁹²⁶ Cass. soc., 16 juin 1998, *Société Hotel Le Berry*, n° 95-45033, Bull. civ. V, n° 320, p. 243 ; Dr. social 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET ; JCP 1998, II, p. 10161, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Dr. social 1999, p. 3, chr. Chr. RADÉ ; D. 1999, p. 125, note C. PUIGELIER ; *ibidem* somm. p. 171, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; *ibidem* p. 359, chr. J. MOULY ; JCP E 1999, p. 2058, note M. MORAND ; V. Cass. soc. 29 novembre 2000, n° 4760 F-D ; Cass. soc., 15 juin 2000, *Bensoussan*, n° 98-43400, Bull. civ. V, n° 233, p. 182 ; Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-42054 ; Cass. soc., 10 juillet 2007, n° 05-45610, RTD 2008, p. 108, obs. R. De QUENAUDON.

⁹²⁷ Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44570, Bull. civ. V, n° 152, « une modification du contrat de travail, y compris à titre disciplinaire, ne peut être imposée au salarié ; que la cour d'appel a constaté que la rétrogradation avait été mise en œuvre sans l'accord du salarié ; Attendu, ensuite, qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à double sanction ; que l'employeur qui avait épuisé son pouvoir disciplinaire en appliquant immédiatement la rétrogradation, ne pouvait prononcer ultérieurement un licenciement pour le même fait ».

⁹²⁸ Cass. soc., 10 juillet 1996, *Le Berre*, n° 93-40966, Bull. civ. V, n° 278 ; GADT, n° 50.

⁹²⁹ Cass. soc., 23 février 2005, n° 03-42018, Bull. civ. n° 64, p. 56 ; JCP E 2005, p. 1069, note D. CORRIGNAN-CARCIN ; Cass. soc., 12 mai 2010, n° 09-41007, JCP S 2010, p. 1356, note A. MARTINON ; Cass. soc., 17 juillet 2007, n° 06-42937, JCP S 2007, p. 1911, note Th. LAHALLE .

⁹³⁰ A. MAZEAUD, « Contractuel, mais disciplinaire », Dr. social 2003, p. 164 ; J. MOULY, « Disciplinaire, donc non contractuel », Dr. social 2003, p. 395.

2. Les conséquences des sanctions imposées par l'employeur

257. Selon la doctrine, « si l'employeur “notifie” cette sanction, il ne s'agit, en droit, que d'une proposition, [et que] l'acceptation du salarié ne se présume pas davantage dans ce cas que dans les autres hypothèses de modification du contrat »⁹³¹.

En ce sens, le salarié a le droit de refuser la décision de sanction de l'employeur. Ce dernier doit donc « proposer » une sanction à laquelle le salarié peut s'opposer si elle modifie le contrat de travail : l'employeur propose, le salarié dispose. S'il faut arrêter l'analyse à ce stade, il faut conclure que le pouvoir disciplinaire de l'employeur et son influence n'existent pas.

Toutefois, selon le Professeur MOULY, « l'exercice d'un pouvoir répressif n'a pas à être accepté ou refusé par celui qui y est soumis. Il ne peut qu'être subi par son destinataire parce qu'il est, par définition, un acte de puissance unilatéral »⁹³². Or, pour le Professeur MAZEAUD, « le pouvoir disciplinaire se heurte à ce bastion intouchable qu'est le contrat ; il doit ployer au même titre que le pouvoir de direction »⁹³³.

En ce sens, alors que le pouvoir disciplinaire, lors de son exercice normal, devrait s'imposer sans encombre au salarié, il est entravé par les garanties et protections octroyés au contrat de travail.

258. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur exerce donc une influence particulière : il est à la fois affaibli par l'accord du salarié et exacerbé par sa faculté en cas de refus.

En effet, le pouvoir et plus particulièrement la procédure disciplinaire qui s'y rattache constituent une garantie de protection pour le salarié. Toutefois, lorsque le salarié refuse la modification sanction, la sanction de remplacement peut être un licenciement pour motif personnel (sous condition que les faits fautifs initiaux justifient eux-mêmes un licenciement).

Ainsi, dans ce contexte, la question du risque du choix de la sanction extrême par l'employeur se pose-t-elle dès le départ : pourquoi l'employeur prendrait-il le risque de se voir opposer un refus si les faits qu'il reproche au salarié fautif constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement ? Il faut donc prendre garde à l'escalade des sanctions prononcées par l'employeur.

⁹³¹ E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail, op. cit.*, p. 808, n° 776.

⁹³² J. MOULY, « Disciplinaire donc non contractuel », article précité, spéc. p. 396.

⁹³³ A. MAZEAUD, « Contractuel, mais disciplinaire » article précité, spéc. p. 165.

Conclusion du chapitre 2

L'influence des pouvoirs de l'employeur sur le contrat de travail

259. L'influence des pouvoirs de l'employeur sur le contrat de travail se justifie et se démontre par la diversité et l'interdépendance de ses trois pouvoirs (direction, normatif et disciplinaire) : il crée, exerce et impose son influence sur le contrat de travail.

D'abord, l'employeur crée lui-même l'influence qu'il exerce sur le contrat de travail par le lien de subordination et par les normes qu'il édicte à destination de l'ensemble des salariés.

Ensuite, l'employeur l'exerce, notamment en prononçant la suspension du contrat de travail ou le licenciement d'un salarié.

Enfin, l'employeur l'impose sur le contrat de travail et plus particulièrement sur le salarié lorsqu'il prononce des sanctions disciplinaires à l'égard de ce dernier.

Dès lors, par l'influence de ses pouvoirs, l'employeur développe une nouvelle articulation entre ses pouvoirs le contrat de travail : en créant des normes qu'il peut lui-même détruire, voire intégrer au contrat de travail, l'employeur remet en cause la question de l'autonomie entre statut collectif et statut contractuel.

Conclusion du titre 2

L'influence des sources spéciales sur le contrat de travail

260. L'influence des sources professionnelles sur le contrat de travail puise ses fondements dans la loi, mais également dans d'autres facteurs tels l'effet impératif et automatique de la source conventionnelle ou encore dans le lien de subordination établi entre employeur et salarié. Dès lors, la source professionnelle peut créer, exercer et imposer son influence sur le contrat de travail.

Ses manifestations permettent de la distinguer du principe hiérarchique. Alors qu'une confusion entre principe hiérarchique et influence peut être entretenue, la distinction se situe lors de l'exécution de la relation de travail. Ainsi, l'influence de ces sources permet-elle d'agir sur la qualification, la formation, le contenu, l'exécution et la rupture du contrat de travail : l'établissement du lien de subordination, la suspension des clauses contraires à la norme conventionnelle, les modifications du contrat de travail à titre disciplinaire, l'édiction d'un règlement intérieur, la création d'engagements unilatéraux, etc.

Dès lors, le phénomène n'a pas vocation à organiser les sources dans un système hiérarchique, mais permet d'examiner à quel point une source du droit considérée comme « supérieure » dans un ordre hiérarchique peut moduler le contenu contractuel pendant l'exécution de la relation de travail.

Le phénomène d'influence de la source négociée sur le contrat de travail n'est pas abouti, il est en perpétuelle évolution. Il est un outil de flexibilité qui progressera tant que le contrat de travail sera sollicité face aux exigences du marché économique. Dès lors, la contractualisation n'est plus pleinement efficace pour contrer le phénomène d'influence de la source négociée.

Conclusion de la Partie 1

L'influence des sources du droit sur le contrat de travail

261. L'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit dépasse le schéma du dispositif hiérarchique, afin de laisser place au phénomène d'influence des sources du droit sur le contrat de travail.

262. Ce phénomène, ne reniant pas l'organisation hiérarchique classique, propose un nouveau modèle d'articulation du contrat de travail avec les autres sources fondé, non pas sur leur ordonnancement, mais sur les influences que les sources du droit exercent sur la forme et le contenu du contrat de travail. Allant chercher les fondements de ce phénomène dans le dispositif hiérarchique, le constat suivant a-t-il pu être dressé : le phénomène d'influence des sources du droit sur le contrat de travail a une vocation contraignante, mais également protectrice à l'égard du contrat de travail.

D'une part, le phénomène d'influence des sources du droit sur le contrat de travail est contraignant. L'ensemble des sources de différents niveaux (sources classiques ou sources spéciales) influencent tant la forme, que l'exécution ou la rupture du contrat de travail. Sous peine de sanction, le contrat de travail reçoit donc l'influence des autres sources du droit qui modèlent sa forme, son contenu et son exécution : critères de validité, exigences et méthodes d'exécution (force obligatoire du contrat, exécution de bonne foi), effet impératif des normes conventionnelles, suspension des clauses du contrat de travail, sanctions disciplinaires, etc.

L'ensemble des contraintes exercées structure le contrat de travail et permet une évolution constante, au gré de la jurisprudence tant interne qu'internationale, des règles qui le régissent. D'autre part, le phénomène d'influence de sources du droit sur le contrat de travail est protecteur : en modelant le contenu contractuel, les sources du droit, notamment grâce à l'enrichissement légal et jurisprudentiel du contenu contractuel, tentent au mieux d'offrir au contrat de travail une protection en particulier contre les modifications qui pourraient lui être apportées.

263. Entre contrainte et protection, la vocation principale du phénomène d'influence des sources du droit sur le contrat de travail est de le modeler, voire parfois de le contraindre aux exigences des autres sources du droit. Or, cette dimension particulière du phénomène

d'influence trouve une réponse dans le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit.

Partie 2. La résistance du contrat de travail aux sources du droit

Partie 2. La résistance du contrat de travail aux sources du droit

264. Le phénomène d'influence des sources du droit sur le contrat de travail permet aux sources d'agir tant sur la forme que sur l'exécution du contrat de travail⁹³⁴ : le contrat de travail n'est donc pas « un monde fermé, hermétiquement clos »⁹³⁵.

Toutefois, parce qu'il est un accord de volontés qui produit « des effets de droit et auquel le droit objectif fait produire de tels effets »⁹³⁶, le contrat de travail peut faire rayonner ce qu'il convient de nommer un phénomène de résistance aux autres sources du droit.

En effet, fort des influences des sources du droit classiques et professionnelles, le contrat de travail voit son contenu modelé par des contraintes imposées par les autres sources, mais bénéficie également de la sécurité et des garanties que lui procurent ces mêmes sources. Dès lors, le contrat de travail « entre en résistance »⁹³⁷.

265. Le phénomène de résistance du contrat de travail « produit un effet réel » et présente « une force réellement agissante »⁹³⁸. Il est alors effectif (Titre 1). Toutefois, afin de le déterminer avec exactitude, ce phénomène doit être limité. Il est, en ce sens, relatif⁹³⁹ (Titre 2).

⁹³⁴ V. not. J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239.

⁹³⁵ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357 ; V. J.-L. AUBERT, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993, p. 263.

⁹³⁶ J. GHESTIN, « La notion de contrat », Revue Droits n° 12, 1990, p. 7., spéc. p. 24, « l'accord de volontés ne produisant des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci ».

⁹³⁷ P.-H. ANTONMATTEI, « Les éléments du contrat de travail », Dr. social 1999, p. 330 ; V. Chr. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », Dr. social 2001, p. 802 ; G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », Dr. social 1990, p. 626.

⁹³⁸ V° « effectif », in *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., 1992.

⁹³⁹ V° « relatif », in *Dictionnaire de l'Académie française*, op. cit. Parmi l'ensemble des définitions de cet adjectif, une seule sera retenue : « Qui n'est pas à considérer en soi, qui vaut dans certaines conditions et non dans l'absolu. *Une vérité relative. Toute connaissance humaine est relative. Tout est relatif*, s'emploie pour mettre en perspective un fait, un événement, pour en atténuer l'importance ».

Titre 1. L'effectivité de la résistance du contrat de travail aux sources du droit

266. L'autonomie des sources du droit permet une étude dissociée de l'articulation du contrat de travail avec les autres sources : le contrat de travail peut s'articuler individuellement avec chacune des sources, sans qu'une autre ne soit sollicitée.

Dès lors, pour que soit établie son effectivité, le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit doit se construire au travers de l'observation de l'articulation du contrat de travail avec les deux sources se situant dans son environnement le plus proche : la source conventionnelle et les pouvoirs de l'employeur.

Ainsi, jaillit la problématique des fondements, des vecteurs et des manifestations du phénomène de résistance du contrat de travail aux sources du droit.

267. Le phénomène de résistance trouvant sa légitimité dans les situations conflictuelles opposant le plus souvent le contrat de travail et la norme conventionnelle. Le principe de faveur propose une méthode d'articulation qui assure la recherche de la solution la plus favorable pour le contrat de travail (Chapitre 1).

Or, si le principe de faveur contribue largement à la démonstration de l'effectivité de la résistance du contrat de travail aux autres sources du droit, d'autres articulations conduisent à ce constat. En effet, le phénomène de résistance du contrat de travail trouve tout particulièrement à s'appliquer lorsque le contrat individuel est confronté à une source particulièrement contraignante : le pouvoir de l'employeur.

Ainsi, la question des manifestations du phénomène de résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur se pose-t-elle tout particulièrement lorsque ce dernier envisage de modifier le contrat de travail ou ses conditions de travail (Chapitre 2).

Chapitre 1. Résistance et principe de faveur

268. « Principe fondamental en droit du travail »⁹⁴⁰, « principe général en droit du travail »⁹⁴¹ ou « principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 »⁹⁴², le principe de faveur est tantôt qualifié de principe de création de normes, tantôt de règle de concours de normes⁹⁴³. Quelle que soit la définition ou la qualification qui lui est rattachée, il tient la place de « pièce maîtresse de la combinaison des normes »⁹⁴⁴.

269. Bien que l'expression « principe de faveur » soit absente du Code du travail, ce principe « "sacralisé" par les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif »⁹⁴⁵ reste l'outil principal de l'articulation entre la norme collective et le contrat de travail. Le fait que « ce principe général est mis en œuvre dans des situations non explicitement prévues par la loi et [qu'il] exerce ainsi une certaine pression sur l'interprétation de l'ensemble d'une branche du droit »⁹⁴⁶ ne le rend que plus singulier.

270. L'utilité du principe de faveur est justifiée par l'interdiction du cumul des avantages ou garanties ayant même objet ou même cause et découlant respectivement d'instruments

⁹⁴⁰ Cass. soc., 17 juillet 1996, *SNCF*, n° 95-41313, Bull. civ. V, n° 297, p. 209 ; Dr. social 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, note J. SAVATIER ; GADT, n° 174 ; Cass. soc., 17 juillet 1996, *EDF*, n° 95-41745, Bull. civ. V, n° 296, p. 208 ; Cass. soc., 8 octobre 1996, n° 92-44361, Bull. civ. V, n° 315 ; Dr. social 1996, p. 1046, note J. SAVATIER ; Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44292, Bull. civ. V, n° 106 ; Cass. soc., 15 février 2012, n° 10-27397 : « le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application »

⁹⁴¹ CE, Ass., Avis du 22 mars 1973, Dr. social 1973, p. 514.

⁹⁴² Cons. const. 29 avril 2004, n° 2004-494 DC (à propos de la L. du 4 mai 2004).

⁹⁴³ V. F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, thèse, dir. G. COUTURIER, Strasbourg, 1999 ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur », Dr. social 1999, p. 115. Il s'agit d'« règle expresse de solution des concours de normes simultanément applicables, qui ne se confond pas avec les règles de création de normes » ; V. également, G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. FLOUR*, Paris, Defrénois, 1979, p. 95 ; *contra* Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, Paris, 1989, p. 243. Selon l'auteur, « il y a une règle originale de solution des concours de normes simultanément applicables, qui ne se confond pas avec les règles de création des normes » ; S. LAULOM, N. MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », RDT 2009, p. 219, « Lorsqu'elle est définie, cette expression est généralement présentée comme le principe de l'application de la norme la plus favorable ou encore le principe selon lequel, en cas de concours de normes, doit s'appliquer la norme la plus favorable au salarié ».

⁹⁴⁴ A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », Dr. social 1993, p. 363.

⁹⁴⁵ Cass. soc., 29 janvier 2014, n° 13-40067, Bull. civ. V, n° 41.

⁹⁴⁶ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 80, n° 70.

conventionnels en concours⁹⁴⁷. Ainsi, selon une méthode de comparaison spécifique, seul un des avantages en concours peut être appliqué au salarié.

Parfois rattaché à l'article L.2254-1⁹⁴⁸ du Code du travail, le principe de faveur est l'arme de résistance du contrat de travail aux sources du droit, par ses méthodes d'application (Section 1) mais également par les effets qu'il produit (Section 2).

⁹⁴⁷ Ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40083, Bull. ass. plén., n° 3 ; D. 1989, p. 221, note J.-P. CHAUCHARD ; Dr. ouvrier 1988, p. 518, note BALLEST ; Cass. soc. 19 décembre 2007, n° 06-43330 et n° 06-43340.

⁹⁴⁸ 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 ».

Section 1. Le principe de faveur, source de résistance dans ses méthodes

271. Au gré des différentes positions doctrinales, le principe de faveur supporte différentes définitions. Dès lors, la distinction entre principe de faveur et ordre public social est fondamentale (§1). Ainsi, cette distinction permet-elle de dégager une méthode de comparaison nécessaire à l'extraction de l'avantage applicable dans un conflit de normes impliquant le contrat de travail (§2).

§1. La nécessaire définition du principe de faveur

272. En cas de conflits de normes, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pour coutume de fonder ses décisions sur l'article L. 2254-1 du Code du travail. Or, ce dernier ne mentionne pas de façon explicite le principe de faveur. Relatif à l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail, il rappelle l'impérativité des dispositions conventionnelles sur le contrat de travail qu'il doit respecter, à défaut de stipulations plus favorables. Si cet article offre la possibilité au contrat de travail de déroger à la convention collective de façon plus favorable, cette conception du principe de faveur sera écartée. En effet, bien qu'outil de résistance du contrat de travail, l'ordre public social sera exclu des développements à venir (A) pour se concentrer sur l'utilité du principe de faveur comme méthode de résolution de conflits de normes (B).

A. L'exclusion du principe de faveur comme méthode de dérogation

273. Les définitions des notions de « principe de faveur » et d'« ordre public social » ont, selon l'importance qui leur a été accordée dans des débats doctrinaux, souffert d'un amalgame (1). Toutefois, dans l'étude du principe de faveur comme outil de résistance du contrat de travail aux sources du droit, il est impératif de rappeler leur distinction (2).

1. La confusion entre principe de faveur et ordre public social

274. Le principe de faveur, « clé de voûte du droit du travail français »⁹⁴⁹, a pu être décrit tantôt comme un « principe général du droit du travail relatif à la création de règles de dérogation »⁹⁵⁰ *in melius*, tantôt comme « un principe de solution de concours entre les normes légales et les normes collectives, qui règle d'ailleurs plus largement l'articulation entre les diverses sources de réglementation de la relation de travail accueillies dans le droit positif »⁹⁵¹.

275. L'amalgame entre principe de faveur et ordre public social est entretenu tant par la loi, que par la jurisprudence ou la doctrine.

D'abord, l'article L. 2254-1 du Code du travail, bien que ne mentionnant pas le « principe de faveur », dispose que « sauf stipulation plus favorable » les clauses de la convention collective s'appliquent au contrat de travail. Dès lors, ce principe habiliterait « les parties au contrat individuel à adopter des dispositions plus favorables que celles qui résultent des lois et

⁹⁴⁹ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2002, p. 139.

⁹⁵⁰ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 81, n° 71 ; G. LYON-CAEN, « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. social* 1973, p. 89, spéc. p. 90 ; « Les principes généraux du droit du travail » *in Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1977, p. 35, spéc. p. 38. L'auteur évoque un ordre public à « indérogabilité relative » ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 162. L'auteur désigne l'ordre public social comme un ordre public unilatéral.

⁹⁵¹ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective. Principe général du droit*, L.G.D.J, 1994, p. , n°20 : « le principe de l'ordre public social définit un principe de solution de concours entre les normes légales et les normes collectives, qui règle d'ailleurs plus largement l'articulation entre les diverses sources de réglementation de la relation de travail accueillies dans le droit positif. Ce principe de l'application de la clause la plus favorable, ou principe de faveur, définit donc la place hiérarchique de la règle par rapport aux autres règles qui sont susceptibles de s'appliquer » ; V. G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc., 19 février 1997, *Dr. social* 1997, p. 432, spéc. p. 433. Selon l'auteur, le principe de faveur « a pour corollaire la méthode de « pesée des avantages » qui sert à déterminer entre deux normes celle qui doit être considérée comme la plus favorable ».

des normes conventionnelles en vigueur »⁹⁵², ce qui œuvrerait pour la protection de la partie faible au contrat, le salarié⁹⁵³. Ainsi, ce principe aurait-il « donc un caractère impératif qui s'imposerait aux négociateurs eux-mêmes »⁹⁵⁴. En ce sens, le « plus favorable » qui « a pour objet (...) la validité d'actes créateurs d'autres règles de droit »⁹⁵⁵ s'intégrerait dans la démarche de création du droit par le contrat de travail.

Ensuite, le Conseil d'État le décrit, quant à lui, comme « les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine (du droit du travail) [qui] présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux (...), mais [qui] ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus »⁹⁵⁶.

Enfin, une partie de la doctrine préfère simplement abandonner la dénomination d'ordre public social au profit de celle de principe de faveur⁹⁵⁷

276. Cette conception du principe de faveur, qui consiste à voir dans la source conventionnelle (le plus souvent) une norme plancher susceptible de dérogation par le contrat ne sera pas retenue.

En effet, sera retenue la distinction selon laquelle la dérogation *in melius* est une faculté pour les parties contractantes de prévoir des dispositions contractuelles plus favorables alors que le principe de faveur est considéré comme une méthode de résolution de conflit de normes.

⁹⁵² P. ADAM, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », in *La volonté du salarié*, dir. T. SACHS, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 31, spéc. p. 38 ; V. S. MAILLARD, « Principe de faveur et indemnités de mise à la retraite », note sous arrêt, Cass. soc., 30 septembre 2009, n° 08-40353, Bull. civ. V, n° 214, « En application du principe de faveur, le contrat de travail ou la convention collective applicable à l'entreprise peuvent prévoir une indemnité de mise à la retraite plus élevée que l'indemnité légale de licenciement ».

⁹⁵³ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, préface de B. TEYSSIÉ, Economica, 2008, p. 100, n° 123.

⁹⁵⁴ A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINÉ, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Sirey, 3^e éd., 2013, p. 678, n° 951.

⁹⁵⁵ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 81, n° 71.

⁹⁵⁶ CE, Ass., Avis du 22 mars 1973, Dr. social 1973, p. 514.

⁹⁵⁷ 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. 299 ; J. BARTHELEMY, G. CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Dr. social 2013, p. 17.

2. La distinction entre principe de faveur et ordre public social

277. Bien que le principe de faveur soit le « bras armé »⁹⁵⁸ de l'ordre public social et qu'ils entretiennent tous deux des liens de parenté⁹⁵⁹, ils « se combinent »⁹⁶⁰ mais « doivent être clairement distingués »⁹⁶¹. Dès lors, c'est parce qu'il existe un principe d'ordre public social que des problématiques de concours d'avantages existent et qu'il est nécessaire de recourir au principe de faveur. Ainsi, l'approche favorisant l'association du principe de faveur à une méthode de dérogation *in melius* ne sera-t-elle pas retenue.

278. Le principe de faveur est renvoyé à l'ordre public social dans ses procédés de résolution de conflit de normes mais il n'y a « pas de coïncidence exacte entre ce principe et la notion d'ordre public social »⁹⁶². Selon le principe de non-cumul des avantages, le principe de faveur va permettre de choisir une des deux normes en conflit, afin de l'appliquer à la relation de travail. En ce sens, selon le conflit présenté, la disposition d'ordre public social qui peut être produite par le contrat de travail ou par la convention collective sera favorisée.

279. L'intérêt de la distinction entre ordre public social et principe de faveur tient, d'une part, à leurs natures différentes et d'autre part, à leurs moments d'intervention respectifs⁹⁶³. En effet, la définition de l'ordre public social par un principe de règle « plancher » marque la distinction entre ordre public social et principe de faveur. Si l'ordre public social s'inscrit dans une démarche de création de règles de droit au-delà d'un palier impératif, le principe de faveur ne peut être envisagé, dans son application, comme un outil de création du droit : il est un outil de résolution de conflit de normes.

⁹⁵⁸ Chr. RADÉ, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. social* 2002, p. 931, spéc. p. 935.

⁹⁵⁹ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, dir. P.-H. ANTONMATTEI, thèse, Montpellier, 2010, p. 165, n° 203 ; V. FI. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, préface de Fr. GAUDU, L.G.D.J., t. 14, 2007, p. 151, n° 313.

⁹⁶⁰ Y. CHALARON, « Négociation, conventions et accords collectifs, Rapport avec les autres sources du droit », article précité ; Y. CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. social* 1998, p. 355, spéc. p. 357.

⁹⁶¹ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*, p. 165, n° 203 ; V. G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », article précité, spéc. p. 114, n° 20 ; G. BORENFREUND, M-A SOURIAC, « Les rapports de la loi et de la convention collective: une mise en perspective », *Dr. social* 2003, p. 72, spéc. p. 73, « certains auteurs se refusent à voir dans la règle du plus favorable la marque emblématique de l'ordre public en droit du travail, à supposer même qu'on réserve cette règle aux relations entre la loi et l'accord collectif » ; V. Y. CHALARON, « l'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. social* 1998, p. 357.

⁹⁶² E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, *op. cit.*, p. 103, n° 125, V. Y. CHALARON, « l'application de la disposition la plus favorable », article précité.

⁹⁶³ FI. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, *op. cit.*, p. 149.

280. Le principe de faveur reste toutefois un outil indispensable à l'ordre public social ; il « s'est développé comme une règle encourageant l'émergence d'un "ordre public social" »⁹⁶⁴ . D'une part, il est une conséquence de l'ordre public social⁹⁶⁵ : c'est parce que la loi habilite la convention (ou l'accord)⁹⁶⁶ et le contrat de travail⁹⁶⁷ à créer des dispositions plus favorables (principe de l'ordre public social) que le principe de faveur s'impose en cas de conflits de normes qui par nature se prétendent plus favorables.

D'autre part, l'ordre public social et le principe de faveur ont une finalité commune : l'amélioration des conditions des salariés.

281. Or, l'ordre public social et le principe de faveur se rejoignent sur un point : ils peuvent être tous deux perçus comme un outil de résistance du contrat de travail à la source du droit.

En effet, en permettant au contrat de travail de déroger à la norme plancher dans un sens qui est plus favorable au salarié, l'ordre public social offre au contrat de travail la possibilité d'outrepasser les exigences posées par la source du droit qui lui est hiérarchiquement supérieure. De ce fait, la norme collective se trouve menacée par le phénomène de résistance du contrat de travail⁹⁶⁸. Ce dernier, renforcé par la volonté des parties, peut donc affirmer son pouvoir d'amélioration et de protection des conditions de travail du salarié.

Néanmoins, il ne s'agit là que d'une résistance relative imposée par l'article L.2254-1 du Code du travail : en permettant de déroger de manière plus favorable à l'accord ou à la convention collective, cet article retire au phénomène de résistance du contrat de travail toute dimension de rébellion que pourrait sous-entendre le terme de « résistance ».

C'est pourquoi, la dimension normative du principe de faveur est écartée dans le cadre de ces développements au profit de sa fonction de résolution de conflits de normes.

⁹⁶⁴ N. FONT, *Le travail subordonné en droit privé et en droit public*, préface de J.-M. PONTIER, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèse, 2009, p. 379, n° 390.

⁹⁶⁵ Fl. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, *op. cit.*, p.149.

⁹⁶⁶ C. trav., art. L.2251-1 : « une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

⁹⁶⁷ 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 ».

⁹⁶⁸ J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », article précité, p. 17, spéc. p. 20.

B. L'adoption du principe de faveur comme méthode de résolution de conflits

282. Ne se confondant pas avec l'ordre public social, le principe de faveur concerne l'articulation entre les sources du droit en général et celle entre contrat de travail et les autres sources en particulier.

La notion de principe de faveur, autrement appelée « application de la disposition la plus favorable »⁹⁶⁹ est une « notion sans doute aussi simple que complexe »⁹⁷⁰ qui a pu être qualifiée d'« obscure »⁹⁷¹ ou d'« âme du droit du travail »⁹⁷². Ce principe occupe une place de choix en droit interne⁹⁷³.

283. Reconnu par la Cour de cassation comme « un principe fondamental du droit du travail »⁹⁷⁴ et comme « un principe général du droit du travail »⁹⁷⁵ mais n'ayant aucune valeur supra-législative accordée par le Conseil constitutionnel⁹⁷⁶, le principe de faveur « joue au niveau de l'application des normes »⁹⁷⁷. Il s'agit d'une « règle autonome de solution de conflits »⁹⁷⁸, permettant de « de régler les conflits de normes au profit de la disposition la plus

⁹⁶⁹ Y. CHALARON, « L'application de la disposition de la plus favorable », article précité, spéc. p. 247 et s. ; A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », article précité.

⁹⁷⁰ J.-M. OLIVIER, « Les conflits de sources en droit du travail interne », *in les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p.194, spéc. p. 195.

⁹⁷¹ G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. social* 1985, p. 801, spéc. p. 806.

⁹⁷² Y. CHALARON, « L'application de la disposition plus favorable », article précité.

⁹⁷³ Fl. CANUT, *L'ordre public en droit du travail, op. cit.*, p. 17, n° 46, « Dans aucun autre pays que la France, (...) le principe de faveur, [n'a atteint] le degré de générosité qu'on [lui] attribue dans l'Hexagone ».

⁹⁷⁴ Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44292, Bull. civ. V, n° 106 ; Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 95-41313, Bull. civ. V, n° 297, p. 209 ; GADT, 4^e éd., 2008, n° 180.

⁹⁷⁵ CE, 22 mars 1973, avis n° 310108 ; *Dr. ouvrier* 1973, p. 190 ; *Dr. social* 1973, p. 190 ; CE. ass. 8 juillet 1994, avis n° 105-471, Rec. Lebon, p. 35 ; RJS 1994, n° 1386, note X. PRÉTOT ; CE, 27 juillet 2001, n° 220067, RJS 2002, n° 107, note F. BOCQUILLON.

⁹⁷⁶ Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC ; GADT, 4^e éd., 2008, n° 181 ; Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004- 494 DC.

⁹⁷⁷ Fl. CANUT, *L'ordre public en droit du travail, op. cit.*, p. 151, n° 315.

⁹⁷⁸ G. BORENFREUND, M-A SOURIAC, « Les rapports de la loi et de la convention collective: une mise en perspective », article précité.

avantageuse pour les salariés »⁹⁷⁹. Sur ce point, le Professeur CANUT explique que « lorsque deux normes ou, plus pratiquement, deux dispositions sont en conflit (au sens où elles ont vocation à régir une même relation de travail) la plus favorable sera, seule, appliquée au salarié »⁹⁸⁰. De ce fait, le dispositif hiérarchique est bouleversé.

En effet, une règle supérieure peut être écartée par une règle inférieure qui s'avérerait être plus favorable aux salariés et qui serait la seule à emporter des conséquences juridiques⁹⁸¹.

284. Dans cette conception, le principe de faveur n'a pas pour vocation de créer de nouvelles normes. Il doit déterminer la norme « la plus favorable » qui sera applicable.

La résistance du contrat de travail à la source « supérieure » est dans ce cas qualifiée d'indirecte. En effet, le contrat de travail a la possibilité de résister à la source du droit avec laquelle il est en concours au moyen du principe de faveur dont les méthodes de résolution de conflit de normes doivent être analysées.

⁹⁷⁹ F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du 'principe de faveur' ? », *Dr. social* 2001, p. 255 ; V. F. BOCQUILLON, « De l'autorité du principe de faveur », *RJS* 2002, chron. p. 9 ; Y. CHALARON, « L'application de la disposition plus favorable », article précité ; A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », article précité ; G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », article précité ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », *Dr. social* 1999, p. 115 ; S. LAULOM et N. MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », article précité ; V. OGIER-BERNAUD, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1111, p. 6 ; M.-L. MORIN, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in *Droit négocié, droit imposé ?*, dir. P. GÉRARD, Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, 1996, p. 643, spéc. p. 662 ; N. FONT, *Le travail subordonné en droit privé et en droit public*, *op. cit.*, p. 379, n° 390. L'auteur interprète l'article L.2254-1 du Code du travail comme « le principe de faveur est une règle de résolution positive de conflit entre la loi et les conventions ou accords collectifs qui permet que soit retenue l'application des dispositions les plus favorables aux salariés ».

⁹⁸⁰ F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, *op. cit.*, p. 151, n° 315.

⁹⁸¹ C. WOLMARK, E. PESKINE, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2015, p. 65, n° 104 ; E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, *op. cit.*, p. 98, n° 118.

§2. La nécessaire détermination de la méthode de comparaison

285. La détermination de la norme la plus favorable nécessite une comparaison des normes en concours. Les méthodes de comparaison de normes appliquées vont ainsi varier selon le type de normes. L'objectif est d'analyser les méthodes de comparaison qui concernent uniquement le contrat de travail. Néanmoins, afin de comprendre la méthode de comparaison retenue lorsque le contrat est en cause (B), il est indispensable d'étudier les différentes méthodes de comparaison dégagées par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Cette nécessité se justifie par le fait que, bien que le contrat de travail ne soit pas impliqué dans le concours de normes en cause, le résultat de la comparaison s'appliquera au contrat de travail. Ce dernier est donc indirectement impliqué dans ce concours de normes (A).

A. Les méthodes de comparaison exclues

286. Le concours de normes en droit du travail peut concerner des normes de même niveau ou de niveaux différents⁹⁸². Dès lors, des dispositions légales peuvent se trouver en concours avec des dispositions conventionnelles, des dispositions conventionnelles avec un usage, un usage avec le contrat de travail... Cette possibilité de conflit de normes, notamment entre dispositions conventionnelles et dispositions légales, est prévue par l'article L. 2251-1 du Code du travail⁹⁸³ qui pose la notion d'ordre public social entre convention collective et loi, donc la possibilité de concours de normes.

287. Dans ces développements, l'étude du concours de normes ne mettant pas en cause le contrat de travail reste nécessaire. En effet, quand bien même le contrat de travail ne se situerait pas au cœur du conflit, il se trouve impliqué indirectement : la solution du conflit sera appliquée à la relation de travail sans pour autant s'intégrer au contrat individuel de travail. La question de la comparaison de normes et de la détermination de la norme la plus

⁹⁸² Le principe de faveur ne peut s'appliquer en l'absence d'un tel conflit. V. à ce sujet, Fr. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats de travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux, Traité des contrats*, dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2001, n° 585, considérant que le principe de faveur ne peut être invoqué qu'en cas de réel conflit de normes.

⁹⁸³ C. trav., art. L.2251-1 : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

favorable impose de déterminer une méthode de comparaison des avantages. Cette comparaison des normes peut se faire par leur objet (1) ou par leur cadre (2).

1. La comparaison des normes par leur objet

288. La notion de disposition la plus favorable constitue « la pièce maîtresse de la combinaison des normes »⁹⁸⁴. L'utilisation du principe de faveur comme méthode de résolution de conflit de normes est justifiée par l'impossibilité du cumul des avantages et garanties conventionnels⁹⁸⁵. Dès lors, le salarié ne pouvant cumuler les avantages issus du contrat de travail et de la convention collective⁹⁸⁶, il convient de déterminer laquelle des deux normes devra lui être appliquée. Ainsi, dès 1996, la Chambre sociale de la Cour de cassation a consacré, dans les visas de trois arrêts de cassation, « le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application »⁹⁸⁷.

289. Si les méthodes de comparaisons de normes devaient être standardisées, il conviendrait de se référer aux trois règles de comparaisons dégagées par les juges judiciaires. En effet, « pour résoudre ces problèmes [de détermination de l'avantage le plus favorable], les juges, tout en posant le principe de non-cumul des avantages, ont progressivement dégagé trois règles de comparaison : la comparaison doit être « objective » et non pas « subjective » ; elle doit prendre en compte l'ensemble des bénéficiaires et non pas chaque salarié pris isolément ; elle doit mettre en rapport des « avantages se rapportant à un même objet ou à une même cause, et non des avantages isolés ou à l'inverse trop largement regroupés »⁹⁸⁸.

Ce principe implique de distinguer deux méthodes de comparaisons de normes en concours : la méthode de comparaison analytique et la méthode de comparaison objective (ou globale).

⁹⁸⁴ A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », article précité.

⁹⁸⁵ Ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40083, Bull., A.P., n° 3 p. 3 ; D. 1989, p. 221, note J.-P. CHAUCHARD ; Dr. ouvrier 1988, p. 518, note S. BALLEZ ; GADT, n°173.

⁹⁸⁶ Cass. soc., 13 juin 2012, n° 10-27395, Bull. civ. V, n° 184, Dalloz actualité, 17 juillet 2012, obs. INES ; RJS 2012, p. 630, n° 726 ; JSL 2012, n° 326-2, obs. M. HAUTEFORT.

⁹⁸⁷ Cass. soc., 17 juillet 1996, *SNCF*, n° 95-41313, Bull. civ. V, n° 297, p. 209, Dr. social 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, note J. SAVATIER ; GADT, n°174 ; Cass. soc., 17 juillet 1996, *EDF*, n° 95-41745, Bull. civ. V, n° 296.

⁹⁸⁸ A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », article précité.

La méthode de comparaison dite analytique⁹⁸⁹ (ou semi-analytique⁹⁹⁰) a connu une certaine évolution. Alors qu'en 1963⁹⁹¹, la Cour de cassation avait décidé que « la détermination de la disposition la plus favorable doit résulter d'une appréciation de "chaque ensemble d'avantages se rapportant à la même cause" »⁹⁹², elle a ensuite estimé qu'une appréciation « avantage par avantage »⁹⁹³ était nécessaire.

Dans le cadre de cette méthode de comparaison, il est impératif que les avantages en concours aient trait aux « avantages ayant le même objet ou la même cause »⁹⁹⁴.

Si l'on considère que l'avantage est l'objet de la comparaison, autrement appelé le « support de l'avantage »⁹⁹⁵, la définition selon laquelle l'avantage est « la situation juridique, créée par une norme plus agréable ou moins onéreuse pour les salariés que celles créées par une autre norme »⁹⁹⁶ permettrait de dissiper le brouillard entourant cette notion.

L'approche analytique a été initiée par l'arrêt *Compagnie de Géophysique* rendu le 19 février 1997 par la Chambre sociale de la Cour de cassation⁹⁹⁷. À cette occasion, la Cour de cassation a admis qu'un accord d'entreprise révisé pouvait être considéré globalement comme plus favorable que l'accord initial, alors qu'il réduisait de moitié une prime octroyée tous les six mois, mais que cette prime comportait en contrepartie « le maintien des salariés dans leur emploi menacé ». Par cette solution, la Cour de cassation aurait pu laisser croire à un revirement en faveur d'une méthode globale, permettant la comparaison de deux textes dans leur ensemble, mais elle a démontré qu'il n'en était rien en 1999⁹⁹⁸.

⁹⁸⁹ P. DURAND et J. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, n° 141 ; M. DESPAX, *Droit du travail*, t. VII, *Négociations, conventions et accords collectifs*, dir. G.-H. CAMERLYNK, Dalloz, 1989, 2^e éd., n° 57 ; Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, dir. B. TEYSSIÉ, Litec, 1990, p. 198, n° 200.

⁹⁹⁰ M.-A. SOURIAU, G. BORENFREUND, « La négociation collective, entre désillusion et illusions » in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2000, p. 181, spéc. p. 186.

⁹⁹¹ Cass. soc., 20 mars 1963, JCP 1963, II, 13357, note G.-H. CAMERLYNCK ; Dr. social 1963, p. 419, obs. J. SAVATIER

⁹⁹² E. DOCKÈS, J. PÉLISSIER, A. JEAMMAUD, A. LYON-CEAN, GADT, 4^e éd., 2008, p. 825.

⁹⁹³ Cass. soc., 17 janvier 1996, n° 93-20066, Bull. civ. V, n° 15, p. 10 ; Dr. social 1996, p. 643, obs. J. BARTHELEMY ; Cass. soc., 18 janvier 2000, n° 96-44578 et n° 96-44586, Bull. civ. V, n° 27, p. 21.

⁹⁹⁴ Cass. Ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40083, Bull., A.P., n° 3 p. 3, *op. cit.*

⁹⁹⁵ F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », Dr. social 2001, p.255, spéc. p. 258.

⁹⁹⁶ N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, thèse, Strasbourg, L.G.D.J, 1980, p. 58.

⁹⁹⁷ Cass. soc., 19 février 1997, *Compagnie de Géophysique*, n° 94-45286, Bull. civ. V, n° 70, p. 48 ; Dr. social 1997, p. 432, obs. G. COUTURIER.

⁹⁹⁸ Cass. soc., 8 juin 1999, *S^{té} Coop Atlantique c./ Veluet*, n° 97-42284, Bull. civ. V, n° 269, p. 194 ; Dr. social 1999, p. 852, obs. J. SAVATIER ; V. E. DOCKÈS, J. PÉLISSIER, A. JEAMMAUD, A. LYON-CEAN, GADT, *op. cit.*

La méthode globale reste néanmoins indispensable lorsque « plusieurs dispositions d'un des instruments en concours peuvent présenter un caractère indivisible, et c'est alors leur ensemble qu'il convient de comparer aux dispositions de l'instrument rival »⁹⁹⁹. Cette méthode est en générale réservée aux accords donnant-donnant comportant une réduction des avantages salariaux pour sauver des emplois¹⁰⁰⁰. Cette méthode de comparaison des avantages trouve son intérêt, dès lors que le contrat de travail n'entre pas dans le champ d'étude et que sont en concours des normes qui lui sont supérieures (deux conventions collectives ou une convention collective et une loi). Ces méthodes tiennent compte de l'ensemble des salariés.

2. La comparaison des normes par leur cadre

290. Lorsqu'il s'agit de se concentrer non plus sur l'objet mais sur le cadre de la comparaison, la Cour de cassation se prononce en tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de ceux d'un d'entre eux¹⁰⁰¹.

Cette méthode d'appréciation *in abstracto* permet au juge de définir la disposition la plus favorable « par référence à un ouvrier moyen symbolisant la collectivité des travailleurs »¹⁰⁰². Le Professeur RADÉ explique également que « cette appréciation *in abstracto* apparaît également nécessaire lorsque le juge considère que certaines dispositions sont indivisibles, puisque, dans cette hypothèse, la prise en considération de la situation particulière d'un salarié menacerait l'équilibre réalisé par l'accord compte tenu de la situation de l'ensemble des salariés »¹⁰⁰³.

Encore une fois, c'est l'avantage de l'ensemble des salariés de l'entreprise qui est pris en compte. Cette démarche semble logique, puisqu'elle est utilisée lors de conflits mettant en cause le plus souvent une convention collective.

⁹⁹⁹ E. DOCKÈS, J. PÉLISSIER, A. JEAMMAUD, A. LYON-CEAN, GADT, *op. cit.*

¹⁰⁰⁰ V. M. BARTHÉLÉMY, "Modalités concrètes de résolution des conflits de normes", Sem. soc. Lamy, 22 octobre 2001, n° 1047.

¹⁰⁰¹ E. DOCKÈS, J. PÉLISSIER, A. JEAMMAUD, A. LYON-CEAN, GADT, *op. cit.*, p. 829 ; Cass. soc., 11 janvier 1962, n° 60-40224, Bull. civ. V, n° 54, Dr. social 1962, p. 290, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 25 janvier 1984, *op. cit.* ; Cass. soc., 1er juin 1976, n° 74-40650, Bull. civ. V, n° 338, p. 279 ; Cass. soc., 17 janvier 1996, *op. cit.* ; Cass. soc., 19 février 1997, *op. cit.*

¹⁰⁰² Chr. RADÉ, « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », Dr. social 2000, p. 381, spéc. p. 382.

¹⁰⁰³ Chr. RADÉ, « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », article précité, spéc. p. 382.

Cependant, face à la subjectivité de chaque situation, cette méthode de comparaison paraît somme toute aisée. L'établissement de ces règles ne peut solutionner entièrement la problématique relative à la comparaison des avantages.

La première règle, relative à l'objectivité de la comparaison, soulève d'ores et déjà plusieurs interrogations. En adoptant une méthode de comparaison des avantages dite « objective », toute préférence du salarié est effacée. Cette méthode ne peut donc être acceptable lorsqu'une des normes en conflit est le contrat de travail. Le critère de l'objectivité ne peut donc être standardisé au détriment du salarié, principal acteur de son contrat de travail.

Ainsi, la question de l'objet de la comparaison peut-elle se poser. L'objet de la comparaison doit-il reposer sur une comparaison d'avantages ou une comparaison de normes ? Ou les deux ?

B. La méthode de comparaison retenue

291. En matière de conflit de normes et de comparaison d'avantages, il est important d'identifier les normes en concurrence. La méthode de comparaison dépendra de leur champ application.

Le caractère général de deux normes entraînera une méthode de comparaison au regard de l'ensemble des salariés intéressés (méthode objective), *in abstracto*. Cependant, dès lors que le contrat de travail entre en concurrence, l'intérêt individuel du salarié concerné sera obligatoirement pris en considération¹⁰⁰⁴. En ce sens, il convient d'opter pour une méthode de comparaison subjective, *in concreto*.

En effet, la méthode de comparaison objective doit être écartée lorsqu'un avantage qui serait moins favorable que la loi (et son plancher d'ordre public) est appliqué au salarié, au motif que cet avantage est plus favorable pour une majorité de salariés de l'entreprise¹⁰⁰⁵. En effet, si on se réfère au Professeur DESPAX, « l'appréciation sur le caractère favorable ou non de la disposition litigieuse, doit être portée en fonction de l'intérêt individuel du salarié et non pas en fonction de l'intérêt collectif que le personnel dans son ensemble pourrait avoir à ce que la clause soit ou non insérée dans un contrat de travail »¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁴ P. DURAND et A. VITU, *traité de droit du travail*, TIII, Dalloz, 1956, n° 208, p. 588.

¹⁰⁰⁵ J. BARTHELEMY, « modalités concrètes de résolution des conflits de normes », *Sem. soc. Lamy* 2001, p. 8.

¹⁰⁰⁶ M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs, traité de droit du travail*, 2^e éd, 1989, p. 111.

Cependant, d'un point de vue jurisprudentiel, depuis un arrêt rendu le 11 janvier 1962¹⁰⁰⁷, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une méthode objective en privant les intéressés du choix de la norme qui leur semble la plus favorable. Si la solution est sans équivoque, le juge ne s'est pas prononcé sur les motivations de sa décision. La doctrine verra, au travers de cette décision, le souci de préserver l'unité de statut des salariés¹⁰⁰⁸. La Chambre sociale de la Cour de cassation viendra confirmer cette position le 17 janvier 1996¹⁰⁰⁹ au travers de l'expression « globale avantage par avantage ».

Toutefois, la méthode subjective a aussi été appliquée par la jurisprudence, à deux reprises. D'une part, dans son arrêt rendu le 11 octobre 1994¹⁰¹⁰, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que la dérogation de la convention collective aux dispositions du Code civil local ne pouvait être opposée au salarié si elle lui était moins favorable. Cette solution demeurerait d'autant plus remarquable qu'elle répondait aux critères d'une comparaison objective. En effet, les normes en conflit (une convention collective et la loi) ont toutes deux un champ d'application à caractère général. Cependant, la méthode d'appréciation subjective a été retenue au motif que le conflit ne concernait qu'un seul salarié.

D'autre part, dans un arrêt rendu le 26 octobre 1999¹⁰¹¹, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'approche subjective, concernant une affaire opposant un contrat de travail à la loi. En effet, la logique veut qu'à litige individuel réponde une méthode de comparaison individuelle.

Néanmoins, si de manière générale, il convient d'opter pour une appréciation *in concreto* lors de la mise en jeu de l'article L. 2254-1 du Code du travail¹⁰¹², il serait judicieux de laisser à l'appréciation subjective de chaque salarié le jugement sur le caractère plus favorable d'une norme par rapport à une autre, lorsque les deux normes comparées sont objectivement aussi favorables l'une que l'autre.

¹⁰⁰⁷ Cass. soc., 11 janvier 1962, n° 60-40224, Bull. civ. V, 1962, n° 54.

¹⁰⁰⁸ A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », article précité.

¹⁰⁰⁹ Cass. soc., 17 janvier 1996, n° 93-20066, Bull. civ. V, n° 5, Dr. social 1996, p. 645, obs. J.BARTHELEMY ; V. Cass. soc., 19 février 1997, n° 94-45286, Bull. civ. V, n° 70, p. 48, « que la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tels d'entre eux ».

¹⁰¹⁰ Cass. soc., 11 octobre 1994, n° 91-40322, Bull. civ. V, n° 265, p. 179.

¹⁰¹¹ Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-45457, Bull. civ. V, n° 398, p. 292 ; Dr. social 2000, p. 381, note Chr. RADÉ.

¹⁰¹² *Contra* Cass. soc., 4 février 2003, n° 01-40384, Bull. civ. V, n° 40 ; D. 2003, Somm., p. 1658, obs. S. FROSSARD. L'arrêt cité ne peut être cité en ce sens, la disposition conventionnelle étant, à seule lecture, plus favorable que la clause du contrat.

Section 2. Le principe de faveur, outil de résistance dans ses effets

292. L'application du principe de faveur est une technique propre au droit du travail qui produit des effets singuliers, particulièrement quant à l'articulation du contrat de travail avec les sources du droit du travail. La conséquence la plus importante de la mise en œuvre de ce principe est le bouleversement de la hiérarchie des normes classique, permettant au contrat de travail de résister, le plus souvent, à la source conventionnelle (§1). Toutefois, malgré les pressions législatives qu'il a pu subir, ce principe subsiste notamment grâce à la jurisprudence de la Cour de cassation, garantissant ainsi la résistance du contrat de travail à la source conventionnelle (§2).

§1. La hiérarchie des normes bouleversée par le principe de faveur

En proposant une règle de résolution de conflit de normes fondée sur la primauté de la disposition la plus favorable et non sur le « dispositif hiérarchique », le principe de faveur procède à un bouleversement de la hiérarchie des normes (A), permettant ainsi au contrat individuel de travail de résister aux autres sources (B).

A. Un bouleversement de la hiérarchie des normes avéré

293. Le bouleversement de la hiérarchie des normes par l'application du principe de faveur est le résultat de la combinaison de plusieurs processus. Si ce principe répond à des méthodes de comparaisons spécifiques, il est renforcé par des mécanismes propres au droit du travail (1). Ce bouleversement de la hiérarchie des normes, telle que décrite par la Théorie générale du droit, conduit à se poser la question de la survie d'une hiérarchie au sens classique (2).

1. Le bouleversement de la hiérarchie des normes par les mécanismes du droit du travail

294. La possibilité de mise en œuvre du principe de faveur est conditionnée par la combinaison de règles gravitant autour de lui. Les dispositions légales s'appliquant lors de la formation du contrat de travail (a) ou les principes d'incorporation ou non-incorporation des dispositions conventionnelles au contrat de travail (b), sont autant d'éléments périphériques permettant la mise en œuvre du principe de faveur, garantissant ainsi la résistance du contrat de travail à la source collective.

a) Les dispositions légales œuvrant en faveur d'une résistance du contrat de travail aux sources du droit

295. Tant le Code civil que le Code du travail offrent au contrat de travail une capacité de résistance aux sources du droit qui exercent une influence sur lui.

En effet, le contrat de travail, soumis aux dispositions du droit commun, a selon le premier alinéa de l'article 1134 du Code civil, force obligatoire. Ainsi, transposées à la relation de travail, ces dispositions imposent-elles le contrat de travail comme la loi des parties qui doit régir leur relation contractuelle. Il devient donc une arme de résistance aux sources du droit, et notamment à la source conventionnelle. Cette force offerte par les dispositions civilistes est corroborée par les dispositions de l'article L. 2254-1 du Code du travail : Sans modifier le contrat de travail¹⁰¹³, les dispositions conventionnelles s'y imposent, excepté s'il contient des « dispositions plus favorables ».

¹⁰¹³ Cass. soc., 25 février 1998, *Qaisi*, n° 95-45171, Bull. civ. V, n° 104, p. 75 ; RJS 1998, n° 497 ; Cass. soc., 27 mars 2001, *S^{té} Acières et Laminoirs de Rives*, n° 99-40068, Bull. civ. V, n° 109, p. 85 ; Dr. social 2001, p. 667.

Même s'il s'agit de « deux textes différents, aux champs d'application distincts »¹⁰¹⁴, ces deux textes donnent une force particulière au contrat de travail.

Toutefois, cette affirmation doit être nuancée dans la mesure où ces textes conduisent tous deux à l'étude du contenu contractuel du contrat de travail. L'article 1134 du Code civil permet de préciser quels sont « les éléments contractuels par nature, susceptibles de résister à l'application de la norme collective »¹⁰¹⁵, alors que l'article L. 2254-1 permet de comparer une clause du contrat de travail susceptible d'être en conflit avec une disposition d'une source qui lui est supérieure.

296. En ce qui concerne l'appréciation de la capacité de résistance du contrat de travail par ces deux articles, le point central a surtout été de déterminer les éléments contractuels « susceptibles de résister à l'application de la norme collective »¹⁰¹⁶.

Le phénomène de résistance du contrat de travail tire donc sa force des éléments contractualisés. Le nombre et la précision de ses clauses vont renforcer son intangibilité face aux sources supérieures. La contractualisation de la durée, du lieu de travail, des avantages, des primes, etc. fera de ceux-ci la loi des parties, et permettront d'être mis en comparaison avec des dispositions législatives susceptibles de lui être contraires, dans la mesure où l'article L. 2254-1 du Code du travail autorise le contrat de travail à déroger, de façon plus favorable, à la convention collective.

Dès lors, par son contenu et par la force octroyée par le législateur, le contrat de travail résiste aux sources qui exercent sur lui une influence. Cette résistance se traduit également par le jeu de l'incorporation ou de la non-incorporation des avantages conventionnels.

¹⁰¹⁴ G. PIGNARRE, « Faux conflits et vraies distinctions : « les rapports entre contrat de travail et accord collectif postérieur réglés par référence au principe de l'intangibilité contractuelle », note sous Cass. soc., 7 novembre 2007, n° 06-40115, n° 06-40116 et n° 06-40117 ; RDT 2008, p. 31.

¹⁰¹⁵ D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « L'incidence d'une modification de la durée et de l'aménagement du temps de travail sur le contrat de travail », JSL 2001, n° 85, p. 7, spéc. p. 11.

¹⁰¹⁶ D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « L'incidence d'une modification de la durée et de l'aménagement du temps de travail sur le contrat de travail », article précité, spéc. p. 11.

b) La résistance du contrat de travail par les principes d'incorporation et de non-incorporation des dispositions conventionnelles au contrat

297. Selon le principe de non-incorporation des dispositions conventionnelles au contrat de travail, « des avantages issus de la convention collective [ne peuvent s'incorporer] au contrat de travail, la première ne peut modifier le second »¹⁰¹⁷.

Ce principe peut souffrir de quelques exceptions. En effet, une disposition conventionnelle peut être incorporée au contrat de travail et auquel cas, il convient de parler de la contractualisation d'un avantage.

Ces mécanismes d'incorporation ou de non-incorporation présentent un intérêt particulier, lorsqu'il s'agit de traiter d'articulation des sources du droit et de principe de faveur. En effet, dès lors que les droits du salarié sont contractualisés et plus favorables que les dispositions conventionnelles, ils obtiennent (par L. 2254-1 du Code du travail) une capacité de résistance à ces dernières¹⁰¹⁸.

En effet, le principe de non-incorporation n'est pas seulement un outil d'influence de la source du droit sur le contrat de travail. En dépit du fait que la technique de dérogation érode la résistance du contrat de travail aux autres sources, « la non-incorporation de l'accord collectif dans le contrat de travail ne menace pas la fonction protectrice du droit du travail compte tenu de l'application des avantages conventionnels aux contrats en cours et du principe de faveur »¹⁰¹⁹.

Ainsi, dans le cadre de l'articulation entre « principe de non-incorporation », contrat de travail et principe de faveur, l'application de l'article L. 2254-1 du Code du travail conduit-elle au résultat suivant :

En vertu du « principe de non-incorporation » et afin de préférer la disposition la plus favorable au salarié, lorsqu'une clause du contrat de travail se trouve en conflit avec une disposition conventionnelle, l'application du principe de faveur impose la comparaison des

¹⁰¹⁷ G. PIGNARRE, « Faux conflits et vraies distinctions : « les rapports entre contrat de travail et accord collectif postérieur réglés par référence au principe de l'intangibilité contractuelle », article précité, spéc. p.32.

¹⁰¹⁸ G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », Dr. social 1990, p. 626, spéc. p.628 : « Le salarié disposera de quelques armes pour invoquer l'inopposabilité de l'accord, lorsque ses droits sont d'origine contractuelle, l'article L. 135-2 lui conférant une capacité de résistance. Ce texte, qui occupe une position charnière, prévoit que l'accord collectif s'applique aux contrats de travail "sauf dispositions plus favorables". La confrontation risque, au contraire, de conduire à la primauté de l'accord dérogatoire, quand les droits du salarié sont issus d'une source extérieure au contrat de travail, à moins qu'ils ne se soient incorporés à ce dernier ».

¹⁰¹⁹ J. BARTHÉLÉMY, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », Dr. social 2003, p. 25, spéc. p. 27.

avantages ayant le même objet et la même cause¹⁰²⁰. Suivant la solution retenue, la disposition écartée ne serait pas nulle, mais seulement mise « en sommeil »¹⁰²¹.

En cas d'incorporation de l'avantage, et plus précisément de contractualisation de l'avantage, les normes en conflit seraient nécessairement différentes étant donné que la disposition à l'origine conventionnelle est devenue contractuelle du fait de sa contractualisation.

2. la question de la survie de la hiérarchie des normes

298. La hiérarchie des normes de KELSEN trouve une nuance en droit du travail. Alors que la pyramide des normes impose la primauté de la norme supérieure, l'article L. 2254-1 du Code du travail fausse le raisonnement. En ce sens, dès lors qu'il existe un conflit entre deux normes et que l'article L. 2254-1 du Code du travail est sollicité, l'articulation hiérarchique, telle qu'habituellement schématisée, ne tient plus.

Plus précisément, si grâce aux méthodes de comparaison des avantages, une norme « inférieure » est considérée comme plus avantageuse, qu'importe sa position dans la hiérarchie, elle primera sur la norme face à laquelle elle est en conflit. Cette articulation offre au contrat individuel de travail une opportunité de résistance qui crée un bouleversement de la hiérarchie des normes en droit du travail¹⁰²². L'application du principe de faveur impliquerait donc une contrariété avec la notion de hiérarchie¹⁰²³.

De ce constat, la question récurrente de la survie d'un principe hiérarchique en droit du travail continue à se poser. Sa réponse varie selon la conception de principe de faveur retenue.

D'une part, lorsque le principe de faveur est admis dans une démarche créatrice du droit, le fruit de cette création normative va devoir respecter les impératifs des sources qui lui sont

¹⁰²⁰ V. not. J.-M. CHONNIER, « 'L'étrange cas' de la modification du contrat de travail », D. 2005, p. 2912.

¹⁰²¹ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*

¹⁰²² V. not. M. MORAND, « Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail », Dr. social 2009, p. 900 ; Y. CHALARON, « Négociations et accords collectifs de branche et d'entreprise. Problèmes d'articulation », in *Le droit privé français à la fin du XXe s, étude offerte à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 883, spéc. p. 884 : « Le principe de faveur [...] pourrait bien évincer toute considération de l'origine des règles concurrentes [...]. Seule la faveur devrait guider le juge, sans interférence d'aucune hiérarchie ».

¹⁰²³ Ph. LANGLOIS, « Approche critique des principales dispositions du projet de loi (II) », Sem. soc. Lamy 2004, n° 1153, p. 9 : « Le principe de faveur est contraire au principe hiérarchique qui a régné sans partage sur les relations entre conventions et accords collectifs jusqu'à la banalisation des accords d'entreprise par la loi de 1971 ».

supérieures. Dans cette conception, le principe de faveur maintient une relation hiérarchique entre le contrat de travail et les autres sources du droit¹⁰²⁴.

D'autre part, lorsque le principe de faveur est utilisé comme méthode de résolution de conflits de normes, il évince le principe de hiérarchie des normes qui tendrait à figer les relations entre normes de différents niveaux. Or, il s'agit de la conception retenue. Dès lors, force est d'admettre que le « dispositif hiérarchique » ne tient plus. Le contrat de travail, initialement situé au pied de la hiérarchie, dès lors qu'il leur est jugé plus favorable, jouit-il ainsi d'une faculté quasi permanente de primer sur les autres normes.

B. La résistance du contrat de travail confirmée

299. À l'origine d'un conflit de normes entre des dispositions conventionnelles et contractuelles, peut se trouver le principe d'ordre public social. En effet, autorisant le contrat de travail à prévoir des dispositions plus favorables que celles incluses à la source conventionnelle, la résolution du conflit par l'application du principe de faveur s'avère nécessaire (1). La résolution du conflit permet, en ce sens, la mise à l'écart des dispositions conventionnelles (2), approuvant ainsi la résistance du contrat de travail.

1. La résistance du contrat de travail confirmée par les principes d'ordre public social et de faveur

300. Au titre de l'article L. 2254-1 du Code du travail, le contrat de travail peut déroger à la convention collective de façon plus favorable. À défaut, ses « clauses s'appliquent aux contrats de travail ». La dérogation *in melius* est une première manifestation de la résistance du contrat de travail à la convention collective. En tout état de cause, « le contrat de travail ne peut jamais être moins favorable qu'une disposition conventionnelle »¹⁰²⁵. C'est ce qui fait sa

¹⁰²⁴ Fr. SARAMITO, « Le droit du travail en question », Dr. ouvrier 1986, p. 39, spéc. p. 42 : « Sauf dispositions plus favorables aux salariés, le contrat de travail individuel ne peut déroger à l'accord collectif qui ne peut lui-même déroger aux lois et règlements qui constitue ainsi un droit minimum au bénéfice duquel tout salarié peut prétendre » ; V. E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, op. cit., p. 130, n° 165.

¹⁰²⁵ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, op. cit., p. 168, n° 206.

force, « la résistance du contrat de travail à l'effet impératif de l'accord collectif se situe sur son caractère plus favorable »¹⁰²⁶.

Dans l'hypothèse où le contrat de travail est aussi favorable que la convention collective, la résistance du contrat de travail sera déterminée par l'application du principe de faveur : le salarié ne pouvant cumuler des avantages ayant le même objet et la même cause, il est nécessaire de déterminer laquelle de la norme conventionnelle ou contractuelle devra s'appliquer.

Toutefois, les dispositions conventionnelles plus favorables nouvellement créées s'appliqueront au contrat de travail, en vertu du principe hiérarchique classique, mais également en vertu du principe de faveur¹⁰²⁷.

301. À y regarder de plus près, le principe de faveur, grâce à l'ordre public social, est systématiquement une arme de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit. En effet, le contrat de travail ne pouvant être que plus favorable que les autres sources, le principe de faveur¹⁰²⁸ « apparaît être un outil de primauté du contrat individuel de travail »¹⁰²⁹.

Le principe de faveur, afin de garantir la primauté du contrat de travail et sa résistance, conduit à promouvoir une amplification de la contractualisation en droit du travail. La densification¹⁰³⁰ du contenu contractuel œuvre dans le sens d'une protection renforcée du salarié. Plus le contrat de travail est riche et dispose de matière, plus il pourra être efficace dans l'hypothèse d'un conflit avec une norme supérieure.

¹⁰²⁶ M.-A. MOREAU, « Temps de travail et charge de travail », *Dr. social* 2000, p.263, spéc. p. 271 ; V. G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif », *Dr. social* 1990, p. 626, et du même auteur, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvrier* 1997, p. 514.

¹⁰²⁷ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.* : « la clause contractuelle ne disparaît pas, elle n'est pas annulée, elle est seulement [...], mise en sommeil ; elle pourra à nouveau reprendre effet si l'élément du statut collectif cesse de s'appliquer, disparaît. Il s'agit de l'effet de substitution de la disposition la plus favorable ».

¹⁰²⁸ Cass. soc., 25 octobre 1995, RJS 12/1995, n° 1260 ; Cass. soc., 22 mars 1995, RJS5/1995, n° 539. Cette analyse est fondée sur une appréciation in concreto des avantages en concours qui met à l'écart le principe hiérarchique et fait primer le contrat de travail.

¹⁰²⁹ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*, p. 169, n° 207.

¹⁰³⁰ V. C. THIBIERGE et alii., *La densification normative, découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2014.

2. La résistance du contrat de travail confirmée par la mise à l'écart des dispositions conventionnelles

302. L'obligation faite au contrat de travail d'être au moins aussi favorable que la convention collective conduit le principe de faveur à privilégier le plus souvent l'application de la disposition contractuelle. Du fait de l'impossibilité du cumul des avantages, cette solution implique une mise à l'écart de la disposition conventionnelle en conflit avec la norme contractuelle.

Cette mise à l'écart peut avoir une dimension collective ou individuelle. Dans la mesure où tous les contrats de travail proposent une clause plus favorable que la disposition conventionnelle, cette dernière sera écartée de façon générale. Il s'agit donc d'une mise en sommeil totale puisqu'elle ne s'applique à aucun contrat de travail. La notion de résistance est alors dépassée dans cette hypothèse : non seulement le contrat de travail résiste à la source collective, mais au-delà de cette résistance, il l'ignore.

Toutefois, si un seul ou peu de contrats de travail proposent une clause plus favorable que la disposition conventionnelle, la mise en sommeil sera alors individualisée. Seuls les contrats de travail bénéficiant de dispositions plus favorables ne seront pas concernés par les dispositions conventionnelles. Les autres contrats de travail continueront à être régis par ces dernières.

La mise à l'écart des dispositions conventionnelles illustre le renversement hiérarchique que peut impliquer le principe de faveur.

§2. Le principe de faveur protégé par la jurisprudence

303. Alors que la loi du 4 mai 2004¹⁰³¹ remettait en cause le principe de faveur entre conventions et accords de branche de niveaux différents, tant la loi Warsmann du 22 mars 2012¹⁰³² que la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013¹⁰³³ ont directement atteint l'application de ce principe dans l'étude de l'articulation entre contrat de travail et normes collectives. Les dispositions législatives qui en sont issues ont conduit à s'interroger sur une éventuelle disparition du principe de faveur (A). Toutefois, la non-rétroactivité de la loi Warsmann maintient le principe de faveur et assure ainsi la résistance du contrat de travail aux sources du droit (B).

A. L'apparente disparition du principe de faveur

304. Du fait de leur caractère impératif, tant les dispositions relatives aux accords de modulation du temps de travail de la loi Warsmann du 22 mars 2012 (1), que celles relatives aux accords de mobilité interne issues de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 (2) ont bloqué la capacité de résistance du contrat de travail. L'atteinte portée à la résistance du contrat de travail implique de fait une mise à l'écart du principe de faveur qui n'a plus vocation à s'appliquer.

¹⁰³¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. Cette loi remet en cause le principe de faveur notamment en autorisant l'accord d'entreprise à prévoir des dispositions moins favorables pour les salariés que la convention de branche.

¹⁰³² Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

¹⁰³³ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

1. La paralysie du principe de faveur par la loi Warsmann 2

305. L'impossible modification du contrat de travail par la convention ou l'accord collectif a été jugée de façon constante par la Cour de cassation depuis 2001¹⁰³⁴. En ce sens, la convention collective ne peut interférer avec le contrat de travail, qu'elle lui soit favorable ou défavorable. Plus précisément, les dispositions de la convention collective ou de l'accord collectif de travail ne peuvent ni s'intégrer au contrat de travail, ni le modifier sans l'accord du salarié concerné. En ce sens, la résistance du contrat de travail à la source collective est effective, sans qu'il soit nécessaire de mettre en avant le principe de faveur¹⁰³⁵.

Or, c'est à partir de 2010, lorsque la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord du salarié »¹⁰³⁶, que l'articulation entre contrat de travail et source conventionnelle a évolué.

En effet, suite à cette jurisprudence, la loi Warsmann du 22 mars 2012¹⁰³⁷, et plus particulièrement l'article L. 3122-6 du Code du travail¹⁰³⁸ qui en est issu, ont conduit à remettre en cause l'efficacité du principe de faveur.

En autorisant que l'accord de modulation du temps de travail s'impose au contrat de travail, le législateur a écarté le principe d'ordre public social et a affaibli considérablement la portée du principe de faveur : dans la mesure où le caractère plus favorable ou non de l'accord collectif n'est pas pris en compte, la règle de résolution de conflit de normes n'a plus lieu d'être. Le principe de faveur ainsi écarté lors de la mise en place d'un tel accord, il devient inévitable de constater que, l'objectif de cet article et d'empêcher, voir « de briser »¹⁰³⁹ toute résistance du contrat de travail à l'accord collectif. Ici, ce n'est plus de la résistance du contrat de travail à

¹⁰³⁴ Cass. soc., 13 novembre 2001, n° 99-42978, Bull. civ. V, n° 340 ; Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-44663, RJS 10/02, p. 1075 ; Cass. soc., 25 février 2003, n° 01-40588, Bull. civ. V, n° 64 ; RJS 5 mars, n° 567.

¹⁰³⁵ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1386, n° 1319 ; G. BORENFREUND, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316.

¹⁰³⁶ Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, Bull. civ. V, n° 197, Sem. soc. Lamy n° 1464, Fr. FAVENNEC- HÉRY, Sem. soc. Lamy n° 1472 ; Ph. FLORÈS ; RDT 2010, p. 725 note Fl. CANUT ; JCP S 2010, p. 1466 note M. MORAND ; Dr. social 2011, p. 151, note J. BARTHELEMY ; RDT 2010, p. 725, note Fl. CANUT.

¹⁰³⁷ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 ; V. G. COUTURIER, « L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective », Sem. soc. Lamy, n° 1534, p. 7.

¹⁰³⁸ C. trav., art. L. 3122-6 : « La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail. Cette disposition ne s'applique toutefois pas aux salariés à temps partiel ».

¹⁰³⁹ M. CHAPUIS, « Le principe de faveur résiste sur la base du contrat de travail », Option, octobre 2013, n° 590, p. 37.

la source de droit négocié dont il est question, mais bien de la capacité de résistance du salarié.

Au travers de cette analyse, il ne s'agit plus de traiter de la problématique de l'articulation entre l'accord collectif et le contrat de travail, mais de celle entre les pouvoirs de l'employeur et le contrat de travail. En ce sens, l'article L. 3122-6 du Code du travail serait, au profit de l'employeur, un outil de flexibilité du travail qui lui permettrait, dès lors qu'un accord est valablement signé, d'organiser la durée du travail du salarié à sa guise et de l'imposer au salarié. Ainsi, la question du plus favorable au contrat de travail n'aurait-elle plus sa place. Sans possibilité de soulever le conflit entre deux normes, le principe de faveur n'aurait plus la faculté de s'appliquer. Toutefois, cela est sans compter sur la non-rétroactivité de la loi du 22 mars 2012.

2. La mise à mal du principe de faveur par la loi de sécurisation de l'emploi

306. La remise en cause du principe de faveur, amorcée par l'article 45¹⁰⁴⁰ de la loi du 22 mars 2012, est revenue au premier plan de l'actualité du droit social grâce à la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi¹⁰⁴¹ et plus particulièrement à l'article L. 2242-23 qui en est issu¹⁰⁴².

Relatif aux accords de mobilité interne, l'alinéa 2 de l'article L. 2242-23 du Code du travail vient particulièrement nous intéresser dans la mesure où il dispose que les clauses contractuelles contraires à l'accord de mobilité interne seront « suspendues ». Ainsi, « la

¹⁰⁴⁰ Loi Warsmann, art. 45 : « La section 1 du chapitre II du titre II du livre Ier de la troisième partie du même code est complétée par un article L. 3122-6 ainsi rédigé :

“Art. L. 3122-6. - La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail. Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés à temps partiel.” ».

¹⁰⁴¹ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁰⁴² C. trav., art. L. 2242-23 : « L'accord collectif issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 est porté à la connaissance de chacun des salariés concernés.

Les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues.

Lorsque, après une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés, l'employeur souhaite mettre en oeuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu au titre du présent article, il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6.

Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne mentionnées au premier alinéa de l'article L. 2242-21, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en oeuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 ».

suspension ne dépend pas de l'acceptation par le salarié de la mobilité proposée en application de l'accord : elle est automatique »¹⁰⁴³.

Dès lors, le principe de faveur et la résistance du contrat de travail à l'accord de mobilité interne sont écartés.

Ces deux principes ne sont pas détruits. Ils sont simplement mis à l'écart. Ils ne trouvent pas simplement à s'appliquer dans la relation entre le contrat de travail et l'accord collectif. Cette mise à l'écart du principe de faveur se justifie par la suspension de la clause contraire à l'accord (clause de mobilité ou clause précisant le lieu d'exécution du travail) mais également par le caractère impératif de l'accord.

La mise à l'écart du principe de faveur force à admettre un recul du principe de faveur dans le paysage de la relation entre contrat de travail et accord collectif. N'ayant ni valeur constitutionnelle¹⁰⁴⁴ ni réelle reconnaissance légale, ce principe ne bénéficie pas de la protection qui devrait lui être due et peut être mis à l'écart par le législateur sans pouvoir lui opposer de résistance.

B. L'effective résistance du principe de faveur

307. Conclure à la perte du principe de faveur semble précipité. Bien que des accords dérogatoires puissent être négociés, que des lois fassent prévaloir la source conventionnelle sur le contrat de travail, l'objectif du droit du travail reste la protection du salarié. De ce fait, même si « le principe de faveur a perdu de sa superbe »¹⁰⁴⁵, il n'en est pas pour autant anéanti.

En effet, afin de ne pas aboutir à un constat hâtif, il convient de cerner le champ de restriction du principe de faveur. Dans le cadre de l'articulation entre contrat de travail et la norme collective, le phénomène de résistance du contrat de travail n'est mis à mal que dans

¹⁰⁴³ P.-H. ANTONMATTEI, «L'accord de mobilité interne: il faut l'essayer! », Dr. social 2013, p.794, spéc. p. 796.

¹⁰⁴⁴ Cons. Const., déc. n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, D. 2004, p. 3029, obs. X. PRÉTOT et D. CHELLE 2005, p. 1125, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; RFDA 2005, p. 409, note L. DARDALHON ; RTD civ. 2005, p. 93, obs. P. DEUMIER ; V. Cass. soc., 29 janvier 2014, n° 13-40067, Bull. civ. V, n° 41. Par cette décision, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle est invoquée la contrariété de la loi (en l'espèce l'article L. 1221-19 du Code du travail relatif à la durée de la période d'essai) au principe de faveur.

¹⁰⁴⁵ J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, « Quelle articulation entre contrat de travail et accord collectif ? », Les cahiers du DRH 2011, n° 181, p. 23.

l'hypothèse d'un accord relatif à l'aménagement du temps de travail ou encore lorsqu'il est question du maintien de l'emploi dans l'entreprise.

En ce sens, le Rapport "La négociation collective, le travail et l'emploi" de Jean-Denis COMBEXELLE préconise de nuancer la portée de l'article L.2254-1 du Code du travail, notamment lorsqu'un accord de maintien de l'emploi est conclu¹⁰⁴⁶. La proposition suggérée serait alors soit d'inclure un « alinéa d'exception » à l'article L. 2254-1, soit de renforcer l'impérativité de l'accord dans l'article L.5125-2 du Code du travail.

Au-delà de ces domaines, le contrat de travail résiste toujours à la source supérieure, notamment grâce au principe de faveur, mais également à l'ordre public social, et ce dès lors que sa modification est envisagée.

308. Le principe de faveur, comme outil de résistance du contrat de travail aux sources du droit, doit en partie sa survie à l'article 2 du Code civil qui dispose que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

Depuis la création de l'article L. 3122-6 du Code du travail issu de la loi du 22 mars 2012, un accord collectif répartissant les horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas une modification du contrat de travail. Dès lors, le phénomène de résistance du contrat de travail à l'accord collectif semblait sérieusement mis à mal.

Néanmoins, la Chambre sociale de la Cour de cassation a remis le principe de faveur au-devant de la scène du droit social en décidant que « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié ; que si l'article 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 insère dans le Code du travail l'article L. 3122-6, selon lequel la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail, ce texte, qui, modifiant l'état du droit existant, n'a ni caractère interprétatif, ni effet rétroactif, n'est applicable qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail prises après publication de ladite loi »¹⁰⁴⁷.

Ainsi, en se fondant sur des règles d'ordre public social (distinct, mais se combinant avec le principe de faveur), la Cour de cassation renforce-t-elle la résistance du contrat de travail à

¹⁰⁴⁶ J.-D. COMBEXELLE, « La négociation collective, le travail et l'emploi », Rapport au Premier ministre, proposition n° 42 : « Institution d'une règle faisant prévaloir, dans l'intérêt général et l'intérêt collectif des salariés pour l'emploi, les accords collectifs préservant l'emploi sur les contrats de travail ».

¹⁰⁴⁷ Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-17776 et n° 12-17777, D. 2013, p. 2277.

l'accord collectif en rendant inapplicable la loi du 22 mars 2012, « qui écarte le principe de faveur entre le contrat de travail et l'accord collectif défavorable »¹⁰⁴⁸, aux accords régulièrement signés antérieurement à cette date.

Par cette décision, la Chambre sociale de la Cour de cassation ravive l'articulation entre ordre public social, principe de faveur et phénomène de résistance du contrat de travail. Bien que les accords de modulation du temps de travail signés postérieurement à la loi du 22 mars 2012 s'imposent aux contrats de travail concernés, la relation entre accords conclus antérieurement à cette loi et contrat de travail reste régie par le principe de faveur.

Ainsi, en vertu du principe de l'ordre public social, les contrats de travail contenant des dispositions plus favorables que l'accord de modulation du temps de travail conclu avant le 22 mars 2012 peuvent-ils toujours s'opposer à l'application de ce dernier si le salarié estime que les dispositions contractuelles de son contrat de travail sont plus favorables que l'accord collectif.

¹⁰⁴⁸ M. CHAPUIS, « Le principe de faveur résiste sur la base du contrat de travail », article précité.

Conclusion du Chapitre 1

Résistance et principe de faveur

309. La démonstration de la résistance du contrat de travail au moyen du principe de faveur présente deux intérêts majeurs.

D'une part, le principe de faveur marque le point de départ du phénomène de résistance du contrat de travail aux sources du droit et particulièrement à la source conventionnelle. La résistance suscitant une situation conflictuelle, il a été démontré la nécessaire distinction entre principe de faveur et ordre public social : alors que le principe de faveur a été déterminé comme une méthode de résolution de conflit de normes, l'ordre public social renvoie inévitablement au dispositif hiérarchique.

D'autre part, les effets produits par le principe de faveur conduisent au constat suivant : si le principe de faveur permet au contrat de travail d'évincer les contraintes légales et conventionnelles moins favorables, il ne doit pas pour autant favoriser l'opposition du contrat de travail par le salarié pour échapper au régime prévu par une source conventionnelle ou légale¹⁰⁴⁹.

Le phénomène de résistance du contrat de travail trouve donc sa légitimité dans la résolution de conflit de normes.

¹⁰⁴⁹ Fr. GAUDU, « L'avenir du droit du travail », Sem. soc. Lamy, supplément n° 1508, 10 octobre 2011, p. 275, spéc. p. 276.

Chapitre 2. Résistance et modification du contrat de travail

310. En droit du travail, le juge « est l'acteur principal de la contractualisation du rapport de travail »¹⁰⁵⁰. Ainsi, a-t-il pu apporter un élément de réponse à la question de savoir quels sont les éléments du rapport d'emploi qui peuvent être changés de manière unilatérale par l'employeur. C'est donc en exigeant l'accord du salarié préalablement à toute modification de son contrat¹⁰⁵¹ et en distinguant la « modification du contrat de travail » du « changement des conditions de travail »¹⁰⁵² que le juge a pu bâtir les fondements de la résistance du contrat de travail au pouvoir de direction de l'employeur et à son pouvoir de sanction.

Or, le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit doit être encadré afin de pas transformer la résistance en rigidité, ce qui mènerait le contrat de travail à sa rupture.

Dès lors, la question de l'articulation entre phénomène de résistance et régime de la modification du contrat de travail se pose au moment de la proposition de la modification (Section 1) et lors de son refus (Section 2).

¹⁰⁵⁰ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, dir. P.-H. ANTONMATTEI, Montpellier, 2010, p. 57, n° 46.

¹⁰⁵¹ Cass. soc., 8 octobre 1987, *Raquin*, n° 84-41902, Bull. civ. V, n° 541 ; GADT, n° 49 ; Dr. social 1988, p. 140, note J. SAVATIER.

¹⁰⁵² Cass. soc., 10 juillet 1996, *Le Berre*, n° 93-40966, Bull. civ. V, n° 278 ; D. 1996. IR 199 ; Dr. social 1996, p. 976, obs. H. BLAISE, Dr. ouvrier 1996, p. 457, note P. MOUSSY ; RJS 1996, p. 580, n° 900, JCP G 1997. II., p. 22768, note Y. SAINT-JOURS ; GADT, 4^e éd., n° 50 ; RJS 1996, p. 580, n° 900.

Section 1. La résistance lors de la proposition de modification du contrat de travail

311. La distinction entre « modification du contrat de travail » et « changement des conditions de travail » a redéfini la relation de travail entre employeur et salarié, en permettant d'identifier ce qui relève du pouvoir de direction de l'employeur et ce qui relève de la volonté du salarié¹⁰⁵³. Cette séparation, suite nécessaire de la réhabilitation du principe d'intangibilité du contrat¹⁰⁵⁴, offre une résistance trompeuse du contrat de travail aux sources du droit (§1). Or, les nouvelles articulations entre contrat de travail et sources conventionnelles imposent une réflexion sur un nouveau mode de résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur (§2).

§1. La résistance trompeuse du contrat de travail

312. La détermination du régime de la modification du contrat de travail est une construction prétorienne qui impose une démarche de délimitation du champ contractuel¹⁰⁵⁵. Cette distinction garantit de façon incertaine¹⁰⁵⁶ la résistance du contrat de travail, au travers de l'indispensable accord du salarié lors de la modification du contrat de travail (A). La fragilité de cette résistance fondée sur la délimitation du champ contractuel est confirmée lors de l'organisation du temps de travail (B).

¹⁰⁵³ Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, chron. p. 791 ; J.-E. RAY, « Contrat de travail : modification et droit de révision », *Liaisons sociales*, Le Mensuel, mai 1997, pp. 56 et 57.

¹⁰⁵⁴ V. not. A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁰⁵⁵ V. not. G. COUTURIER, « La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif », in *La négociation du contrat de travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 7, spéc. p. 14, n° 21 ; S. FROSSARD, *Les qualifications en droit du travail*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit social, t.33, 2000, p. 92, n° 97 : « Compte tenu de la nouvelle approche issue des arrêts du 10 juillet 1996, la modification du contrat de travail ne peut être reconnue qu'à partir du moment où l'on sait ce qui relève du contrat ».

¹⁰⁵⁶ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, *op. cit.*, p. 95, n° 106 et suiv.

A. L'apparente résistance dans la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail

313. La distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail permet de déterminer ce qui nécessite ou non l'accord des parties avant toute modification (1). Dès lors, afin de garantir l'effectivité du phénomène de résistance du contrat de travail aux modifications envisagées par l'employeur, la question du renforcement du contenu contractuel doit être abordée (2).

1. Une distinction nuancée entre salariés protégés et non protégés

314. Alors que le changement des conditions de travail s'impose au salarié sans que son accord ne soit demandé, la modification du contrat de travail nécessite son accord (a). Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un salarié protégé, la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail n'a plus lieu d'être (b).

a) salariés non-protégés

315. La distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail met en exergue « une nouvelle approche du rapport de travail »¹⁰⁵⁷, en ce qu'elle permet d'identifier les éléments qui nécessitent l'accord mutuel des parties en cas de modification¹⁰⁵⁸ : quel que soit le demandeur, l'autorisation de l'autre partie au contrat est nécessaire, en cas de modification d'un élément contractuel¹⁰⁵⁹. En ce sens, elle distingue ce qui relève du domaine contractuel de ce qui relève de sa périphérie.

¹⁰⁵⁷ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 640, n° 613 ; V. Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791 ; Ph. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 383.

¹⁰⁵⁸ Cass. soc., 10 juillet 1996, *Le Berre*, n° 93-40966, *op. cit.* ; V. Cass. soc., 17 octobre 1996, n° 93-41794 et n° 93-45738 ; Cass. soc., 30 septembre 1997, *Sté Onet c./Mme Nedjar*, n° 95-43187, Bull. civ. V, n° 289 p. 211 ; Dr. social 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY ; RJS 1997, p. 748, n° 1202.

¹⁰⁵⁹ E. DOCKÈS, *Droit social des associations et autres organismes sans but lucratif*, Juris Édition, coll. Le Juris Corpus, 2010, p. 206, n° 11.03 : « nulle partie, employeur ou salarié, ne peut imposer à l'autre une modification du contrat qui les lie. Elle ne peut que proposer une modification dont la réalisation dépendra de son acceptation par le cocontractant ; chaque partie a un droit au refus ».

Dès lors, la détermination de la résistance du contrat de travail semblerait se trouver dans les éléments qui nécessitent l'accord des deux parties pour être modifiés¹⁰⁶⁰.

Or, si le législateur n'a pas expressément listé les éléments essentiels du contrat de travail qui ne peuvent être modifiés sans l'accord du salarié¹⁰⁶¹, un doute subsiste quant à l'article 2 de la Directive n° 91-533 du 14 octobre 1991¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ P.-H. ANTONMATTEI, « Les éléments du contrat de travail », Dr. social 1999, p.330. La jurisprudence a pu déterminer comme contractuel notamment rémunération : Cass. soc. 19 mai 1998, n° 96-41573, Bull. civ. V, n° 265, p. 202, « la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord ; qu'il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux » ; la qualification et la tâche à accomplir : Cass. soc., 26 mai 1998, n° 96-40617 ; Cass. soc., 25 novembre 1998, n° 96-44164, « la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur avait retiré au salarié la plupart de ses responsabilités, a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que le contrat de travail avait été modifié » ; la durée du travail : Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 96-40614, Bull. civ. V, n° 433, p. 325, « la durée du travail, telle que mentionnée au contrat de travail, constitue, en principe, un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié » ; le secteur géographique : Cass. soc. 20 octobre 1998, n° 96-40757, Bull. civ. V, n° 431 ; Cass. soc., 16 décembre 1998, n° 96-40227, Bull. civ. V, n° 558 ; Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-40576, Bull. civ. V, n° 186 ; GADT, n° 51 ; Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-41154, Bull. civ. V, n° 4 ; Cass. soc., 3 mai 2006, JCP S 2006, 1666, note B. BOSSU (lorsque des mutations successives ont précédé la mutation litigieuse, celle-ci s'apprécie par rapport au dernier lieu de travail) ; Cass. soc., 18 avril 2008, n° 06-41874.

¹⁰⁶¹ Le Code du travail ne liste pas les éléments essentiels du contrat de travail, il y fait néanmoins référence dans différents articles : C. trav., art. L. 1222-6, art. L. 1233-3, art. L. 1233-25, art. L. 1251-26, art. L. 2261-22, art. L. 8241-2.

¹⁰⁶² Dir. 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, art. 2 : « Obligation d'information 1. L'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié auquel la présente directive s'applique, ci-après dénommé « travailleur », les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail.

2. L'information visée au paragraphe 1 porte au moins sur les éléments suivants :

- a) l'identité des parties;
 - b) le lieu de travail; à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe que le travailleur est occupé à divers endroits ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur;
 - c) i) le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé
ou
ii) la caractérisation ou la description sommaires du travail;
 - d) la date de début du contrat ou de la relation de travail;
 - e) s'il s'agit d'un contrat ou d'une relation de travail temporaire, la durée prévisible du contrat ou de la relation de travail;
 - f) la durée du congé payé auquel le travailleur a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé;
 - g) la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le travailleur en cas de cessation du contrat ou de la relation de travail, ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités de détermination de ces délais de préavis;
 - h) le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit;
 - i) la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur;
 - j) le cas échéant:
 - i) la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail du travailleur
ou
ii) s'il s'agit de conventions collectives conclues en dehors de l'entreprise par des organes ou institutions paritaires particuliers, la mention de l'organe compétent ou de l'institution paritaire compétente au sein duquel/de laquelle elles ont été conclues.
3. L'information sur les éléments visés au paragraphe 2 points f), g), h) et i) peut, le cas échéant, résulter d'une référence aux dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires ou aux conventions collectives régissant les matières y visées ».

En effet, alors que certains auteurs soutiennent que les éléments énumérés par l'article 2 de la Directive « constituent les éléments essentiels du contrat de travail »¹⁰⁶³, d'autres contestent cette position. Selon ces derniers, d'une part, l'objectif de l'article 2 n'a pas vocation à déterminer une liste exhaustive des éléments essentiels du contrat de travail et d'autre part, elle ne fait que relever les éléments sur lesquels il est impératif que le salarié soit informé¹⁰⁶⁴.

316. Cet article soulève donc deux interrogations : l'une relative à la possibilité de la détermination des « éléments essentiels du contrat de travail », l'autre à l'effectivité des « clauses informatives ». Si les deux problématiques peuvent être posées distinctement, leurs réponses sont inévitablement mêlées.

317. La légitimité des clauses informatives est très discutable¹⁰⁶⁵ : comment distinguer ce qui relève de l'information de ce qui relève de l'impératif, lorsqu'aucun texte de droit interne ne liste d'éléments dit « essentiels » dans le contrat de travail ?

Sachant que le droit commun prévoit que « la clause d'un écrit contractuel, pour peu qu'elle soit valide, reçoit la force obligatoire des contrats »¹⁰⁶⁶, force est de constater que dans le contrat, tout ce qui est inscrit au contrat de travail est capitale concernant la relation de travail. Dès lors, l'accord des parties est nécessaire avant toute modification d'un de ces éléments

Aussi, d'un simple point de vue textuel, l'article 2 de la Directive évoque bien des « éléments essentiels » du contrat de travail, mais il précède sa liste de la mention « au moins ». L'imprécision de l'article semble alors appuyer la thèse selon laquelle il est impossible de lister de façon exhaustive les éléments qui ne peuvent être modifiés sans l'accord des parties. En effet, la qualification « d'essentiel » peut varier selon le contrat de travail conclu : est essentiel ce qui peut influencer le consentement de la partie contractante, mais également l'exécution du contrat de travail. Dès lors, l'article 2 de la directive n'a pas vocation à

¹⁰⁶³ V. Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791 ; V. G. COUTURIER, « La rémunération, élément du contrat de travail », Dr. social 1998, p. 523 ; G. COUTURIER, « Pot pourri autour des modifications du contrat de travail », Dr. social 1998, p. 878.

¹⁰⁶⁴ P.-H. ANTONMATTEI, « Les éléments du contrat de travail », article précité, spéc p. 333 : « certainement pas. Il a déjà été pertinemment écrit que "l'objet de la directive n'est pas de définir les éléments essentiels du contrat de travail ; elle est relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat". Il est ainsi nécessaire de distinguer ce qui relève du "contractuel" et ce qui relève de l'information. En permettant cette information par le jeu d'un contrat écrit, la directive admet que toutes les mentions d'un contrat écrit n'ont pas nécessairement une nature contractuelle ».

¹⁰⁶⁵ V. not. J. PÉLISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS 1/04, p. 3.

¹⁰⁶⁶ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, éd. n° 29, 2014, p. 662, n° 635.

déterminer les éléments essentiels du contrat de travail. Il impose à l'employeur d'informer le salarié sur ce qui pourrait influencer l'accord du salarié ou la relation de travail. En ce sens, ces éléments ne peuvent être modifiés sans son accord. Toutefois, la liste de l'article 2 n'est pas exhaustive et elle ne peut donc pas verrouiller ce qui est qualifié « d'éléments essentiels du contrat de travail ».

318. Les fondements du phénomène de résistance du contrat de travail se situent dans la distinction entre « modification du contrat de travail » et « changement des conditions de travail » et donc dans l'accord du salarié avant toute modification du contrat de travail. Cette distinction a permis de faire du contrat de travail un moyen de résistance pour le salarié contre le pouvoir de direction de l'employeur. Toutefois, cette distinction n'a plus d'intérêt lorsque le salarié concerné est titulaire d'un mandat représentatif.

b) le salarié protégé

319. En matière d'articulation entre pouvoir de direction de l'employeur et contrat de travail, la modification du contrat de travail du salarié protégé connaît un régime particulier (α). Or, la question de l'opportunité de cette capacité de refus renforcé en cas de licenciement se pose (β).

α) le régime particulier du salarié protégé

320. Le principe de l'accord préalable des parties, en cas de modification d'un élément contractuel, diffère lorsqu'un salarié protégé est concerné : dès lors que le mandat du salarié est atteint¹⁰⁶⁷, le salarié protégé peut refuser la modification envisagée par l'employeur¹⁰⁶⁸.

Plus précisément, qu'il s'agisse d'une modification du contrat de travail ou d'un changement de ses conditions de travail, le salarié peut opposer son refus¹⁰⁶⁹. La résistance du contrat de travail au pouvoir de direction de l'employeur est optimale dans ce cas.

321. La particularité du régime dont bénéficient les salariés protégés s'illustre notamment lors de la mise en œuvre d'une clause de mobilité.

La clause de mobilité géographique ayant pour effet de « décontractualiser » le lieu ou le poste de travail¹⁰⁷⁰, le droit commun voudrait que le salarié qui refuse sa mise en œuvre soit exposé à un risque de licenciement¹⁰⁷¹. Or, tel n'est pas le cas lorsque le salarié concerné est titulaire d'un mandat de représentant du personnel¹⁰⁷². Ainsi, le refus par le salarié protégé de la mise en œuvre de cette clause portant atteinte à l'exercice normal de son mandat de

¹⁰⁶⁷ J. MOULY, « 'Coup de vent' sur le statut des salariés protégés », Dr. social 2005, p. 861, spéc. p. 865 : « il appartiendra alors au juge de déjouer cette déloyauté, notamment lorsque les conditions d'exercice du mandat ne seront pas affectées par la modification intervenue ».

¹⁰⁶⁸ Cass. soc., 12 décembre 1989, n° 89-81428, RJS 1/1990, n° 48 ; Cass. soc., 12 décembre 1990, n° 87-43988, Bull. civ. V, n° 667, p. 403 ; D.1991 IR 22, RJS 1/1991, n° 55 ; Cass. soc., 19 décembre 1990, n° 89-43856, Bull. civ. V, n° 696, D.1991 IR 21 ; Cass. soc., 23 septembre 1992, n° 90-45106, Bull. civ. V, n° 477 ; Cass. soc., 17 mars 1993, n° 90-41556, Bull. civ. V, n° 93, RJS 4/1993, n° 423 ; Cass. soc., 22 juin 1993, n° 91-41983, Bull. civ. V, n° 176, RJS 8-9/1993, n° 902 ; Cass. soc., 30 juin 1993, n° 89-45479, Bull. civ. V, n° 192, D. 1994, somm. 299, obs. J.-M. VERDIER ; Cass. soc., 4 octobre 1995, n° 94-40387 et n° 94-40803, Dr. social 1995, p. 1044 ; Cass. soc., 18 juin 1996, *Felizot c./ SA Litwin*, n° 94-44653, Bull. civ. V, n° 248, p. 174 ; Dr. social 1996, p. 979, obs. H. BLAISE ; Cass. soc., 25 novembre 1997, n° 94-42727, Bull. civ. V, n° 406, p. 290 ; RJS 1/1998, n° 67 ; Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45.652, Bull. civ. V, n° 208 ; Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-44624, Bull. civ. V, n° 149, p. 119 ; RJS 7/2001, n° 889 ; Cass. soc., 30 mai 2001, n° 00-60194, Bull. civ. V, n° 197, p. 154, Dr. social 2001, p. 901, obs. J. SAVATIER.

¹⁰⁶⁹ M. MORAND, « Les salariés protégés et la modification du statut individuel ou collectif », TPS, février 1996, chron. p. 3 ; M. MORAND, « Mise à pied disciplinaire et salariés protégés », TPS, octobre 1999, p. 5 ; P.-Y. VERKINDT, « La modification du contrat de travail du salarié protégé », in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, 1994, Peter Lang, p. 281.

¹⁰⁷⁰ J. MOULY, « Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés à l'aune des jurisprudences judiciaire et administrative. Légitime divergence d'appréciation ou contrariété de jurisprudence ? », Dr. social 2011, p. 1083, spéc. p. 1085.

¹⁰⁷¹ Cass. soc., 29 octobre 2014, n° 13-11010 : « la lettre de l'employeur informant le salarié, comme une mutation définitive, du transfert à Strasbourg de son poste responsable grands comptes, ne s'analysait pas comme une simple proposition de mutation qu'il aurait pu refuser, et relevait d'une décision de faire jouer la clause de mobilité ».

¹⁰⁷² Cass. soc., 6 mars 2002, n° 99-45244 ; V. CE, 29 décembre 2000, *Lautier*, n° 207.613 : « la modification du contrat de travail ou le changement dans ses conditions de travail imposé par l'employeur à un délégué syndical constitue, même en présence d'une clause de mobilité, un trouble manifestement illicite que le juge des référés doit faire cesser en ordonnant la réintégration de ce salarié protégé dans son ancien emploi avec tous les avantages qu'il comportait ».

représentant du personnel ne constitue-t-il pas une faute d'une gravité suffisante¹⁰⁷³, quand bien même l'employeur « n'ait pas commis d'abus dans la mise en œuvre de la clause de mobilité »¹⁰⁷⁴. En faisant prévaloir la logique du statut protecteur sur celle de la flexibilité du contrat, la Chambre sociale de la Cour de cassation se positionne donc en faveur de la résistance du contrat de travail du salarié protégé¹⁰⁷⁵.

En ce sens, la protection du statut du salarié titulaire d'un mandat devient plus forte que les principes d'impérativité¹⁰⁷⁶ et de force obligatoire du contrat. La question de l'opportunité d'une telle résistance se pose, notamment lorsqu'est en cause le licenciement d'un salarié protégé.

β) L'opportunité d'une telle protection en cas de licenciement

322. Il n'est pas évident que le surplus de protection accordé au statut du salarié protégé serve la résistance du contrat de travail au pouvoir de l'employeur¹⁰⁷⁷. Le risque pourrait être que la résistance du contrat de travail soit une forme de rigidité dont la conséquence serait sa rupture. Bien que particulièrement complexe, la procédure de licenciement du salarié protégé n'offre pas de capacité d'opposition particulière au pouvoir de sanction l'employeur. En ce sens, le fait que l'accord du salarié protégé soit nécessaire, quelle que soit la modification envisagée, ne le prémunit pas contre le licenciement. Cette capacité de refus renforcé présente donc peu d'intérêt.

323. Concernant la procédure de licenciement du salarié protégé, pendant longtemps, le juge judiciaire appliquait à la rupture du contrat de travail du salarié protégé le régime de la « prise d'acte » de la rupture du contrat de travail par l'employeur¹⁰⁷⁸. Toutefois, la recherche d'un équilibre dans l'articulation entre pouvoirs de l'employeur et rupture du contrat du

¹⁰⁷³ CE, 29 décembre 2000, n° 207613 ; D. 2001, p. 1918, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT, RJS 3/2001, n° 316.

¹⁰⁷⁴ Cass. soc., 4 février 2003, n° 01-40476, Bull. civ. V, n° 37, p. 34 ; D. 2003 IR 665 ; RJS 4/2003, n° 412, Semaine soc. Lamy n° 1110, 17 févr. 2003, p. 12, JSL n° 119, 11 mars 2003, p. 19.

¹⁰⁷⁵ J.MOULY, « Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés à l'aune des jurisprudences judiciaire et administrative. Légitime divergence d'appréciation ou contrariété de jurisprudence ? », article précité.

¹⁰⁷⁶ E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203 : « 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 ».

¹⁰⁷⁷ La flexibilité fait l'objet du paragraphe 2.

¹⁰⁷⁸ Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 84-41902 et n° 84-41903, Bull. civ. V, n° 541.

salarié protégé a conduit la Cour de cassation à imposer l'arbitrage de l'inspecteur du travail dans le conflit relatif au licenciement du salarié protégé¹⁰⁷⁹.

Dès lors, le rôle de l'inspecteur du travail est de vérifier que le licenciement n'est prononcé qu'à la seule condition que le salarié s'oppose à un simple changement de ses conditions de travail sans que soit avérée une quelconque menace à l'exercice de son mandat.

324. La question de la résistance du contrat de travail du salarié protégé va donc se poser lors de la qualification du refus du salarié : le refus opposé par le salarié protégé est-il ou non constitutif d'une faute ?

Sur ce point, la réponse du Conseil d'État est claire. S'il ne porte pas atteinte à l'exercice de ses fonctions représentatives, le refus par le salarié protégé d'un changement de ses conditions de travail constitue une faute qui impose à l'employeur qui souhaite licencier le salarié de solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail pour procéder au licenciement¹⁰⁸⁰.

La résistance du contrat de travail dépend donc de l'atteinte portée à l'exercice du mandat du salarié protégé : le refus du salarié peut constituer une « faute d'une gravité suffisante »¹⁰⁸¹ justifiant son licenciement.

Dès lors, charge à l'inspecteur du travail de « vérifier la matérialité du motif avancé par l'employeur pour justifier le changement des conditions de travail envisagé¹⁰⁸², (...) de s'assurer que la mesure envisagée par l'employeur ne conduit qu'à un simple changement des conditions de travail et ne constitue pas au contraire une modification du contrat¹⁰⁸³ (...) [et]

¹⁰⁷⁹ Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 99-43270, Bull. civ. V, n° 373.

¹⁰⁸⁰ CE 14 novembre 2008, *M^{me} Viel*, req. n° 306226, et *M^{me} Esteves*, req. n° 307544, Lebon T. ; Dr. social 2009, p. 419, concl. M. KELLER ; CE 7 décembre 2009, *Sté Auto Grill*, req. n° 301563, Lebon T. ; Dr. social 2010, p. 306, concl. Y. STRUILLON : « le refus opposé par un salarié protégé à un changement de ses conditions de travail décidé par son employeur en vertu, soit des obligations souscrites dans le contrat de travail, soit de son pouvoir de direction, constitue, en principe, une faute ; qu'en cas d'un tel refus, l'employeur, s'il ne peut directement imposer au salarié ledit changement, doit, sauf à y renoncer, saisir l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement à raison de la faute qui résulterait de ce refus ; qu'après s'être assuré que la mesure envisagée ne constitue pas une modification du contrat de travail de l'intéressé, il appartient à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge, d'apprécier si le refus du salarié constitue une faute d'une gravité suffisante pour justifier l'autorisation sollicitée, compte tenu de la nature du changement envisagé, de ses modalités de mise en œuvre et de ses effets, tant au regard de la situation personnelle du salarié, que des conditions d'exercice de son mandat ; qu'en tout état de cause, le changement des conditions de travail ne peut avoir pour objet de porter atteinte à l'exercice de ses fonctions représentatives ».

¹⁰⁸¹ CE, 7 décembre 2009, précité.

¹⁰⁸² Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-41574, Bull. civ. V, n°26 ; Cass. soc., 26 novembre 2008, n° 07-43780 ; Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-43283.

¹⁰⁸³ Cass. Soc., 7 juillet 1998, n° 96-40256, Bull. civ. V, n° 367.

d'apprécier si la faute commise par le salarié est d'une gravité suffisante pour justifier une autorisation de licenciement »¹⁰⁸⁴.

La résistance du contrat du salarié protégé ne se situe pas dans l'accord du salarié. Elle est caractérisée par l'intervention de l'inspecteur qui va mener une enquête contradictoire préalable au potentiel prononcé du licenciement.

325. En apparence, que le salarié soit titulaire ou non d'un mandat de représentant du personnel, la résistance du contrat de travail se trouve dans tout ce qui est contractualisé. C'est pourquoi, afin de solliciter davantage l'accord du salarié, la tentation de la densification du contenu contractuelle est grande. Or, la surcontractualisation n'est pas une solution de résistance absolue du contrat de travail, notamment du fait de l'intervention du législateur dans la détermination de ce qui s'impose ou non au contrat de travail.

2. Le leur de la surcontractualisation

326. La liste des éléments essentiels du contrat de travail n'étant pas établie par le législateur, il convient d'affirmer que tout ce qui est contractualisé nécessite l'accord du salarié avant toute modification¹⁰⁸⁵. Dès lors, la question de la résistance du contrat de travail par la densification du contenu contractuel se pose.

En effet, puisque le législateur ne fait que citer de façon non limitative les clauses interdites et que le contrat de travail est régi par le principe de l'autonomie de la volonté, la voie de la contractualisation semble ouverte. Il est donc possible de penser qu'une contractualisation intensive de la relation de travail et une multiplication des clauses contractuelles seraient une solution de résistance du contrat aux sources du droit. En effet, l'autorisation du salarié étant impérative en cas de modification du contrat de travail, la résistance trouverait son efficacité dans le refus opposé à la proposition de modification.

Or, cette solution ne présente qu'un intérêt mitigé. Si la contractualisation accrue leurre le salarié au sujet d'une protection renforcée contre toute modification de son contrat, cela est sans compter sur le pouvoir de l'employeur d'imposer ses décisions au contrat de travail, notamment en matière d'aménagement du temps de travail.

¹⁰⁸⁴ L. PÉCAUT-RIVOLIER, H. ROSE, Y. STRUILLLOU, « Représentants du personnel (statut protecteur) », Rep. Dr. trav. juin 2013, n° 339 ; V. Y. STRUILLLOU, « La nature du contrôle de l'inspecteur du travail sur les demandes d'autorisation de licenciement des salariés protégés », Dr. social 2010, p. 306.

¹⁰⁸⁵ V. P.-H. ANTONMATTEI, « Les éléments du contrat de travail », Dr. social 1999, p. 330.

En effet, force est de constater que les lois qui se sont succédées depuis les années 2000 ont mis à mal les « illusions du “tout contractuel” »¹⁰⁸⁶. Plus précisément, tant l'article L. 1222-7¹⁰⁸⁷ que l'article L. 3122-6¹⁰⁸⁸ ont démontré que la stratégie de protection du salarié par la surcontractualisation n'est pas imparable.

Ainsi, le phénomène de surcontractualisation ne semble-t-il pas être la solution pour préserver l'effectivité du phénomène de résistance du contrat de travail aux sources du droit. Le licenciement d'un salarié refusant la modification du contrat de travail étant possible¹⁰⁸⁹, il est envisageable de se pencher, non pas sur la contractualisation elle-même, mais sur la sanction du refus : en affaiblissant le système de sanction, le contrat de travail peut ne souffrir que modérément tout en continuant à résister¹⁰⁹⁰.

B. L'échec de la résistance dans l'organisation du temps de travail

327. En matière d'aménagement du temps de travail, le législateur a donné un nouveau souffle à la force de l'accord collectif, notamment en organisant sa montée en puissance (1), privilégiant ainsi l'intérêt collectif face aux garanties du contrat individuel (2).

¹⁰⁸⁶ Chr. RADÉ, « Les limites du ‘tout contractuel’ », Dr. social 2000, p. 828.

¹⁰⁸⁷ C. trav., art. L. 1222-7 : « La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

¹⁰⁸⁸ C. trav., art. L. 3122-6 : « La mise en place d'une répartition des horaires de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas une modification des conditions de travail. Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés à temps partiel ».

¹⁰⁸⁹ C. trav., art. L. 1222-8 : « Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique. Il est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel ».

¹⁰⁹⁰ Ce proposition fera l'objet de développements dans la section 2.

1. la montée en puissance de l'accord collectif

328. Afin de résister aux pouvoirs de l'employeur et à la source conventionnelle, le salarié dispose d'éléments qui, en théorie, le prémunissent contre les atteintes au contenu contractuel. En effet, la non-incorporation des dispositions conventionnelles au contrat¹⁰⁹¹, le principe de faveur, ou encore l'indispensable accord du salarié en cas de modification de dispositions contractuelles, sont autant d'éléments qui font du contrat un outil de résistance aux sources spéciales.

Or, depuis les années 2000, les règles en matière d'aménagement du temps de travail ont permis un renforcement de l'impérativité de la source conventionnelle, mettant ainsi à mal la capacité de résistance du contrat. Dès lors, les besoins de flexibilité du travail ont conduit le législateur à prendre des mesures visant à réduire la résistance du contrat et à augmenter l'influence des accords de réduction de la durée du travail.

Ainsi, l'article L. 1222-7 du Code du travail dispose-t-il que l'application d'un tel accord ne « ne constitue pas une modification du contrat de travail »¹⁰⁹² et l'article L. 1222-8 du même Code précise-t-il que le licenciement prononcé en cas de refus du salarié « ne repose pas sur un motif économique »¹⁰⁹³.

L'escalade de la réduction de la résistance du contrat de travail a continué en 2012, lorsque suite à une décision rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰⁹⁴, le législateur décida que la modulation du temps de travail par accord collectif « ne constitue pas une modification du contrat de travail »¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹¹ V° *supra* n° 241 et suiv.

¹⁰⁹² C. trav., art. L. 1222-7 : « La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

¹⁰⁹³ C. trav., art. L. 1222-8 : « Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique. Il est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel ».

¹⁰⁹⁴ Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, Bull. civ. V, n° 197 : « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié » ; D. 2011, p. 219, obs. C. DECHRISTÉ, note S. FROSSARD ; *ibid.* p. 1246, obs. G. BORENFREUND, E. DOCKÈS, O. LECLERC, E. PESKINE, J. PORTA, L. CAMAJI, T. PASQUIER, I. ODOUL ASOREY ET M. SWEENEY ; Dr. social 2011, p. 151, note J. BARTHÉLÉMY ; *ibid.* 2014. p. 71, étude J. MOULY ; RDT 2010, p. 725, obs. Fl. CANUT ; JCP S 2010, 1466 note M. MORAND ; Fr. FAVENNEC, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Sem. soc. Lamy 2014, n° 1643.

¹⁰⁹⁵ C. trav. art. L. 3122-6 : « La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail.

Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés à temps partiel ».

Toutefois, le juge de la Chambre sociale de la Cour de cassation est venu encadrer les dispositions de l'article L. 3122-6 du Code du travail le 25 septembre 2013, en décidant que « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié »¹⁰⁹⁶.

En apparence *contra legem*, cette décision est venue mettre le législateur en difficulté et a souligné les carences du champ d'application de l'article L.3122-6 du Code du travail. La question posée était alors : « en l'absence de dispositions de droit transitoire, comment appliquer dans le temps la règle issue de l'article L. 3122-6 ? »¹⁰⁹⁷.

La réponse semble avoir trouvé ses fondements dans les articles 2 du Code civil¹⁰⁹⁸, 12 du Code de procédure civile¹⁰⁹⁹, mais également dans la thèse de la Cour européenne des droits de l'Homme qui exige « qu'une loi rétroactive soit justifiée par un impérieux motif d'intérêt général »¹¹⁰⁰ ou dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹¹⁰¹ qui a trait au droit à un procès équitable¹¹⁰².

Dès lors, la solution rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation ne fait que relancer le débat autour de l'articulation entre contrat de travail et accord collectif et plus

¹⁰⁹⁶ Cass. soc. 25 septembre 2013, *Comptoir du Sud*, n°12-17776 et n° 12-17777 ; D. 2013, p. 2277 ; Dr. social 2014, p. 90, obs. P. CHAUMETTE.

¹⁰⁹⁷ FI. CANUT, « Modulation du temps de travail et contrat de travail : la bergère n'a pas dit son dernier mot », RDT 2013, p. 771, spéc. p. 772.

¹⁰⁹⁸ C. civ., art. 2 : « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

¹⁰⁹⁹ C. proc. civ., art. 12, « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé » ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 8^e éd., 2013, p. 380, n° 542 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis droit privé, Dalloz, 32^e éd., 2014, p. 407 et s., n° 499 s ; J. NORMAND, « Le juge et le fondement du litige », in *Mélanges P. HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595 ; du même auteur, « Le relevé d'office des moyens qui ne sont pas de pur droit. Obligation ou faculté ? », RTD. civ. 1992, p. 175 ; Fr. EUDIER, « La nature du pouvoir du juge de rectifier un fondement juridique inadéquat invoqué par le demandeur », D. 1996, p. 247.

¹¹⁰⁰ FI. CANUT, « Modulation du temps de travail et contrat de travail : la bergère n'a pas dit son dernier mot », article précité, spéc. p. 772.

¹¹⁰¹ Cedh, art.6 §1, « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

¹¹⁰² FI. CANUT, « Modulation du temps de travail et contrat de travail : la bergère n'a pas dit son dernier mot », article précité, spéc. p. 773.

particulièrement la question de la résistance du contrat de travail aux sources du droit. Plus particulièrement, cette décision implique une résistance du contrat de travail « à deux vitesses »¹¹⁰³. Ainsi, en imposant une application non-rétroactive de l'article L. 3122-6 du Code du travail, l'effectivité de la résistance ne vaut-elle que pour les contrats de travail conclus avant le 22 mars 2012. *A contrario*, les contrats de travail conclus après le 23 mars 2012 sont soumis à l'article L. 3122-6 du Code du travail et l'accord du salarié n'est plus requis.

329. La problématique de la résistance du contrat de travail par le simple refus de la modification de son contenu semble largement altérée par l'impérativité de la loi et des dispositions conventionnelles¹¹⁰⁴ qui s'imposent de plus en plus au salarié. Dès lors, la résistance par le simple refus du salarié tend, de plus en plus, à s'estomper au profit de l'intérêt collectif.

¹¹⁰³ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Modulation du temps de travail, les juges résistent! », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1602, p. 9, spéc. p. 10 : « Appliquer les accords collectifs de modulation du temps de travail à tel ou tel contrat requérait l'accord exprès du salarié avant la promulgation de la loi ; mettre en œuvre les mêmes accords collectifs et les appliquer à de nouveaux embauchés ou à des salariés déjà dans l'entreprise ne suppose plus leur assentiment depuis la publication de la loi ».

¹¹⁰⁴ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », D. social 2014, p. 438.

2. La force de l'intérêt collectif

330. Le thème de l'aménagement du temps de travail propose de nouvelles articulations entre le juge, le législateur, l'accord collectif et le contrat de travail.

Les interactions observées entre ces sources se trouvent dans la recherche de l'intérêt collectif qui ne doit pas être confondu avec l'intérêt général, « apanage de l'État »¹¹⁰⁵. Dès lors, la question récurrente autour de ces nouvelles articulations est de savoir si la capacité de résistance du contrat de travail au pouvoir de l'employeur ou à la source collective est toujours effective dès lors que l'intérêt collectif est concerné.

En effet, le point d'articulation de ces sources se trouverait dans la perpétuelle quête d'« un équilibre entre l'intérêt collectif (...) et les droits des salariés »¹¹⁰⁶ et il reviendrait donc au législateur et aux partenaires sociaux de rechercher cet équilibre. Ainsi, alors que l'un vise à réduire le plus possible l'opposition du salarié à la volonté collective¹¹⁰⁷, les autres cherchent-ils à privilégier l'intérêt collectif des salariés « sans que les situations individuelles s'en trouvent trop affectées »¹¹⁰⁸.

331. La quête d'équilibre entre intérêt collectif et individuel a pu notamment conduire le législateur¹¹⁰⁹ à reprendre les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 afin de créer une nouvelle catégorie d'accords d'entreprise : les « accords de maintien de l'emploi »¹¹¹⁰ qui offrent « la possibilité de conclure des accords d'entreprise permettant de trouver un nouvel équilibre, pour une durée limitée dans le temps, dans l'arbitrage global temps de travail/salaire/emploi, au bénéfice de l'emploi »¹¹¹¹. Toutefois, si

¹¹⁰⁵ P. LOKIEC, « Avis de tempête sur le droit du travail », RDT 2014, p. 738 ; V. not. G. LYON-CAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 77 : « Un syndicat ne peut être qu'une formation critique, plus proche de la société civile que de l'appareil d'État, plus forte à la base qu'au sommet, capable à la fois de comprendre et de traduire les aspirations des salariés » ; dans le même sens, A. JEAMMAUD, H. MASSE-DESSEN, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective », *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1257 : « la loi revêt, en régime de démocratie représentative, une légitimité plus certaine que la négociation collective ».

¹¹⁰⁶ Exposé des motifs de la loi du 19 janvier 2000.

¹¹⁰⁷ M.-A. MOREAU, « Le contrat de travail face à la loi relative à la RTT », RJS 4/00, p. 247 ; H. TISSANDIER, « Quelle capacité de résistance du contrat de travail face à un accord de réduction du temps de travail ? », note sous Cass. soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 04-45.537, *Rev. trav.* 2006, p. 188.

¹¹⁰⁸ G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. social* 1990, p. 626.

¹¹⁰⁹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

¹¹¹⁰ C. trav., art. L. 5125-1.

¹¹¹¹ Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 18.

ces accords ne modifient pas le contrat de travail¹¹¹², le refus de leur application implique un licenciement pour motif économique prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique.

332. La quête de l'intérêt collectif procure davantage d'impérativité à l'accord collectif, au détriment de la résistance du contrat de travail. Cette perte de résistance entraîne une nouvelle délimitation des espaces de l'accord collectif et du pouvoir de l'employeur¹¹¹³ qui demande une nouvelle flexibilité au contrat de travail.

En réalité, la dimension de la conception de la résistance du contrat de travail doit être élargie. La résistance du contrat de travail ne doit pas uniquement être envisagée comme un rapport de force, elle doit également être prise en compte comme la capacité du contrat de travail de supporter et d'assumer les exigences que lui imposent les sources qui exercent sur lui une influence comme les clauses obligatoires, ou le formalisme du contrat à durée déterminée. Ainsi, la résistance du contrat de travail doit-elle passer par des impératifs de souplesse et de malléabilité face aux sources du droit.

¹¹¹² V. G. COUTURIER, « Accords de maintien de l'emploi », *Dr. social* 2013, p. 805 : « C'est seulement à défaut de délai et de modalité déterminés dans l'accord que le régime de la modification du contrat de travail pour motif économique de l'article L.1222-6 (proposition dans les formes, délai d'un mois, acceptation tacite) ».

¹¹¹³ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », article précité.

§2. La résistance victorieuse du contrat de travail

333. Il a été démontré que le renforcement du contenu contractuel ne garantit pas la résistance du contrat de travail aux autres sources du droit. Le refus de modification du contrat de travail opposé par le salarié pouvant le conduire à son licenciement, il convient d'envisager d'autres modes de résistances du contrat de travail. Afin de s'adapter au contexte économique¹¹¹⁴, il est nécessaire d'envisager davantage de flexibilité du contrat de travail pour ne pas entraver le bon fonctionnement du marché¹¹¹⁵. Cette solution de flexibilité sera différente selon le contrat de travail concerné : contrat de travail du salarié non protégé (A) ou contrat de travail du salarié protégé (B).

A. Le flexibilité du contrat de travail

334. La flexibilité du contrat de travail est indispensable, afin de s'adapter aux exigences du marché de l'emploi. Pour éviter la rupture du contrat de travail, la question est donc de savoir quels sont les éléments contractuels qui nécessitent de supporter davantage de souplesse, lors de l'exécution de la relation de travail. Dès lors, les deux principaux axes de flexibilité du contrat de travail sont d'une part le temps de travail (1) et d'autre part, le lieu de travail (2).

¹¹¹⁴ V. J-E RAY, « Mutation économique et changement du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 11.

¹¹¹⁵ Ch. MATHIEU et C. NICOD, « L'individu confronté à l'organisation collective du travail », in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 51.

1. La flexibilité du temps de travail

335. La contractualisation du rapport de travail est un rempart nécessaire mais insuffisant, pour garantir l'effectivité du phénomène de résistance du contrat de travail aux sources spéciales du droit.

En effet, bien que l'accord du salarié soit requis pour modifier les éléments contractualisés, le législateur est intervenu, notamment en matière d'aménagement du temps de travail, pour offrir aux entreprises davantage de flexibilité dans leur gestion.

Dès lors, au nom de la liberté d'entreprendre, et dans le but de maintenir ou d'accroître la productivité de son entreprise, la loi a mis à la disposition de l'employeur certains éléments qui sollicitent ou imposent la flexibilité du contrat de travail.

Plus précisément, bien que le temps de travail puisse être contractualisé, un accord collectif peut diminuer la durée prévue au contrat¹¹¹⁶ ou proposer une nouvelle répartition des horaires¹¹¹⁷, sans que cela constitue une modification du contrat de travail. Plus encore, sous réserve de l'accord du salarié, un accord de maintien de l'emploi peut impliquer une hausse ou une baisse de la durée du travail (avec les répercussions que cela implique sur la rémunération du salarié).

Ainsi, la flexibilité du contrat de travail se trouve-elle au centre de la problématique de nouvelles articulations entre contrat de travail et source conventionnelle, du fait de nouveaux « mécanisme d'impérativité renforcée »¹¹¹⁸ des accords d'entreprise. Afin de concilier maintien des contrats de travail et dépassement des difficultés économiques de l'entreprise, le contrat de travail doit, pour se maintenir, faire preuve de flexibilité. En ce sens, le maintien de l'emploi aspire à la sauvegarde du contrat de travail : « dans sauvegarder, il y a sauver », faisait observer le Professeur LYON-CAEN¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ C. trav., art. L. 1222-7 : « La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

¹¹¹⁷ C. trav. art. L. 3122-6 : « La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés à temps partiel ».

¹¹¹⁸ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », article précité, spéc. p.442 ; G. BORENFREUND, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316.

¹¹¹⁹ G. LYON-CAEN, « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », Dr. social 1995, p. 489, spéc. p. 492.

336. La flexibilité du travail, favorisée par la signature de tels accords, devient donc un remède nécessaire aux difficultés économiques que peut traverser une entreprise. La teneur de la résistance du contrat de travail dans flexibilité tient donc dans l'équilibre entre sécurité et adaptabilité du contrat au contexte économique.

En effet, pour être efficace et répondre aux besoins de l'entreprise (gain ou regain de productivité) et du salarié (maintenir son emploi), la flexibilité du contrat de travail ne doit pas rimer avec précarité¹¹²⁰. Dans l'idéal, la flexibilité du contrat de travail devrait respecter le principe de flexicurité¹¹²¹ et en ce sens, être délimitée (motifs, durée, conséquences). Or, la pratique démontre que les accords de maintien de l'emploi offrent trop de garanties aux salariés et pas assez de flexibilité aux employeurs, à tel point que la conclusion de tels accords se fait rare¹¹²².

337. Définitivement, le maintien des contrats de travail ne peut se faire qu'au moyen de leur flexibilité qui impose que la résistance soit mise de coter telle un ego mal placé. En ce sens, la flexibilité du contrat de travail révèle toute l'aptitude du contrat à s'adapter aux contraintes qui l'entourent.

La promotion de la flexibilité du temps de travail est indispensable à la politique économique actuelle. L'adaptation du salarié à une nouvelle organisation de son temps de travail ne peut être obligatoirement considérée comme un fléchissement du contrat de travail à l'accord collectif : si le contrat de travail plie, il ne rompt pas. La flexibilité du contrat de travail en matière de temps de travail est un argument de résistance du contrat de travail à la source collective.

La souplesse n'étant pas synonyme de faiblesse, le contrat de travail résiste à la volonté de l'employeur notamment au moyen des garanties offertes par la loi.

L'impératif de flexibilité du contrat de travail telle que décrite en matière de temps de travail trouve un équivalent au sujet de la mobilité des salariés.

¹¹²⁰ V. not. G. BARGAIN, N. FERRACI, « Le CDI intérimaire : outil de sécurisation ou de flexibilité ? », RDT 2014, p. 522.

¹¹²¹ Communication de la Commission du 27 juin 2007 « Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité », COM(2007) 359 final : « [l]a flexicurité peut être définie comme une stratégie intégrée visant à améliorer simultanément la flexibilité et la sécurité sur le marché du travail »

¹¹²² Fr. GÉA, « Le projet de Loi Macron et l'emploi (III) : simplifier, sécuriser, libérer, délivrer... », RDT 2015, p. 254.

2. La flexibilité du lieu de travail

338. De manière générale, sous conditions de conciliation entre les aspirations de l'employeur à davantage de flexibilité et la préservation des intérêts essentiels des salariés (*via* l'article L.1121-1 C. trav.¹¹²³)¹¹²⁴, « l'introduction de clauses de mobilité dans le contrat de travail permet d'intégrer le futur »¹¹²⁵.

En ce sens, la mobilité du salarié, qu'elle soit contractuelle (clause de mobilité) ou conventionnelle (accord de mobilité interne), est un signe d'« adaptabilité naturelle du contrat de travail »¹¹²⁶ dont la flexibilité des obligations contractuelles « est au service de la stabilité du lien contractuel »¹¹²⁷.

339. La flexibilité du contrat de travail par la mobilité prend une dimension particulière lorsqu'elle est conventionnelle, prévue par un accord de mobilité interne.

L'objectif de cette mobilité est de « mettre en œuvre “des mesures collectives d'organisation courantes” dans l'entreprise “ne comportant pas de réduction d'effectifs”. Le but est de favoriser une mobilité anticipative des salariés, distincte de la mobilité curative organisée par le plan de sauvegarde de l'emploi, et de substituer à la mobilité contractuelle, la mobilité conventionnelle »¹¹²⁸. La question des modalités d'application de ces accords soulève la problématique de la modification du contrat de travail : l'application de l'accord requiert l'accord du salarié (modification du contrat de travail), mais ne fait que suspendre les clauses contractuelles contraires (non-modification du contrat de travail). Dans l'hypothèse où le salarié refuse l'application de l'accord, son licenciement est un licenciement pour motif économique prononcé « prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique ». La flexibilité s'impose donc là encore au contrat de travail mais de façon préventive. Cette flexibilité, qui ne porte pas atteinte aux éléments essentiels (rémunération, classification ou qualification professionnelle), n'a pas vocation limiter les conséquences de difficultés économiques (contrairement aux accords de maintien de l'emploi), mais d'anticiper la gestion de l'emploi dans l'entreprise.

¹¹²³ C. trav. art. L. 1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

¹¹²⁴ Chr. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », Dr. social 2001, p. 802.

¹¹²⁵ I. DAUGUAREILH, «Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », Dr. social 1996, p. 128.

¹¹²⁶ I. DAUGUAREILH, «Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », article précité.

¹¹²⁷ M. MEKKI, « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail? », RDT 2006, p. 292.

¹¹²⁸ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1592, p. 47.

340. La flexibilité du contrat de travail peut donc être tant curative qu'anticipative¹¹²⁹. Le plus souvent sollicitée lorsque des difficultés économiques surviennent, elle permet à l'employeur et à la négociation collective de proposer des solutions permettant d'éviter la rupture du contrat de travail. Afin de privilégier le lien d'emploi, au risque de voir diminuer des garanties contractuelles, la résistance doit donc à l'avenir, se trouver dans la flexibilité du contrat de travail et non dans le refus du salarié. Dès lors, la flexibilité porte atteinte au régime de la modification du contrat de travail, en ce qu'elle tendrait à atténuer les frontières entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail. En ce sens, la flexibilité devrait concerner tous les contrats de travail de l'entreprise, y compris ceux des salariés titulaires de mandat de représentant du personnel dont l'accord est indispensable, quelle que soit la modification envisagée.

B. La flexibilité du contrat de travail des salariés protégés

341. Le manque de flexibilité du contrat de travail du salarié protégé est symptomatique d'une sécurité excessive pour les salariés concernés qui incompatible avec les besoins de flexibilité exprimés par les entreprises. Dès lors, la protection du contrat de travail du salarié protégé, par manque de flexibilité, peut être confrontée à la sanction de la rupture du contrat de travail qui impose une procédure particulière incluant l'inspecteur du travail (1). Ainsi, une plus grande flexibilité du contrat de travail du salarié protégé, contrôlée par l'inspecteur du travail, permettrait au contrat de résister davantage aux autres sources du droit (2).

¹¹²⁹ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », article précité.

1. Le manque de flexibilité sanctionné

342. Le salarié protégé ne peut se voir imposer aucune modification de son contrat de travail ou de ses conditions de travail¹¹³⁰. En cas de refus par le salarié de cette modification, l'employeur peut : abandonner la modification ou entamer une procédure de licenciement¹¹³¹. La flexibilité du contrat de travail est donc, dans ce cas, très limitée.

En effet, si l'employeur envisage une modification, il est peu probable qu'il abandonne la modification envisagée suite au refus du salarié. L'employeur ne pouvant imposer la modification du contrat ou le changement des conditions de travail, la rupture du contrat de travail est parfois la seule issue possible. Dès lors, s'il décide de procéder au licenciement, il devra fonder ce dernier sur le motif qui justifiait la modification du contrat de travail envisagée : si la modification du contrat de travail était envisagée à titre disciplinaire, la procédure de licenciement sera celle du licenciement disciplinaire¹¹³² ; si la modification envisagée était justifiée par des considérations économiques, la demande d'autorisation doit se placer sur le terrain du motif économique.

Dès lors, puisque le changement des conditions de travail ne peut être mis en œuvre contre la volonté du représentant du personnel, le pouvoir de direction de l'employeur est « en quelque sorte partiellement “paralysé” par le statut protecteur »¹¹³³. Or, il n'est pas éteint : si le salarié protégé refuse le changement, son refus constitue une faute¹¹³⁴ qui fonde l'employeur à engager une procédure de licenciement pour obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail de rompre le contrat de travail de son salarié¹¹³⁵.

¹¹³⁰ Cass. soc., 30 avril 1997, n° 95-40573, Bull. civ. V, n° 154 : « Aucune modification de son contrat de travail et aucun changement de ses conditions d'emploi ne peuvent être imposés à un salarié protégé et il appartient à l'employeur, en cas de refus du salarié, soit de le maintenir dans ses fonctions, soit d'engager une procédure de licenciement, sauf manifestation de volonté non équivoque de l'intéressé de démissionner. Dès lors, une cour d'appel qui constate qu'un salarié protégé, qui n'avait pas l'intention de démissionner, n'avait pas été licencié et n'avait pas été maintenu dans son emploi, fait ressortir l'existence d'un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser ».

¹¹³¹ Cass. soc., 24 février 1993, n° 90-45434 ; Cass. soc., 30 juin 1993, n° 89-45479, Bull. civ. V, n° 192, p. 130, D. 1994, p. 299.

¹¹³² Il incombe à l'employeur d'établir la matérialité des faits reprochés (CE, 21 décembre 1994, Sté Lyonnaise de banque, no 127898, Lebon T. 1216 ; RJS 1995, no 264). En ce sens, il doit alléguer des faits précis à l'appui de sa demande d'autorisation de licenciement (CE 12 mars 1982, Taty et a., no 17666, Lebon T. 772).

¹¹³³ L. PÉCAUT-RIVOLIER, H. ROSE, Y. STRUILLLOU, « Représentants du personnel (statut protecteur), Rep. Droit du travail, janvier 2015, n° 325.

¹¹³⁴ Cass. soc., 22 septembre 2009, n° 08-41352 ; CE, 7 décembre 2009, Sté Autogrill, n° 301563, Lebon, concl. Y. STRUILLLOU ; AJDA 2009, p. 2376.

¹¹³⁵ Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 99-43270, Bull. civ. V, n° 373.

343. L'intervention de l'autorité administrative a uniquement vocation à contrôler l'opportunité du licenciement lorsque le processus de rupture est déjà entamé. En effet, l'intervention de l'inspecteur du travail n'est sollicitée qu'afin d'autoriser le licenciement envisagé par l'employeur. Il aura donc pour mission d'une part, de vérifier la matérialité du motif avancé par l'employeur pour justifier le changement des conditions de travail envisagé¹¹³⁶ et d'autre part, de s'assurer que la mesure envisagée par l'employeur n'est qu'un simple changement des conditions de travail¹¹³⁷.

344. Dès lors, la possible opposition du salarié protégé à toute modification ne favorise pas la flexibilité du contrat de travail du salarié protégé. Or, il pourrait être envisagé que l'inspecteur du travail soit sollicité indépendamment de la procédure de licenciement du salarié protégé. L'étendue de ses pouvoirs serait donc élargie.

¹¹³⁶ Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-41574, Bull. civ. V, n° 26 ; Cass. soc., 26 novembre 2008, n° 07-43780 ; Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-43283 ; CE 6 mai 1996, *Marchand*, n° 151585, Lebon T. 1193.

¹¹³⁷ Cass. soc., 7 juillet 1998, n° 96-40256, Bull. civ. V, n° 367.

2. L'étendue des pouvoirs de l'inspecteur du travail

345. Bien que l'exécution forcée du contrat de travail soit impossible¹¹³⁸, l'intervention de l'inspecteur du travail en amont d'une éventuelle procédure de licenciement permettrait, dans certains cas, d'éviter la rupture du contrat de travail et de permettre une flexibilité contrôlée du contrat de travail. Le rôle de l'inspecteur du travail ne serait plus uniquement restreint au contrôle.

346. Dans cette hypothèse, l'inspecteur du travail pourrait intervenir immédiatement après le refus du salarié, préalablement à toute procédure de licenciement.

D'abord, sa mission serait, comme lors du contrôle du licenciement, d'examiner l'ampleur de la modification envisagée : modification du contrat ou changement des conditions de travail qui n'entravent pas l'exercice du mandat de représentation du personnel.

Ensuite, une fois son expertise établie, il aurait la possibilité de proposer que le changement des conditions de travail s'impose au salarié, conformément au droit commun en la matière.

Enfin, ce ne serait qu'après refus manifeste du salarié de se conformer au changement de ses conditions de travail qu'il exercerait son rôle de contrôle dans la procédure de licenciement du salarié protégé.

347. Cette pratique pourrait présenter un intérêt lors de situations requérant une flexibilité particulière, notamment en cas de difficultés économiques. La flexibilité imposée au contrat de travail du salarié protégé permettrait ainsi de limiter les licenciements pour faute des salariés protégés refusant un simple changement de leurs conditions de travail.

Ainsi, de nouvelles dispositions légales pourraient-elles être insérées au Code du travail¹¹³⁹.

D'une part, en cas de difficultés économiques le Code du travail prévoirait que :

¹¹³⁸ Conv. OIT n°105 sur l'abolition du travail forcé.

¹¹³⁹ V. Cass. soc., 14 mai 1997, *Dumoulin c./ Société Normabarre*, n° 94-43712, Bull. civ. V, n° 177, p. 128 ; Dr. social 1997, p. 740, obs. Fr. FAVENNEC-HÉRY ; V. Cass. soc., 26 novembre 1996, *Marquis hôtels limited c./ Alia et autres*, n° 93-44811, Bull. civ. V, n° 406, p. 289 ; Dr. social 1997, p. 103, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 19 octobre 1994, n° 90-45928, RJS 12/94, n° 1360 (modification des indemnités de déplacement afin d'améliorer la compétitivité de l'entreprise); Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-41969, JCP S 2006, p. 1841 ; Y. STRUILLOU, « La nature du contrôle de l'inspecteur du travail sur les demandes d'autorisation de licenciement des salariés protégés », article précité.

— Article L.2411-6-1 « Lorsque surviennent des difficultés économiques, des mutations technologiques ou une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, l'inspecteur du travail peut conclure que le changement des conditions de travail nécessaire s'impose aux salariés investis d'un des mandats prévu aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 ».

D'autre par, les pouvoirs et les compétences de l'inspecteur du travail pourraient être élargies de la façon suivante :

— Article L. 8112-2, 8e « Les inspecteurs du travail constatent également :

(...)

8° La nécessité du changement des conditions de travail et la matérialité du motif avancé par l'employeur pour justifier le changement des conditions de travail prévu à l'article L. 2411-6-1.

9° La non-entrave à l'exercice du mandat du salarié pour justifier le changement des conditions de travail prévu à l'article L. 2411-6-1 ».

348. La contractualisation au niveau individuel n'est plus un gage de protection du contrat de travail. Dès lors, la flexibilité du contrat de travail se profile comme une solution de résistance du contrat de travail aux modifications prévues par les sources spéciales du travail. Or, le phénomène de résistance du contrat de travail est également effectif lors du refus de la modification du contrat de travail envisagée.

Section 2. La résistance lors du refus de la modification du contrat de travail

349. Généralement, la proposition de modification du contrat de travail se justifie par : une mutation dans l'organisation de l'entreprise, un besoin d'adaptation à de nouvelles contraintes, des difficultés économiques, une faute disciplinaire. Le refus opposé par le salarié à une modification du contrat de travail ou à un changement des conditions de travail peut être tant signe de force que de faiblesse : il fait preuve d'opposition en résistant, mais il s'expose à la sanction de la rupture du contrat de travail. En ce sens, la résistance du contrat de travail s'expose à l'effectivité de la sanction du contrat de travail (§1). Or, la nécessité d'obtention de l'accord du salarié, même lors d'une modification du contrat de travail à titre disciplinaire, conduit à s'interroger sur l'efficacité d'un système de sanction de l'employeur (§2).

§1. L'effectivité des sanctions du refus du salarié

350. La résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur n'est pas toujours synonyme de survie du contrat de travail : elle désigne principalement la force d'opposition du contrat de travail, notamment lorsque le salarié refuse les modifications envisagées par l'employeur. Ainsi, la sanction du refus opposé par le salarié sera-t-elle différente qu'il s'agisse du refus d'un changement des conditions de travail, d'une modification du contrat de travail (A), ou d'un refus d'une modification du contrat de travail à titre disciplinaire (B).

A. La sanction du refus de la modification du contrat de travail

351. Les besoins liés à l'organisation de l'entreprise justifient que l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, envisage une modification du contrat de travail ou des conditions de travail du salarié. Toutefois, la distinction de régime entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail explique la différence de sanction encourue lorsque le salarié refuse une modification de son contrat de travail (1) et une modification des conditions de travail (2).

1. la sanction du refus d'une modification du contrat de travail

352. Le refus par le salarié de voir son contrat de travail modifié peut conduire à la sanction du salarié ou de l'employeur : alors que l'employeur peut décider de licencier le salarié refusant la modification de son contrat de travail (a), le salarié peut demander la résiliation du contrat de travail lorsque l'employeur impose une modification du contrat de travail qui empêche la poursuite du contrat de travail (b). Ainsi, le phénomène de résistance du contrat de travail au pouvoir de direction peut-il être effectif, même dans la sanction.

a) la sanction du salarié

353. L'accord du salarié est obligatoire si l'employeur envisage de modifier le contrat de travail. Or, lorsque le salarié oppose son refus, l'employeur peut renoncer au projet de modification ou licencier le salarié¹¹⁴⁰. Dès lors, « le droit de refuser la modification s'apparente le plus souvent pour le salarié au “droit d'être licencié” »¹¹⁴¹ et « dans un grand nombre d'hypothèses, le choix qui s'offre au salarié est alors simple : se soumettre ou se démettre, accepter la modification du contrat ou perdre son emploi »¹¹⁴².

Toutefois, le phénomène de résistance du contrat de travail trouve bien ses racines dans le refus du salarié, puisque le seul refus opposé par le salarié d'une modification de son contrat

¹¹⁴⁰ Cass. soc., 5 mars 1997, n° 95-42365, Bull. civ. V, n° 95, p. 68.

¹¹⁴¹ F. BOCQUILLON, « Contrat de travail (modification) », Rep. Droit du travail, 2015.

¹¹⁴² Chr. RADÉ, « Les limites du “tout contractuel” », article précité, spéc. p. 831.

de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement¹¹⁴³. Or, si le licenciement n'est pas nécessairement fautif, il doit obligatoirement être justifié par une cause réelle et sérieuse qui ne peut être le refus lui-même.

Le refus du salarié va donc contraindre l'employeur à justifier la cause et de respecter la procédure de licenciement.

En effet, si l'employeur décide de procéder au licenciement, il doit se fonder sur la cause de la modification envisagée¹¹⁴⁴. Dans l'hypothèse où la modification envisagée est à titre disciplinaire, la procédure de licenciement est celle du licenciement disciplinaire ; si elle répond à des considérations économiques, la procédure est celle du licenciement pour motif économique.

Ainsi, le licenciement peut-il être fondé sur l'insuffisance professionnelle du salarié, sur son inaptitude, sur l'incompatibilité du poste avec des raisons familiales ou l'état de santé du salarié.

354. La recherche de la justification du licenciement suite au refus du salarié peut entraîner des conséquences particulières, notamment sur le type de licenciement prononcé. Par exemple, si un employeur propose la modification de la rémunération contractuelle en raison de difficultés économiques, il conviendra de s'assurer du nombre de salariés concernés et du nombre de refus essuyés : si plus de dix salariés refusent, les règles relatives au licenciement pour motif économique collectif devront s'appliquer.

La résistance lors du licenciement du salarié est effective non pas au travers du contrat de travail, mais grâce à la volonté du salarié. Elle n'est pas contractuelle, mais personnelle : elle trouve à s'exercer par le refus du salarié.

Or, en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur à ses obligations empêchant la poursuite du contrat de travail¹¹⁴⁵, la résistance du contrat de travail va être davantage

¹¹⁴³ Cass. soc. 27 mai 1998, nos 96-40929 et 96-41278, Bull. civ. V, n° 282, p. 213 ; D. 1999, p. 33, M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; RJS 7/1998, n° 826 ; Cass. soc., 18 décembre 2001, RJS 2/2002, n° 145 ; Cass. soc., 27 février 2001, *S^{té} GAN Vie c/ Rouillot*, n° 99-40219, Bull. civ. V, n° 60 ; Dr. social 2001, p. 514 ; Cass. soc., 14 novembre 2007, n° 06-43762, « le seul refus d'accepter une modification de son contrat de travail ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

¹¹⁴⁴ Cass. soc., 10 décembre 1996, n° 94-40300, Bull. civ. V, n° 430, p. 311 ; Dr. social 1997, p. 200, obs. G. COUTURIER, RJS 1/1997, n° 6, D. 1997, p. 591, note C. PUIGELIER ; Cass. soc., 20 janvier 1998, 95-41575, Bull. civ. V, n° 23, p. 17 ; Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-40929 et 96-41278, Bull. civ. V, n° 282, RJS 7/1998, n° 826 ; Cass. soc., 26 novembre 2002, RJS 2/2003, n° 158.

¹¹⁴⁵ Cass. soc., 26 mars 2014 (3 arrêts), n° 12-23634, n° 12-21372 et n° 12-35040, D. 2014, p. 830, et 1115, obs. P. LOKIEC ; Dr. social 2014, p. 397, tribune J.-E. RAY ; Fr. GÉA, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ? », Sem. sociale Lamy n° 1625/2014, p. 10.

explicite si le salarié demande la résiliation judiciaire ou de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail.

b) la sanction de l'employeur

355. La résistance du contrat de travail au pouvoir de direction de l'employeur est indispensable dans le cadre de la modification du contrat de travail, notamment lorsque l'employeur tente d'imposer la modification au salarié.

Dans pareille hypothèse, le salarié est fondé à demander la résiliation judiciaire en cas d'inexécution par l'employeur de ses obligations ou lorsqu'il modifie du contrat de travail¹¹⁴⁶, à une seule condition : la modification imposée doit empêcher la poursuite du contrat de travail¹¹⁴⁷.

356. Si la résistance du contrat de travail semble affaiblie, la décision rendue en 2014¹¹⁴⁸ n'a pas pour autant remis en cause la portée de la jurisprudence *Raquin* qui distingue la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail.

Or, ce n'est pas parce que la Cour de cassation a précisé le champ d'action du salarié en matière de résiliation judiciaire qu'elle a supprimé toute sanction de la modification unilatérale par l'employeur. En ce sens, « l'infléchissement jurisprudentiel sous-entend, dans le retour au droit commun, que la sanction de l'employeur doit être mesurée, proportionnée à l'atteinte au contrat : *a posteriori*, demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi ; ou, de façon plus précoce, assignation de l'employeur en référé pour lui demander l'exécution du contrat avant modification »¹¹⁴⁹.

Il ne s'agit pas de desservir la résistance du contrat au profit du pouvoir de l'employeur mais de rechercher un équilibre entre contrat de travail et prérogatives de l'employeur. L'objectif du juge a été d'opérer une « distinction entre les règles relatives à la qualification de la

¹¹⁴⁶ Cass. soc., 27 janvier 1972, Bull. civ. V, n° 74 ; V. Rép. trav., v° *Contrat de travail à durée indéterminée* (Modes de rupture autres que le licenciement : conditions), par J.-P. DUPRILOT ; Sur la modification du mode de rémunération contractuel, peu important que la rémunération finale soit plus avantageuse pour le salarié : Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-40275, Bull. civ. V, n° 40 ; D. 1998, p. 65 ; Dr. social 1998, p. 523, note G. COUTURIER ; Dr. social 1999, p. 566, étude Ph. WAQUET ; Cass. soc., 5 mai 2010, n° 07-45409, D. 2010, p. 1290 ; D. 2011, p. 840, obs. Equipe de recherche en droit social de Lyon 2 ; RDT 2010, p. 435, obs. S. TOURNAUX ; V. Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 09-71366.

¹¹⁴⁷ Cass, soc., 12 juin 2014, n° 13-11448, Bull. civ. V, n° 139 ; D. 2014, p. 1628 ; W. FRAISSE, « Résiliation judiciaire : manquements de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail », D. actualité, 25 juin 2014.

¹¹⁴⁸ Cass, soc., 12 juin 2014, *op. cit.*

¹¹⁴⁹ L. DRIGUEZ, « Une brèche dans le rempart contractuel de la rémunération des salariés », D. 2014, p. 1628.

modification du contrat de travail, qui demeurent identiques, et les sanctions applicables, qui doivent être appréciées selon la gravité de ce qui reste une faute contractuelle de l'employeur »¹¹⁵⁰. En ce sens, le juge ne fait qu'appliquer l'article 1184 du Code civil¹¹⁵¹.

2. La sanction du refus d'un changement des conditions de travail

357. L'employeur peut imposer un changement des conditions de travail au salarié. En effet, lorsque le salarié s'oppose à un changement de ses conditions de travail et qu'il refuse de poursuivre l'exécution de son contrat de travail, il contrevient à ses engagements envers l'employeur. Toutefois, que le contrat de travail soit un CDD ou un CDI¹¹⁵², « le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave »¹¹⁵³.

Or, en la matière, même si elle fait preuve d'influence sur le contrat de travail, l'action de l'employeur est strictement contrôlée par le juge qui a abandonné la théorie de l'abus de droit¹¹⁵⁴ au profit de la présomption de « bonne foi »¹¹⁵⁵ de l'employeur.

En effet, alors que l'employeur peut envisager des changements des conditions de travail comme il l'entend, cette mise en œuvre « est fondée sur une présomption simple de bonne foi contractuelle et de conformité à l'intérêt de l'entreprise »¹¹⁵⁶. Dès lors, charge au salarié de rapporter la preuve contraire.

¹¹⁵⁰ Ph. FLORES, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail : les nouveaux atours de la jurisprudence », RDT 2014, p. 447.

¹¹⁵¹ C. civ., art. 1184 : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

¹¹⁵² Cass. soc., 20 novembre 2013, n° 12-16370, Bull. civ. V, n° 273 ; V. J.-Ph. LHERNOULD, « Le refus d'un changement des conditions de travail ne caractérise pas une faute grave », note ss Cass. soc., 20 novembre 2013, n° 12-30100 et n° 12-16370, JSL 2014, n° 358, p. 7, spéc. p. 8.

¹¹⁵³ Cass. soc., 23 février 2005, n° 03-42018, Bull. civ. n° 64 ; Dr. social 2006, p. 634, note P. BOUAZIZ et I. GOULET ; V. également, Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 07-40522, Bull. civ. V, n° 19 ; Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-11867.

¹¹⁵⁴ Cass. soc., 29 janvier 2002, n° 99-44604, Bull. civ. V, n° 39.

¹¹⁵⁵ Cass. soc., 23 février 2005, préc. ; Cass. soc., 3 octobre 2007, n° 06-45478 ; Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 06-45086.

¹¹⁵⁶ H. K. GABA, « Changement des conditions de travail : règles de mise en œuvre et régime juridique du refus du salarié », D. 2005, p. 1678.

358. Dans cette configuration, la résistance du contrat de travail est donc peu évidente mais existante. Elle se manifeste au travers l'action menée par le salarié de combattre la présomption simple de « bonne foi » de l'employeur.

Pour ce faire, le salarié devra démontrer l'abus dans l'exercice du pouvoir de direction¹¹⁵⁷. Plus précisément, il devra établir que « la décision de l'employeur de modifier ses conditions de travail a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt [de l'entreprise] ; ou bien que cette décision a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle »¹¹⁵⁸.

Ainsi, le salarié peut-il non seulement contrer l'application d'une clause licite¹¹⁵⁹, mais également rendre la rupture imputable à l'employeur¹¹⁶⁰.

359. Le refus du salarié face à la modification de son contrat de travail ou du changement de ses conditions de travail l'expose à un risque de licenciement. Dès lors, la résistance du contrat de travail ne se trouvera pas dans les clauses contractuelles, mais dans les conséquences du refus :

- D'une part, l'employeur est tenu de respecter certaines procédures (motif du licenciement à établir, procédure de licenciement à respecter, etc.).
- D'autre part, le salarié est fondé à établir que l'employeur abuse des droits qui lui sont conférés.

La résistance du contrat de travail trouve, dans ce cas, une limite. Puisque le refus du salarié peut conduire à son licenciement, le phénomène de résistance du contrat démontre que la résistance ne consiste pas en la survie du contrat mais dans la contrainte imposée à l'employeur. Cette conception de la résistance du contrat tend à se développer lorsque le salarié refuse une modification de son contrat de travail à titre disciplinaire.

¹¹⁵⁷ Cass. soc., 4 février 2003, Bull. civ. V, n° 37 ; D. 2003, p. 665.

¹¹⁵⁸ H. K. GABA, « Changement des conditions de travail : règles de mise en oeuvre et régime juridique du refus du salarié », article précité.

¹¹⁵⁹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Précisions sur le changement du lieu de travail », D. 2006, p. 3041.

¹¹⁶⁰ Cass. soc., 14 et 21 juin 2006, n° 05-40667 et 04-44866.

B. Le refus du salarié d'une modification du contrat de travail à titre disciplinaire

360. L'employeur qui envisage une sanction disciplinaire modifiant le contrat de travail est dans l'obligation de recueillir l'accord du salarié concerné (1). Ainsi, dès lors que le salarié doit donner son consentement préalablement à une sanction-modification de son contrat de travail, il est possible de s'interroger sur l'existence d'une contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur (2).

1. Le consentement du salarié à la proposition de modification du contrat de travail

361. Lorsqu'un salarié commet une faute, la sanction envisagée par l'employeur peut constituer une modification du contrat de travail. Il peut s'agir d'une rétrogradation¹¹⁶¹ ou une mutation géographique¹¹⁶² par exemple¹¹⁶³.

Ainsi, la question du caractère obligatoire de la sanction modifiant le contrat de travail a-t-elle nourri un débat doctrinal¹¹⁶⁴ que la jurisprudence est venue stabiliser.

362. Jusqu'en 1998, tant la Chambre sociale de la Cour de cassation¹¹⁶⁵ que le Conseil d'État¹¹⁶⁶ avaient une jurisprudence convergente selon laquelle le refus du salarié de la modification de son contrat de travail à titre disciplinaire est fautif, dès lors que la sanction est

¹¹⁶¹ Cass. soc., 20 avril 1989, n° 86-42234, Bull. civ. V, n° 299, p. 178.

¹¹⁶² Cass. soc., 24 mars 1988, n° 86-41600, Bull. civ. V, n° 203, p. 132 ; Cass. soc., 19 juin 1991, n° 87-45597, Bull. civ. V, n° 308 ; Cass. soc., 17 février 1993, n° 88-45539, Bull. civ. V, n° 55, p. 39 ; D.1993, p. 618, obs. J. MOULY.

¹¹⁶³ V. B. BOUBLI, *Exécution du contrat de travail, Droit disciplinaire, J.-Cl. Travail*, Fasc. 18-40, 1991, n° 97.

¹¹⁶⁴ A. MAZEAUD, « La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire », Dr. social 1991, p. 16 ; J. PÉLISSIER, « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », D. 1992, chron., p. 30 ; Ph. WAQUET, « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail », Dr. social 1998, p. 803 ; *contra* B. BOUBLI, « Sur la modification du contrat de travail », Semaine soc. Lamy n° 835, 14 avril 1997, p. 4 ; J. DÉPREZ, « Évolutions récentes de la jurisprudence en matière disciplinaire », RJS 6/1991, p. 351 ; « La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire : le cas de la rétrogradation », JCP, éd. E, 1992. I, p. 148 ; J. MOULY, « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement », D. 1999, chron. p. 359 ; Chr. RADÉ, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », Dr. social 1999, p. 3 ; J. SAVATIER, « Sanctions disciplinaires et contrat de travail », in *Mélanges offerts à P. COUVRAT*, 2001, PUF, p. 211.

¹¹⁶⁵ V. Cass. soc., 21 février 1990, *Saint Michel*, n° 87-44326, Bull. civ. V, n° 74 ; Dr. social 1991, p. 16, note A. MAZEAUD ; Cass. soc., 9 octobre 1991, *Cie internationale des wagons-lits*, n° 87-45326, Bull. civ. V, n° 400 ; D. 1992, p. 30, chr. J. PÉLISSIER ; Cass. soc., 19 novembre 1997, *Société Suisse d'Assurances Générales sur la Vie Humaine c./ M. Fayet*, n° 94-44784, Bull. civ. V, n° 384, p. 277 ; Dr. social 1998, p.198, obs. C. MARRAUD.

¹¹⁶⁶ CE, 6 mai 1996, n° 151585, *Marchand*, Lebon, au Lebon T, p. 1193.

justifiée par les faits reprochés. En ce sens, « cette faute, consistant à refuser de se soumettre à une sanction disciplinaire justifiée, pouvait être d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement »¹¹⁶⁷.

Toutefois, depuis l'arrêt *Hotel Le Berry* rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 16 juin 1998, « une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; [que] cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, au lieu et place de la sanction refusée »¹¹⁶⁸. Cette jurisprudence a ensuite été reprise par le Conseil d'État au sujet du salarié protégé¹¹⁶⁹. Concernant la sanction prononcée « au lieu et place de la sanction refusée », la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé, quelques années plus tard, qu'elle pouvait être aussi bien plus douce que plus sévère et qu'il pouvait donc s'agir d'un licenciement¹¹⁷⁰, voire d'un licenciement pour faute grave¹¹⁷¹. Toutefois, si l'employeur renonce à sa sanction, il doit réintégrer le salarié dans son emploi ou dans un emploi de même qualification¹¹⁷².

363. Le prononcé d'une sanction entraînant une modification du contrat de travail est une contrainte qui pèse sur l'employeur¹¹⁷³. En effet, « si l'employeur “notifie” cette sanction, il ne s'agit, en droit, que d'une proposition, et que l'acceptation du salarié ne se présume pas davantage dans ce cas que dans les autres hypothèses de modification du contrat »¹¹⁷⁴. Dès lors, cette situation équivaut à placer l'employeur dans une situation d'attente vis-à-vis du salarié : il attend l'accord du salarié qui accepte ou non la sanction envisagée.

¹¹⁶⁷ G. DUMORTIER, « Refus d'une modification disciplinaire du contrat de travail et autorisation de licenciement. Conclusions du rapporteur public » Dr. social 2013, p. 925, spéc. p. 927.

¹¹⁶⁸ Cass. soc., 16 juin 1998, *Hôtel Le Berry*, n° 95-45033, Bull. civ. V, n° 320 ; D. 1999, p. 125, note C. PUIGELIER ; D. 1999, p. 171, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; D. 1999, p. 359, chron. J. MOULY ; Dr. social 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET ; Dr. social 1999, p. 3, note Chr. RADÉ ; JCP 1999, E, p. 2058, note M. MORAND ; GADT, 4e édition, 2008, n° 67 ; Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43400, Bull. civ. V, n° 233 ; Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-42054 ; Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-44279 ; Cass. soc., 7 juillet 2004, n° 02-44476, Bull. civ. V, n° 193 ; Cass. soc., 10 juillet 2007, n° 05-45610 ; RDT 2008, p. 108, obs. R. DE QUENAUDON.

¹¹⁶⁹ CE, 4^e et 5^e ss-sect. réun., 3 juillet 2013, n° 348099, *Assoc. des paralysés de France*, au Lebon ; AJDA 2013, p. 2413 ; Dr. social 2013, p. 925, concl. G. DUMORTIER.

¹¹⁷⁰ V., en ce sens, Cass. soc., 7 juillet 2004, n° 02-44476, Bull. civ. V, n° 193 ; RJS 10/2004, n° 1038 ; JCP 2005. I. 122 (§ 15), obs. A. MARTINON ; Cass. soc., 11 février 2009, n° 06-45897, Bull. civ. V, n° 41 ; D. 2009, p. 1738, obs. S. MAILLARD, note J. MOULY ; RJS 4/2009, n° 343.

¹¹⁷¹ Cass. soc., 7 juillet 2004, *M. Piton c/ S^{te} Saint-Gobain Vitrage*, n° 02-44476, Bull. civ. V, n° 193 ; Cass. soc., 11 février 2009, n° 06-45897, *M. Latrasse c/ S^{te} Sambre et Meuse*, n° 06-45897, Bull. civ. V, n° 41, D. 2009, p. 1738, obs. S. MAILLARD, note J. MOULY ; Cass. soc., 28 avril 2011, n° 09-70619, D. 2011. Actu. p. 1289, obs. J. SIRO ; RJS 7/2011, n° 610 ; JCP S 2011, p. 1284, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

¹¹⁷² Cass. soc., 16 novembre 1993, n° 90-45945, D. 1994. 457, note B. BOSSU.

¹¹⁷³ L'employeur doit informer le salarié de sa possibilité d'accepter ou de refuser la modification proposée. V. Cass. soc. 28 avril 2011, n° 09-70619, Bull. civ. V, n° 97.

¹¹⁷⁴ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 808, n° 776.

De plus, en cas de refus du salarié, la résistance du contrat de travail est telle que le délai de deux mois de l'article L.1332-4 du Code du travail¹¹⁷⁵ est interrompu pour recommencer¹¹⁷⁶, même lorsque l'employeur propose une sanction-modification après l'engagement de la procédure disciplinaire¹¹⁷⁷.

L'exigence de l'accord du salarié, en cas de sanction entraînant modification de son contrat de travail, est un formidable argument de résistance pour le contrat de travail. Certes, le salarié a eu un comportement fautif, mais il ne peut se faire sanctionner à n'importe quel prix. De plus, l'effectivité de la résistance du contrat de travail est renforcée, en ce que l'annulation d'une sanction modificatrice faute d'accord du salarié entrave le prononcé de toute autre sanction pour les mêmes faits¹¹⁷⁸. En effet, la sanction prononcée peut être parfaitement conforme au droit disciplinaire, mais sans l'accord du salarié, elle peut être annulée : bien qu'elle ait été annulée, elle a quand même été prononcée¹¹⁷⁹.

La résistance du contrat de travail est effective. Elle permet au salarié de maîtriser le processus de sanction.

L'interdépendance qui existe entre pouvoir disciplinaire et modification du contrat de travail conduit à s'interroger sur l'existence d'une contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur.

¹¹⁷⁵ C. trav., art. L. 1332-4 : « Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ».

¹¹⁷⁶ Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-13979, Bull. civ. V, n° 98.

¹¹⁷⁷ Cass. soc., 15 janvier 2013, n° 11-28109, D. 2013, p. 255 ; Dr. social 2013, p. 277, obs. J. MOULY ; JCP S 2013, n° 1251, note BUGADA.

¹¹⁷⁸ Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44570, Bull. civ. V, n° 152.

¹¹⁷⁹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2015, p. 173, n° 247.

2. Contractualisation du pouvoir et résistance du contrat de travail

364. Le sujet de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur a divisé la doctrine¹¹⁸⁰, car « la frontière entre le contractuel et le disciplinaire demeure imprécise, les deux ne cessant de s'entrechoquer »¹¹⁸¹. Bien que l'employeur soit titulaire du droit disciplinaire et qu'il peut modifier le contrat de travail, il doit lui-même respecter ces deux pouvoirs qui « se juxtaposent »¹¹⁸² en respectant le droit disciplinaire et en veillant à obtenir l'accord du salarié en cas de modification du contrat de travail.

365. Le pouvoir disciplinaire n'est donc pas discrétionnaire. En ce sens, il existe un phénomène de « contractualisation » du pouvoir disciplinaire qui donne à la relation de travail une « dimension contractuelle sensible non seulement à l'occasion de la formation du contrat, [...], mais également à l'occasion de son exécution »¹¹⁸³.

Ainsi, la théorie de la « contractualisation » du pouvoir disciplinaire rappelle-t-elle que, malgré un pouvoir de sanction, le contrat de travail ne peut être révisé que d'un commun accord. Ainsi, sur le fondement des articles 1134 du Code civil et L.1221-1 du Code du travail, le pouvoir disciplinaire de l'employeur sur le contrat de travail est-il encadré¹¹⁸⁴.

Toutefois, cette théorie a été largement critiquée¹¹⁸⁵. Pour comprendre les observations qui ont été formulées, il est nécessaire de s'en remettre à l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil. Certes les conventions légalement formées « ne peuvent être révoquées » par les parties

¹¹⁸⁰ V. A. MAZEAUD, « Contractuel, mais disciplinaire », *Dr. social* 2003, p. 164 ; *contra* S. FROSSARD, « Les caractères de la sanction disciplinaire », *RDT* 2012, p. 685.

¹¹⁸¹ A. SANDERS, T. BRILL-VENKATASAMY, « Regard : Le droit disciplinaire, vu du droit anglais », *RDT* 2014, p. 490.

¹¹⁸² G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 808, n° 776 ; V. Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803 ; D. 2007. Jur. 2137, obs. J. MOULY ; Sem. soc. Lamy 2007, n° 1310, note Ph. WAQUET ; *RDT* 2007, p. 527, obs. Th. AUBERT-MONPEYSSEN, *JCP* 2007. II, p. 10129, obs. Gr. LOISEAU ; D. 2007. Pan. 3037, obs. Ch. GÉNIAUT ; *Dr. ouvrier* 2008, p. 25, note S. DUCROCQ.

¹¹⁸³ Chr. RADÉ, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », *Dr. social* 1999, p. 3.

¹¹⁸⁴ Ph. WAQUET, « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail », note ss Cass. soc., 16 juin 1998, *Sté hôtel le Berry*, *Dr. social* 1998, p. 803. V. en ce sens, A. MAZEAUD, « Contractuel, mais disciplinaire », article précité ; J. PÉLISSIER, « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », *D.* 1992, p. 30.

¹¹⁸⁵ Chr. RADÉ, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Critique d'une jurisprudence hérétique », *Dr. social* 1999, p. 3 ; J. MOULY, « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement », *D.* 1999, *Chron.*, p. 359 ; J. MOULY, « Disciplinaire, donc non contractuel », *Dr. social* 2003, p. 395 ; J. SAVATIER, « Sanctions disciplinaires et contrat de travail », in *Mélanges P. COUVRAT*, 2001, PUF, p. 211.

« que de leur consentement mutuel », mais aussi pour les « causes que la loi autorise ». Or, la loi pose la définition de la sanction disciplinaire à l'article L.1331-1 du Code du travail¹¹⁸⁶.

Dès lors, « ce qu'interdit l'article 1134 du Code civil, ce n'est pas tout acte passé seul par une partie et qui aurait des effets sur le contrat, mais seulement les actes qui ont pour *objet* de modifier le contrat. Or les sanctions disciplinaires n'ont pas pour objet de modifier le contrat de travail même si elles ont généralement cet effet »¹¹⁸⁷.

Si cette analyse est largement satisfaisante, force est de constater que l'employeur ne peut modifier le contrat de travail, même à titre disciplinaire, sans en demander l'autorisation au salarié.

Dès lors qu'il n'est pas possible de modifier le contenu contractuel à titre disciplinaire sans l'autorisation du salarié, ne peut-on pas parler d'une indissociabilité entre le pouvoir disciplinaire et l'exécution du contrat de travail? Si le terme de « contractualisation » peut sembler parfois démesuré, son intention demeure largement acceptable.

366. La théorie de la « contractualisation » du pouvoir de l'employeur sert la résistance du contrat de travail au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Toutefois, il est nécessaire d'encadrer l'enthousiasme de ces affirmations. En effet, si l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur ne doit pas être discrétionnaire et doit être surveillé, il ne doit pas être pour autant étouffé, au risque d'être dénaturé. C'est pourquoi, il convient de se rallier aux propos du Professeur RADÉ qui soutient que « voilà pourquoi il nous semble que la jurisprudence se fourvoie en exigeant le consentement du salarié pour valider la sanction qui se traduit par une modification de son contrat de travail et dénature la notion même de sanction disciplinaire qui est, par essence, unilatérale, et que la Cour de cassation traite indûment comme une convention ».

367. Pourtant, l'association du pouvoir disciplinaire au contrat de travail semble être la position qu'entend maintenir la Chambre sociale de la Cour de cassation toujours soucieuse d'assurer l'effectivité de la résistance du contrat de travail au pouvoir disciplinaire de l'employeur.

¹¹⁸⁶ C. trav., art. L. 1331-1 : « 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 ».

¹¹⁸⁷ Chr. RADÉ, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Critique d'une jurisprudence hérétique », article précité, spéc. p.5.

Ainsi, énonce-t-elle dans son arrêt du 15 janvier 2013¹¹⁸⁸ que « le refus d'une rétrogradation par le salarié interrompt le délai de prescription prévu par l'article L. 1332-4 du Code du travail, en sorte que l'employeur dispose d'un nouveau délai de deux mois, à compter de ce refus, pour convoquer le salarié à un entretien en vue d'une autre sanction disciplinaire »¹¹⁸⁹.

En jugeant que la rétrogradation demeure régie par le droit disciplinaire, elle contraint l'employeur à appliquer à la rétrogradation les règles prévues par les articles L. 1332-1 et suivants du Code du travail. De ce fait, la Chambre sociale de la Cour de cassation démontre, peut-être involontairement, la capacité de résistance du contrat de travail au pouvoir disciplinaire de l'employeur en décidant que « la proposition de modification du contrat de travail d'abord et le refus par le salarié de la modification proposée ensuite interrompent le délai de prescription de deux mois des faits fautifs »¹¹⁹⁰. En effet, au risque d'allonger considérablement les délais de la procédure disciplinaire, la Cour de cassation privilégie une position forte de l'opposition du salarié aux sanctions qui peuvent lui être infligées.

L'effectivité de la résistance du contrat de travail au pouvoir disciplinaire de l'employeur soulève la question de l'efficacité du système de sanction.

¹¹⁸⁸ Cass. soc., 15 janvier 2013, *Société Chabrillac*, n° 11-28109, Bull. civ. V, n° 7, D. 2013, p. 255 ; Dr. social 2013, p. 277, obs. J. MOULY ; Sem. soc. Lamy 2013, n° 338, p. 4, note J.-E. TOURREIL ; CSB 2013, n° 249, p. 57, obs. F.-J. PANSIER.

¹¹⁸⁹ J. MOULY, « Le refus d'une rétrogradation disciplinaire par le salarié : de nouvelles causes d'interruption de la prescription », Dr. social 2013, p. 277.

¹¹⁹⁰ S. TOURNAUX, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », Dr. social 2013, p. 576, spéc. p. 587.

§2. L'efficacité du système de sanction

368. Face à la résistance du contrat de travail au pouvoir de direction de l'employeur, il serait déloyal de nier toute efficacité du système de sanction, caractéristique du pouvoir disciplinaire de l'employeur (A). L'effectivité du pouvoir de sanction de l'employeur et l'efficacité de cette dernière conduisent toutefois à conclure à la fictivité des résultats obtenus (B).

A. La sanction effective

369. L'employeur possède un pouvoir disciplinaire indéniable, même s'il doit recueillir l'accord du salarié préalablement à toute modification du contrat de travail : si sa proposition de modification du contrat de travail (même à titre disciplinaire) est refusée par le salarié, il peut décider d'engager une procédure de licenciement à l'encontre de ce dernier.

Dans ce cas, la rigidité opposée par le salarié semble symptomatique d'une trop grande résistance du contrat de travail, ce qui peut le mener à sa rupture.

En effet, il est important de ne pas occulter l'effectivité de la sanction prononcée par l'employeur qui, n'ayant « pas épuisé son pouvoir disciplinaire en cas de refus du salarié »¹¹⁹¹, peut « prononcer une autre sanction aux lieu et place de la sanction refusée »¹¹⁹². Si cette nouvelle sanction ne peut être fondée sur le refus lui-même, elle ne doit pas avoir pour autre vocation que de remplacer la sanction refusée initialement¹¹⁹³. La sanction de remplacement est le plus souvent un licenciement, « seule mesure à laquelle le salarié ne peut s'opposer »¹¹⁹⁴, qui doit être justifiée par une cause réelle et sérieuse¹¹⁹⁵.

¹¹⁹¹ F. BOCQUILLON, « Contrat de travail (modification) », Rep. Dr. trav., janv. 2014, n° 203.

¹¹⁹² Cass. soc. 16 juin 1998, *op. cit.* ; Cass. soc. 19 février 2003, n° 00-46188 ; RJS 5/2003, n° 606.

¹¹⁹³ Ph. WAQUET, « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail », Dr. social 1998, p. 803.

¹¹⁹⁴ F. BOCQUILLON, « Contrat de travail (modification) », article précité.

¹¹⁹⁵ Cass. soc., 14 février 1995, n° 91-40361 ; D. 1995, p. 413, obs. J. MOULY ; Cass. soc., 5 février 1997, n° 94-40948, Bull. civ. V, n° 53 ; D. 1997, p. 75 ; Dr. social 1997, p. 318 ; Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 94-44784, Bull. Civ. V, n° 384, p. 277 ; RJS 1/1998, n° 36.

370. La Cour de cassation a alors jugé de manière constante que « lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail, l'employeur doit, soit le rétablir dans son emploi, soit tirer les conséquences de son refus en engageant la procédure de licenciement »¹¹⁹⁶.

L'effectivité de la résistance s'arrête donc à partir du moment où l'employeur décide d'entreprendre une procédure de licenciement. Le risque encouru par le mécanisme de résistance du contrat de travail est la surenchère des sanctions prononcées : alors qu'au départ l'employeur envisage une sanction qui entraîne la modification du contrat de travail, le refus du salarié peut le contraindre à prononcer le licenciement du salarié.

Dès lors, sous réserve du respect d'une cause réelle et sérieuse et des procédures nécessaires, l'employeur dispose de la sanction ultime en cas de refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail, qu'elle soit proposée à titre disciplinaire ou non.

Cette solution présente un inconvénient majeur, car elle dessert l'objectif de la résistance du contrat de travail au pouvoir disciplinaire de l'employeur (éviter la rupture du contrat de travail, non la provoquer). L'effectivité de la sanction du licenciement est en partie due à la rigidité du contrat de travail. La capacité de résistance dont peut bénéficier le contrat de travail doit donc être utilisée raisonnablement : le salarié opposant son refus doit être conscient des risques encourus par son refus.

Dès lors, l'indéniable effectivité du pouvoir disciplinaire de l'employeur en cas de sanction-modification du contrat de travail conduit à une réflexion autour de la flexibilité, non pas du contrat de travail, mais de la volonté du salarié : conserver son emploi en contrepartie d'une rétrogradation ou résister jusqu'au bout et subir un licenciement ?

371. Le licenciement suite au refus du salarié de la sanction envisagée dépasse le seul « moyen d'influence »¹¹⁹⁷ que constitue le licenciement de droit commun. En effet, alors que le licenciement de droit commun est un argument d'influence diffus tout au long de la relation contractuelle, celui prononcé en cas de refus de modification du contrat de travail a un effet couperet. Plus précisément, il n'est pas un outil d'articulation entre contrat de travail et pouvoirs de l'employeur : il met fin à une situation sans issue, par manque de flexibilité du contrat de travail. De ce fait, le licenciement n'est que la solution d'une bataille que le contrat

¹¹⁹⁶ Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-43015, Bull. civ. V, n° 206, n° 191 ; V. Cass. soc. 5 mars 1997, n° 95-42365, Bull. civ. V, n° 95, p. 68 ; Cass. soc., 26 juin 2001, n° 99-42489, Bull. civ. V, n° 229, p. 182 ; D. 2001 IR 2177 ; D. 1999 IR 204 ; D.1999 IR 199 ; D.1998 IR 212 ; D.1996, p. 124 ; D.1999 IR 185 ; D.1999, p. 185, obs. I. DESBARATS ; Cass. soc., 26 novembre 2002, RJS 2/2003, n° 158.

¹¹⁹⁷ C. WOLMARK, E. PESKINE, *Droit du travail 2016, op. cit.*, p. 385, n° 556.

de travail n'a pas su gagner. En ce sens, alors que l'employeur se positionnait dans une démarche punitive (il propose une sanction), le refus opposé par le salarié le place dans une démarche de rupture.

Toutefois, le simple accord du salarié lorsque l'employeur envisage une sanction-modification conduit à s'interroger sur l'effectivité des résultats obtenus.

B. La sanction fictive

372. Cela a été évoqué précédemment : droit disciplinaire et droit de la modification du contrat de travail se juxtaposent. Dès lors, la sanction du salarié fautif conduit l'employeur à demander l'accord de ce dernier, si la sanction envisagée modifie le contrat de travail.

373. La juxtaposition de ces deux droits soulève la question de la fictivité de la sanction prononcée par l'employeur dans la mesure où droit disciplinaire et droit de la modification du contrat de travail sont en position d'égalité.

Plus précisément, alors qu'« une sanction modificatrice conforme au droit disciplinaire, mais faite sans l'accord du salarié ne vaut pas et peut de ce fait être annulée »¹¹⁹⁸, « une sanction modificatrice expressément acceptée par le salarié restera illicite si elle est faite en violation du droit disciplinaire »¹¹⁹⁹. En ce sens, la validité de la sanction dépend de sa double conformité au droit disciplinaire et au droit de la modification du contrat de travail.

Bien que l'employeur puisse rompre unilatéralement le contrat de travail, la résistance du contrat de travail n'est pas écartée. Le caractère fictif de la sanction prononcée se justifie par l'obligation de l'accord du salarié lorsqu'il a commis une faute susceptible de sanction : il a donc un droit de regard sur la sanction qu'il encourt.

¹¹⁹⁸ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016, op. cit.*, p. 173, n° 247 ; Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44570, Bull. civ. V, n° 152.

¹¹⁹⁹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016, op. cit.* ; Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, Bull. Chambre mixte, n° 3 ; D. 2007, p. 2137, obs. J. MOULY ; *ibid.* Pan. 3037, obs. CH. GÉNIAUT ; Sem. Sociale Lamy 2007, n° 1310, note PH. WAQUET ; RDT 2007, p. 527, obs. T. AUBERT- MONTPEYSSEN, JCP 2007. II. 10129, obs. GR. LOISEAU ; Dr. ouvrier 2008, p. 25, note S. DUCROCQ.

Ainsi, alors que l'employeur, au moyen de son pouvoir disciplinaire, peut sanctionner le salarié dont le comportement aurait été jugé fautif, le contrat de travail a, grâce à la jurisprudence¹²⁰⁰, la capacité d'opposer une résistance *via* le refus du salarié.

Le fait que le salarié ait un droit de regard sur la sanction qui lui est destinée marque le signe du recul du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Ce recul du pouvoir imposé par le refus du salarié est le résultat de la résistance du contrat de travail qui conduit à un affaiblissement du pouvoir disciplinaire de l'employeur¹²⁰¹.

Dès lors, afin de rééquilibrer le traditionnel rapport d'inégalité entre employeurs et salariés, la question de la résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur se règle dans l'articulation entre pouvoirs de l'employeur et droit de la modification du contrat de travail.

¹²⁰⁰ Cass. soc., 16 juin 1998, *op. cit.* ; Cass. soc., 29 novembre 2000, *Société SEP c/ Grisard*, n° 98-44283 ; Cass. soc., 15 juin 2000, *Bensoussan*, n° 98-43400, Bull. civ. V, n° 233, p. 182 ; Cass. soc. 6 mai 2002, n° 00-42054 ; Cass. soc., 1^{er} avril 2003, *Société Sermic c/ M. Rameau*, n° 01-40389 ; Dr. social 2003, p. 666, obs. A. MAZEAUD ; V. A. MAZEAUD, « Contractuel, mais disciplinaire », article précité ; *contra* J. MOULY, « Disciplinaire, donc non contractuel », Dr. social 2003, p. 395 ; Cass. soc., 10 juillet 2007, n° 05-45610 ; RTD 2008, p. 108, obs. R. de QUENAUDON ; Cass. soc., 13 juillet 2004, *Gruart c./ Soc. Computic Micro Center*, n° 02-43015, Bull. civ. V, n° 206, p. 191 ; Dr. social 2004, p. 1038, obs. J. MOULY.

¹²⁰¹ Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-44279. La Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait jugé que « par essence, tout pouvoir disciplinaire conduit l'employeur à imposer unilatéralement une sanction pouvant affecter la carrière ou la rémunération du salarié ; qu'exiger son accord en matière disciplinaire comme dans le domaine contractuel conduirait inéluctablement à la fin du pouvoir disciplinaire de l'employeur ».

Conclusion du chapitre 2

Résistance et modification du contrat de travail

374. L'effectivité du phénomène de résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur se mesure au travers du droit de la modification du contrat de travail.

Ainsi, la résistance peut-elle être constatée à deux moments différents : au moment de la proposition de la modification et au moment de son refus.

D'une part, au moment de la proposition de modification du contrat de travail, elle trouve ses fondements dans l'indispensable accord du salarié en cas de modification du contrat de travail. Or, afin de prémunir le salarié contre le risque de licenciement, il a été démontré que si la manifestation de l'assentiment du salarié est nécessaire, elle n'est pas pour autant suffisante. Dès lors, la solution de flexibilité du contrat de travail s'impose comme rempart à la rupture du contrat de travail en cas de modification du contrat de travail.

D'autre part, la résistance du contrat de travail est primordiale lorsque le salarié refuse la modification de son contrat de travail et qu'il risque de voir son contrat de travail rompu. Dès lors, l'effectivité du phénomène de résistance du contrat de travail dépend de l'articulation entre droit de la modification du contrat de travail et pouvoirs de l'employeur : même lorsque le salarié a commis une faute, il peut refuser la sanction au motif qu'elle modifie son contrat de travail.

L'effectivité de la résistance du contrat de travail dépend donc de sa capacité à limiter les pouvoirs de l'employeur (justification de la cause du licenciement, obligation de bonne foi de l'employeur, etc.). Ainsi, grâce à cette résistance, le salarié peut-il contrer l'application d'une clause illicite ou rendre la rupture du contrat de travail imputable à l'employeur.

Conclusion du titre 1

L'effectivité de la résistance du contrat de travail aux sources du droit

375. L'effectivité du phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit s'explique par ses fondements, ses vecteurs et ses manifestations.

Fondé sur l'opposition entre la norme contractuelle et une autre source du droit, le phénomène de résistance est véhiculé par des méthodes de résolution de conflit de normes ou des obligations légales et jurisprudentielles qui engendrent des manifestations qui lui sont propres.

Il a été démontré que d'une part, le principe de faveur est un *vecteur* de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit et d'autre part, que l'obligation de recueillir l'accord du salarié avant le modification de son contrat de travail est une *manifestation* de ce phénomène. En effet, alors que le principe de faveur tend à déterminer la norme la plus favorable au salarié, l'accord de ce dernier avant toute modification de son contrat vise à protéger ses dispositions contractuelles et à limiter le pouvoir de direction de l'employeur.

Toutefois, le phénomène de résistance du contrat de travail ne suppose pas que ce dernier s'oppose aux autres sources pour se soustraire au régime prévu par la loi ou le régime conventionnel. Il suscite l'existence d'une articulation entre les sources du droit fondé sur des outils tels le principe de faveur, l'accord du salarié, mais également la flexibilité du contrat de travail.

En effet, afin d'être pleinement effectifs et efficaces, les développements précédents ont pu démontrer que le phénomène de résistance du contrat de travail requiert que ce dernier fasse parfois preuve de souplesse lors de son articulation avec d'autres sources du droit.

Titre 2. La relativité de la résistance du contrat de travail

376. L'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit suppose de trouver un équilibre entre le phénomène d'influence des sources du droit sur le contrat de travail et le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit. Ainsi, cette harmonie nécessite-t-elle que les deux phénomènes soient délimités.

Alors que l'étendue du phénomène d'influence est délimitée principalement par le contenu du phénomène de résistance, l'articulation de la norme contractuelle avec les sources spéciales du droit du travail tend à mettre en exergue les limites du phénomène de résistance : bien qu'effective, la résistance du contrat de travail n'en est pas moins encadrée. En ce sens, le phénomène de résistance du contrat de travail est qualifié de « relatif » : il est imparfait, limité et il est évalué par rapport à l'étendue du phénomène d'influence des sources sur le contrat de travail.

Dès lors, il s'agit de démontrer comment la déréglementation du droit du temps de travail (Chapitre 1) et les règles relatives à la rupture du contrat de travail (Chapitre 2) contribuent à limiter le phénomène de résistance du contrat de travail.

Chapitre 1. La relative résistance dans l'aménagement du temps de travail

377. Le temps de travail est au cœur de la relation de travail : tout en veillant à préserver la santé du salarié, il détermine le temps de subordination et permet au salarié de développer sa vie personnelle. Il est alors défini par l'ensemble de trois critères : d'abord, la disponibilité du salarié¹²⁰², ensuite la soumission à l'autorité de l'employeur et enfin l'impossibilité de vaquer à des occupations personnelles¹²⁰³. La délimitation de l'organisation du temps de travail est donc cruciale pour offrir la protection que doit recevoir le contrat de travail.

Or, l'articulation entre le contrat de travail et le droit du temps de travail ne va pas dans le sens de la résistance de l'un à l'autre.

En effet, « l'essor du caractère supplétif des protections en matière de temps de travail »¹²⁰⁴ et l'avènement de la flexibilité du temps de travail (modulation, astreintes, forfait), ont œuvré pour davantage d'influence du droit du temps de travail sur le contrat de travail. Dès lors, grâce aux moyens offerts par la loi et les dispositions conventionnelles, l'employeur peut, de plus en plus, gérer le temps de ses salariés. En ce sens, le phénomène de résistance du contrat de travail est largement relativisé. Cette atténuation de la résistance du contrat est contenue dans la loi et la source conventionnelle : ces sources vont encadrer, limiter, borner, et plus largement définir l'espace de résistance du contrat de travail (Section 1).

Dès lors, l'encadrement du phénomène de résistance du contrat de travail, au moyen d'outils et de méthodes créés par la loi et la source conventionnelle, va être perçu tant par le salarié que par l'employeur (Section 2).

¹²⁰² Cass. soc., 28 octobre 1997, n° 94-42054, Bull. civ. V, n° 340 ; Dr. social 1998, p. 15, obs. J. SAVATIER ; RJS 1997, n° 1379.

¹²⁰³ Cass. soc., 26 mars 2008, n° 06-45469, Bull. civ. V, n° 72 ; Cass. soc., 7 février 2008, n° 06-44869, RJS 2008, n° 431 ; Cass. soc., 31 octobre 2007, n° 06-13232, Bull. civ., n° 182, RJS 2008, n° 33 ; Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-41595, Bull. civ. V, n° 197, p. 190, JCP S 2006, p. 1577, obs. P.-Y. VERKINDT, JS Lamy 2006. 193-6 ; Cass. soc., 5 avril 2006, n° 05-43061, Bull. civ. V, n° 142, p. 138, CP S 2006, p. 1425, obs. G. DUMONT ; RJS 2006, n° 738 ; Cass. soc., 3 novembre 2005, n° 03-45838, Bull. civ. n° 310, p. 271, RJS 2006, n° 52 ; Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-43026, Bull. civ. V, n° 221, p. 203, RJS 2004, n° 1052 ; Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-43755, Bull. civ. V, n° 167 ; RJS 2004, n° 1049 ; Dr. social 2004, p. 1023, obs. Chr. RADÉ ; Cass. soc., 2 avril 2003, n° 01-40032, Bull. civ. V, n° 131 ; RJS 2003, n° 746 ; Cass. soc., 6 avril 1999, n° 97-40058, Bull. civ. V, n° 156 ; RJS 1999, n° 671.

¹²⁰⁴ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 821, n° 789.

Section 1. La relative résistance contenue

378. L'organisation du temps de travail est un élément central dans la relation de travail. Afin de garantir la protection du contrat de travail, mais surtout celle du salarié, la problématique du temps de travail doit être encadrée. Le temps de travail, au cœur de la relation de travail, présente des enjeux tout à fait particuliers : il permet de déterminer le temps de subordination du salarié à l'employeur et le temps que le salarié peut consacrer à sa vie personnelle et familiale. C'est pourquoi, afin que le temps de subordination du salarié et le temps consacré à sa vie privée ne se juxtaposent pas, le temps de travail doit être délimité. Dès lors, permettant une articulation entre pouvoirs de l'employeur et contrat de travail, le droit du temps de travail doit être contenu tant par la loi (§1) que par la source conventionnelle (§2).

§1. La relative résistance contenue par la loi

379. La loi a vocation à fournir un cadre au contrat de travail. En cela, elle exerce son pouvoir d'influence sur lui. Or, il a été démontré que le phénomène d'influence de la loi sur le contrat de travail n'a pas seulement vocation à contraindre le contrat de travail. Il lui assure également une protection qui lui procure une garantie de résistance aux sources du droit, et notamment au pouvoir de direction de l'employeur (A). Toutefois, la résistance garantie par la loi ne suffit pas à donner au phénomène de résistance une effectivité pleine et entière. Les besoins de flexibilité des entreprises viennent relativiser la protection offerte par la loi (B).

A. La vocation protectrice de la loi

380. Dans le cadre de son pouvoir d'influence sur le contrat de travail, la loi tend à protéger le contrat de travail contre d'éventuels abus de la part de l'employeur. Dès lors, la vocation protectrice de la loi se manifeste notamment par les principes de force obligatoire des conventions et par l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat (1). Aussi, la protection du contrat de travail passe par la défense des droits fondamentaux et notamment celle de la vie privée du salarié. Il est donc indispensable de délimiter ce qui relève de la sphère personnelle et de la sphère professionnelle, ce qui permet de savoir lorsque le salarié se trouve ou non sous la subordination de l'employeur (2).

1. La protection des principes de force obligatoire du contrat et de bonne foi

381. L'exécution du contrat de travail fait intervenir les principes civilistes de la force obligatoire du contrat et l'exigence de bonne foi contractuelle. Ces principes permettent au juge de « contrôler l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur lorsque celui-ci s'appuie sur le contrat de travail et de sanctionner un détournement de pouvoir tout en restant sur le terrain des rapports contractuels »¹²⁰⁵.

Ainsi, la protection offerte par le contenu légal, notamment à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, impose-t-elle aux parties contractantes « d'exécuter de bonne foi leurs obligations, c'est-à-dire d'observer, l'un vis-à-vis de l'autre, un comportement loyal et honnête, dépourvu de malice »¹²⁰⁶.

Dès lors, la loi garantit une capacité de résistance du contrat de travail aux pouvoirs de direction de l'employeur : elle contraint l'employeur à exécuter de façon loyale le contrat de travail, à veiller à l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois et à assurer une flexibilité interne en cas d'évolution des emplois¹²⁰⁷.

¹²⁰⁵ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Usage abusif par l'employeur de la clause de mobilité », D. 2008, somm. p. 84.

¹²⁰⁶ J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil. Les obligations*, Tome 1, L'acte juridique, Sirey, coll. Université, 16^e éd., 2014, p. 399, n° 378 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface de G. COUTURIER, L.G.D.J., 1989 ; Y. PICOD, « Bonne foi et droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, Litec-Dalloz 2011, p. 121 ; B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 5, 2001.

¹²⁰⁷ Cass. soc., 25 février 1992, *S^{té} Expovit c/ Dehaynain*, n° 89-41634, Bull. civ. V, n° 122, p. 74 ; Dr. social 1992, p. 379, *RJS* 4/1992, n° 421 ; D. 1992, I. R. 108, D.1992, Somm. 294, obs. A. LYON-CAEN, D. 1992, p. 390, note M. DÉFOSSEZ ; Cass. soc., 23 septembre 1992, n° 90-44466, Bull. civ. V, n° 472, p. 296 ; Dr. social 1992, p. 922, *RJS* 11/1992, n° 1246, A. LYON-CAEN, Dr. social 1992, p. 573.

En ce sens, l'obligation d'exécution loyale du contrat de travail justifie l'encadrement des pouvoirs de l'employeur, en matière d'aménagement du temps de travail et plus précisément en cas de recours aux heures supplémentaires¹²⁰⁸ et au travail dominical.

D'une part, l'encadrement des heures supplémentaires¹²⁰⁹ est indispensable dans la mesure où si la durée contractuelle du travail est difficilement modifiable par l'employeur, ce dernier peut influencer sur elle ponctuellement, en l'absence de toute clause contractuelle, *via* le recours aux heures supplémentaires¹²¹⁰. Ainsi, cet encadrement permet-il de contrôler que le recours aux heures supplémentaires ne doit être assimilé à l'exécution normale du contrat de travail¹²¹¹.

D'autre part, en matière de travail dominical, le Code du travail précise à l'article L. 3132-25-4 alinéa 1 que « (...) seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit à leur

¹²⁰⁸ Le régime des heures complémentaires est prévu aux articles L.3123-14 et suivants du Code du travail. Bien que distinctes des heures supplémentaires, elles sont également strictement encadrées afin de protéger le contrat de travail (et le salarié). L'objectif étant similaire, nous nous concentrerons sur le régime des heures supplémentaires dont la pratique est plus courante.

¹²⁰⁹ C. trav., art. L.3121-11, « Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.

Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche fixe l'ensemble des conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel ainsi que les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos due pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel, la majoration des heures supplémentaires étant fixée selon les modalités prévues à l'article L. 3121-22. Cette convention ou cet accord collectif peut également prévoir qu'une contrepartie en repos est accordée au titre des heures supplémentaires accomplies dans la limite du contingent.

A défaut d'accord collectif, un décret détermine ce contingent annuel et les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel.

A défaut de détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires par voie conventionnelle, les modalités de son utilisation et de son éventuel dépassement donnent lieu au moins une fois par an à une consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe ».

¹²¹⁰ L'employeur a la possibilité d'imposer au salarié d'effectuer des heures supplémentaires sans que ce dernier ne puisse les refuser. V. Cass. soc., 20 mars 1961, Bull. civ V, n° 377 ; Dr. social 1961, p. 464, note J. SAVATIER ; Cass. soc., 10 mars 1998, *Germain Naegel c./ PROMACO*, n° 95-44842, Bull. civ. n° 124, p. 92 ; Dr. social 1998, p. 492, obs. J. BARTHÉLÉMY ; Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-43718, Bull. civ. V, n° 103 ; Dr. social 1999, p. 630, obs. P.-H. ANTONMATTEI. L'employeur peut aussi réduire unilatéralement le nombre d'heures supplémentaires, sauf preuve d'un engagement de sa part d'en maintenir un certain volume : Cass. soc. 10 octobre 2012, n° 11-10455 P. *A contrario*, La Chambre sociale de la Cour de cassation a pu décider que « Après avoir constaté l'existence dans l'établissement d'un contentieux sur l'organisation du travail dans le service d'anesthésie-réanimation et sur la compatibilité des horaires de travail imposés par l'employeur avec l'exercice des fonctions, une cour d'appel a pu en déduire, sans modifier les termes du litige, que les avertissements prononcés à l'encontre d'un salarié effectuant des heures supplémentaires au mépris des ordres reçus n'étaient pas justifiés », Cass. soc. 25 septembre 2013, *M. X c/ Fondation Hopale*, n° 12-13965 et n° 12-14351.

¹²¹¹ Dès lors que le recours aux heures supplémentaires devient fréquent, voire systématique, cette pratique peut s'analyser en une offre de modification du contrat de travail que le salarié a droit de refuser. V. Cass. soc., 16 mai 1991, n° 89-44485 ; Dr. social 1994, p. 863, obs. J. MOULY ; V. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 647, n° 621.

employeur peuvent travailler le dimanche. Une entreprise ne peut prendre en considération le refus d'une personne de travailler le dimanche pour refuser de l'embaucher. Le salarié qui refuse de travailler le dimanche ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. Le refus de travailler le dimanche pour un salarié ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement ».

Ainsi, ces dispositions légales permettent-elles de limiter clairement le pouvoir disciplinaire de l'employeur et de protéger la volonté du salarié qui peut décider librement de ne pas travailler un dimanche¹²¹², sans que cela soit réprimandable.

382. La force obligatoire du contrat et l'exécution de bonne foi du contrat de travail vont donc permettre à l'employeur de déroger à la durée contractuelle (heures supplémentaires) ou au repos dominical. Quant au salarié, il pourra refuser d'effectuer des heures supplémentaires ou de travailler un dimanche. En ce sens, il bénéficie d'une « immunité légale »¹²¹³, le prémunissant contre toute atteinte à l'exercice de ses droits fondamentaux¹²¹⁴.

2. La protection par la délimitation de la vie personnelle et professionnelle

383. La pluralité des formes d'organisation du travail pose la problématique de l'aménagement du temps de travail et *a fortiori* celle de la distinction entre vie personnelle et vie professionnelle du salarié¹²¹⁵. Ainsi, devient-il parfois problématique d'identifier les plages de travail du salarié et donc de savoir s'il se trouve effectivement sous la subordination de l'employeur. Dès lors, la protection du salarié nécessite la détermination de la sphère contractuelle, afin de maîtriser l'exécution contractuelle, notamment en ce qui concerne la modification du contrat de travail.

¹²¹² C. trav., art. L. 3132-3 : « Dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche ».

¹²¹³ Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », RDT 2012, p. 677, spéc. p. 681, « Les refus dotés d'une immunité légale ne sont donc pas de simples décalques de l'exigence d'un consentement contractuel. Ils sont des garanties d'exercice des droits fondamentaux ».

¹²¹⁴ CEDH, art. 8, « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹²¹⁵ La vie personnelle vise-t-elle tout ce qui est extérieur à la sphère contractuelle, et inclut outre la vie privée, la vie publique, politique, militante, associative de la personne. V. Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-41374, Bull. civ. V, n° 82 ; D. 2007. Pan. 3037, obs. Ch. GÉNIAUT ; RDT 2007, p. 586, obs. T. AUBERT-MONPEYSSEN.

La détermination de la sphère contractuelle au moyen des dispositions relatives à l'aménagement du temps de travail permet de distinguer ce qui relève du contractuel de ce qui relève du personnel. Cette délimitation permet donc la détermination de ce qui est subordonné ou non aux pouvoirs de direction et de sanction de l'employeur¹²¹⁶.

Or, les mécanismes d'aménagement du temps de travail (tels le recours aux conventions de forfaits en jours) impliquent que la protection de la vie personnelle du salarié soit délaissée au profit des besoins de gestion de l'entreprise¹²¹⁷. C'est pourquoi, le législateur et le juge s'efforcent à trouver un équilibre entre protection de la vie personnelle du salarié et marge de manœuvre de l'employeur concernant les horaires du salarié¹²¹⁸.

Dès lors, charge est à la Cour de cassation d'articuler « aménagement du temps de travail » et « respect au droit à la vie privée et familiale » du salarié, pour que ne soit commis aucun abus de la part de l'employeur : elle permet alors de délimiter « une “fourchette horaire normale” calquée sur les rythmes de vie collectifs »¹²¹⁹.

384. La recherche de la protection de la vie privée au moyen du contrôle l'aménagement du temps de travail conduit à d'autres réflexions autour de la garantie par le législateur des libertés fondamentales lors de l'exécution contractuelle¹²²⁰.

En effet, la meilleure protection offerte au salarié contre toute intrusion abusive du pouvoir de direction de l'employeur est la détermination du domaine contractuel. Afin de garantir cette protection, la mobilisation des droits fondamentaux par la Chambre sociale de la Cour de cassation semble indispensable¹²²¹.

¹²¹⁶ *de facto*, tout fait qui se rattache à la vie privée du salarié ne peut être qualifié de faute au sens du droit disciplinaire

¹²¹⁷ P. LOKIEC, « Les transformations du droit du temps de travail », 1^{re} partie, le temps comme unité de mesure, Dr. ouvrier 2009, p. 418, 2^e partie, le temps comme objet de règles, Dr. ouvrier 2009, p. 484. Selon l'auteur, on assiste à un « glissement d'une problématique de limitation du temps de travail, conçue avant tout comme protectrice de la santé et de la vie personnelle des salariés, vers une logique d'aménagement du temps de travail, principalement destinée à satisfaire les exigences de l'organisation ».

¹²¹⁸ S. FROSSARD, « Les incidences contractuelles des transformations du temps de travail », Dr. social 2006, p. 999.

¹²¹⁹ Ch. MATHIEU, *La vie personnelle du salarié*, thèse, Lyon II, 2004, n° 366 ; V. not. M. MORAND, « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP éd. Entr. 2003, p. 796.

¹²²⁰ 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 ».

¹²²¹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, op. cit., p. 203, n° 283 : « les droits fondamentaux sont mobilisés, non pas pour contrôler le pouvoir de l'employeur, mais pour déterminer l'étendue de la sphère contractuelle ».

Ainsi, la délimitation du champ contractuel par les droits fondamentaux permet-elle d'éviter les « atteinte[s] excessive[s] au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale »¹²²². Les droits fondamentaux deviennent ainsi outil de résistance du contrat de travail au pouvoir de gestion l'employeur¹²²³.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a alors pu décider que « sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur »¹²²⁴.

Il existe donc une exception au principe du libre exercice du pouvoir de l'employeur : l'atteinte excessive à la vie personnelle et familiale (et au droit au repos)¹²²⁵.

385. La protection légale de l'aménagement du temps de travail est indispensable dans la mesure où le temps de travail est au centre de l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié : elle permet de confronter les contraintes de l'organisation du travail aux contraintes personnelles du salarié. Bien qu'il soit coutume de prôner la distinction entre les deux, le respect de la vie privée et familiale du salarié est un droit fondamental qui ne peut être occulté lorsque le salarié est sur son temps et son lieu de travail¹²²⁶. Dès lors, la protection légale et jurisprudentielle permet de se rallier à la thèse de Chantal MATHIEU selon qui, « la résistance du salarié, vue par le prisme des droits de la personne, en ressort affirmée »¹²²⁷. Cette vocation protectrice de la loi protège le contrat de travail, lui permet de résister au pouvoir de direction de l'employeur, mais permet également d'équilibrer les forces notamment lorsqu'elle a vocation à être de plus en plus flexible.

¹²²² Cass. soc., 8 novembre 2011, n° 10-19339, JCP S 2012, p. 1159, note H. KOBINA GABA. Classiquement, la Cour s'appuie sur la logique de l'abus, V. Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45562, Bull. civ. V, n° 4 ; D. 2009, p. 1799, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *ibid.* p. 2128, obs. J. PÉLISSIER, T. AUBERT, M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, B. LARDY-PÉLISSIER et B. REYNÈS ; RDT 2009, p. 300, obs. A. DUMERY ; Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523, Bull. civ. V, n° 192 ; D. 2008, p. 2672, obs. L. PERRIN ; *ibid.* 2009, p. 590, obs. G. BORENFREUND, L. CAMAJI, A. FABRE, O. LECLERC, T. PASQUIER, E. PESKINE, J. PORTA et C. WOLMARK ; *ibid.* 1427, chron. P. LOKIEC ; RDT 2008, p. 731, obs. G. AUZERO ; Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14702, Bull. civ. V, n° 246 ; D. 2012, p. 67, note P. LOKIEC ; Sem. soc. Lamy 2011, n° 1518, p. 11 note A. FABRE.

¹²²³ V. A. FABRE, « Changements d'horaires : et si le salarié avait son mot à dire ? », Cah. soc. 2014, p. 336.

¹²²⁴ Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14702 et 10-30033, Bull. civ. V, n° 246 et 248 ; D. 2012, p. 67, note P. LOKIEC ; *ibid.* p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. social 2012, p. 147, note E. DOCKÈS ; RDT 2012, p. 31, obs. S. TOURNAUX ; JCP S 2012, p. 1159, p. 17 ; Dr. social 2012, p. 147 ; Sem. soc. Lamy 2011, n° 1518.

¹²²⁵ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Qualité de vie au travail et temps de travail », Dr. social 2015, p. 113.

¹²²⁶ Fr. SCHOENBERGER, « Temps et lieu de la vie personnelle, temps et lieu de la vie professionnelle », Dr. social 2010, p. 31. « Le salarié lui-même, son équilibre, sa relation à son environnement de travail ne peuvent être dissociés de ce qu'il est, que ce soit dans ou hors l'entreprise ».

¹²²⁷ Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », article précité.

B. La vocation flexible de la loi

386. En matière d'aménagement du temps de travail, les besoins de gestion de l'entreprise se prononcent toujours plus en faveur de la flexibilité du droit du temps de travail (1). Dès lors, afin de répondre à la demande des employeurs, le législateur a prévu différentes mesures en faveur de la flexibilité du temps de travail, au risque de faire perdre en résistance le contrat de travail (2).

1. La flexibilité justifiée par les besoins de gestion

387. En droit du travail, la flexibilité est l'apanage de l'employeur à qui il revient d'organiser le temps de travail dans l'entreprise¹²²⁸.

En la matière, depuis la crise des années soixante-dix, la demande des entreprises est récurrente. Les doléances sont alors constantes : face à un contrat de travail, « source d'une sécurité excessive pour les salariés incompatible avec les mouvements incessants de l'économie »¹²²⁹, il devient indispensable que le droit du travail fasse preuve de toujours plus de souplesse¹²³⁰. En effet, enclin à toujours plus de protection envers les salariés, le droit du travail interne peut sembler être une entrave au bon fonctionnement du marché¹²³¹.

388. La thèse selon laquelle le droit du travail fait preuve de trop de rigidité et qu'il doit davantage prendre en considération les intérêts économiques de l'entreprise est louable¹²³².

Dès lors, s'est posée la question d'une nouvelle articulation entre besoins de gestion de l'entreprise, protection des salariés et flexibilité du droit du travail. Le législateur a donc été confronté à un besoin d'équilibre entre demandes des employeurs et impératif de protection des salariés. Ainsi, Anaëlle DONNETTE a-t-elle pu formuler un double constat quant au développement de la flexibilité du droit du travail en matière d'organisation du temps de travail : d'une part, « l'introduction d'une dose de flexibilité au sein du droit du travail contribue certainement à le rendre plus effectif » et d'autre part, « le contrat de travail ne sert

¹²²⁸ Ch. MATHIEU, C. NICOD, « L'individu confronté à l'organisation collective du travail », in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, p. 51.

¹²²⁹ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, dir. P.-H. ANTONMATTEI, Montpellier, 2010, p. 189, n° 233.

¹²³⁰ V. J.-E. RAY, « Mutation économique et changement du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à A. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 11, spéc. p. 13.

¹²³¹ J.-E. RAY, « La flexibilité du temps de travail », in *Le droit du travail : hier et demain, Congrès européen de droit du travail, Paris 12-15 septembre 1989*, Société de législation comparée, p. 183, spéc. p. 185.

¹²³² A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, op. cit.

plus seulement à améliorer la situation du salarié, il sert aussi à assouplir le droit légal pour faire face plus sereinement aux exigences économiques »¹²³³.

389. La résistance du contrat de travail aux sources du droit dépend donc de sa capacité à supporter la flexibilité du droit du travail en matière d'aménagement du temps de travail, sans pour autant renoncer à toute protection de la part du législateur. Ainsi, le législateur a-t-il pu adopter, depuis les lois Auroux, quelques orientations qui œuvrent pour davantage de souplesse en matière d'aménagement du temps de travail. Bien que voulant satisfaire les besoins de gestion de l'entreprise, la question de la protection du contrat de travail demeure.

2. La flexibilité adoptée par le législateur

390. La problématique de la flexibilité du droit du travail a pu faire l'objet de différentes lois relatives à l'organisation du temps de travail. Fruit de la « politique actuelle des pouvoirs publics en faveur d'une modernisation du droit du travail de notre pays »¹²³⁴, la flexibilité du droit du travail s'impose comme la solution aux besoins de gestion des entreprises.

Dès lors, afin de satisfaire les besoins de souplesse affichée par les employeurs, le législateur¹²³⁵ a prévu différentes mesures relatives à l'aménagement du temps de travail. Ces mesures portent ainsi atteinte à la liberté contractuelle¹²³⁶ lorsqu'elles prévoient que « La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail »¹²³⁷.

En effet, depuis la loi du 22 mars 2012, il devient difficile pour le salarié de refuser l'accord prévoyant la répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, dans la mesure où son refus peut le conduire au licenciement. La résistance du salarié

¹²³³ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, op. cit., p. 190, n° 233.

¹²³⁴ J. MOULY, « La non-rétroactivité de la loi Warsmann sur la modulation du temps de travail », *Dr. social* 2014, p. 71, spéc. p. 75.

¹²³⁵ L'objectif du législateur était la consolidation des accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail en vue de permettre une meilleure adaptation des entreprises « aux évolutions des rythmes de production ».

¹²³⁶ Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, AJDA 2012, p. 574 ; RFDA 2012, p. 528, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU; Constitutions 2012, p. 267, chron. J. BENETTI ; V. J. MOULY, « La non-rétroactivité de la loi Warsmann sur la modulation du temps de travail », article précité.

¹²³⁷ C. trav., art. L. 3122-6, issu de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

et de son contrat de travail fièrement brandie dans les années 1990 semble présenter quelques lésions irrémédiables¹²³⁸.

391. Également, en matière d'articulation entre accord collectif et contrat de travail, les accords de maintien de l'emploi créés par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 proposent « un mécanisme d'impérativité renforcée »¹²³⁹, en ce qu'ils ont vocation à « aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération au sens le plus large du terme »¹²⁴⁰. Par ces accords, la recherche de flexibilité

¹²³⁸ V. not. G. BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. ouvrier 1997, p. 514.

¹²³⁹ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », Dr. social 2014, p. 438, spéc. p. 442; G. BORENFREUND, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316.

¹²⁴⁰ C. trav., art. L.5125-1, « En cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération au sens de l'article L. 3221-3, dans le respect du premier alinéa de l'article L. 2253-3 et des articles L. 3121-10 à L. 3121-36, L. 3122-34 et L. 3122-35, L. 3131-1 à L. 3132-2, L. 3133-4, L. 3141-1 à L. 3141-3 et L. 3231-2.

Un expert-comptable peut être mandaté par le comité d'entreprise pour accompagner les organisations syndicales dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation, dans les conditions prévues à l'article L. 2325-35.

II. - L'application des stipulations de l'accord ne peut avoir pour effet ni de diminuer la rémunération, horaire ou mensuelle, des salariés lorsque le taux horaire de celle-ci, à la date de conclusion de cet accord, est égal ou inférieur au taux horaire du salaire minimum interprofessionnel de croissance majoré de 20 %, ni de ramener la rémunération des autres salariés en dessous de ce seuil.

L'accord prévoit les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés :

1° Les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord ;

2° Les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance.

L'accord prévoit les modalités de l'organisation du suivi de l'évolution de la situation économique de l'entreprise et de la mise en œuvre de l'accord, notamment auprès des organisations syndicales de salariés représentatives signataires et des institutions représentatives du personnel.

III. - La durée de l'accord ne peut excéder cinq ans. Pendant sa durée, l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique. Un bilan de son application est effectué par les signataires de l'accord deux ans après son entrée en vigueur.

L'accord prévoit les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés, à l'issue de sa période d'application ou dans l'hypothèse d'une suspension de l'accord pendant son application, pour ce motif, dans les conditions fixées à l'article L. 5125-5.

Il peut prévoir les conditions et modalités selon lesquelles il peut, sans préjudice de l'article L. 5125-5, être suspendu, pour une durée au plus égale à la durée restant à courir à la date de la suspension, en cas d'amélioration ou d'aggravation de la situation économique de l'entreprise. Dans cette hypothèse, l'accord prévoit les incidences de cette suspension sur la situation des salariés et sur les engagements pris en matière de maintien de l'emploi.

En cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération au sens de l'article L. 3221-3, dans le respect du premier alinéa de l'article L. 2253-3 et des articles L. 3121-10 à L. 3121-36, L. 3122-34 et L. 3122-35, L. 3131-1 à L. 3132-2, L. 3133-4, L. 3141-1 à L. 3141-3 et L. 3231-2 ».

visé à créer « un nouvel équilibre dans l'arbitrage global temps de travail/salaire/emploi, au bénéfice de l'emploi »¹²⁴¹.

Dès lors, depuis 2008, afin de répondre au mieux aux attentes des entreprises, le législateur n'a eu de cesse de développer la flexibilité du temps de travail: aménagement et répartition de la durée du travail, augmentation ou diminution de la durée du travail (avec les répercussions que cela implique sur la rémunération du salarié¹²⁴²), etc.

Ainsi, au nom de la sauvegarde de l'activité économique de l'entreprise, le législateur œuvre-t-il en faveur d'une flexibilité du droit de l'aménagement du temps de travail qui met à mal la résistance du contrat de travail, notamment lors de la suspension des « clauses contraires » lors de la mise en œuvre d'un accord de maintien de l'emploi¹²⁴³. En ce sens, les avantages individuels doivent être relégués au second plan pour espérer retrouver une situation d'emploi acceptable.

Cet impératif de flexibilité toujours grandissant a imposé, au fil des lois successives¹²⁴⁴ et à l'image de nos voisins allemands¹²⁴⁵, la prééminence de l'accord collectif sur le contrat de travail.

Dès lors, afin d'assurer la flexibilité du travail et de maintenir la force de l'accord collectif¹²⁴⁶, il convient de raisonner selon la logique d'une balance : augmenter le poids de l'influence de l'accord collectif et réduire celui de la résistance du contrat de travail.

Cette articulation est ainsi possible malgré le principe d'autonomie existant entre contrat de travail et accord collectif (principe de non-incorporation de la norme collective au contrat de travail). L'aménagement du temps de travail dans l'entreprise devient donc le point névralgique du déclin de la résistance du contrat de travail à l'accord collectif d'entreprise qui s'est accentué depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

Dès lors, du fait de la production de la loi, la résistance du contrat de travail décroît. Cette perte en intensité de la résistance est corroborée par l'action de la source conventionnelle.

¹²⁴¹ ANI du 11 janvier 2013, précité, art. 18.

¹²⁴² V. not. G. COUTURIER, « Accords de maintien de l'emploi », *Dr. social* 2013, p. 805.

¹²⁴³ C. trav., art. L.5125-2, al. 2 : « Pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci ».

¹²⁴⁴ V. Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1534, p. 4.

¹²⁴⁵ P. RÉMY, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ? », *RDT* 2012, p. 133.

¹²⁴⁶ A. LYON-CAEN, « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche, déclin ou renouveau ?*, CEREQ, 1993, p. 53.

§2. La relative résistance contenue par la source conventionnelle

392. Le droit de l'aménagement du temps de travail pose des problématiques particulières en termes d'articulation entre les sources du droit du travail. En effet, si le phénomène d'influence de la source conventionnelle sur le contrat de travail est effectif et s'il a été démontré que le principe de faveur permet au contrat de travail de résister à la source conventionnelle, la question de l'aménagement du temps de travail conduit à reconsidérer les rapports entre les sources du droit. La résistance du contrat de travail à la source conventionnelle rencontre notamment des limites liées à la supplétivité de la loi à la source conventionnelle (A), mais également lorsque la source conventionnelle n'est plus une entrave à la mise en place d'un nouvel aménagement du temps de travail par l'employeur (B).

A. L'affaiblissement de la résistance par la supplétivité de la loi

393. La supplétivité de la loi, autrement appelée subsidiarité de la loi, est fréquente en matière d'aménagement du temps de travail. Elle permet une délégation de pouvoir de la loi aux partenaires sociaux. Dès lors, elle se distingue de la technique de la dérogation en ce qu'elle permet à la source conventionnelle d'écarter totalement la source légale au profit de l'application de ses propres dispositions, risquant ainsi de s'imposer au contrat de travail.

394. L'autonomie des partenaires sociaux grandissant, le pouvoir de la loi recule. Cette particularité de l'articulation des sources du droit du travail s'explique par le fait que le principe hiérarchique pose d'une part, la supériorité de la loi sur la source conventionnelle et d'autre part, la possibilité à l'accord collectif d'être plus favorable que la loi (ordre public social)¹²⁴⁷. Dès lors, le législateur offre de plus en plus d'opportunités à la négociation collective d'évincer les dispositions légales, ce qui a nécessairement des répercussions sur le contrat de travail.

¹²⁴⁷ C. trav., art. L.2251-1 : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

395. Ce constat appelle une précision quant à la distinction entre « dérogation » et « supplétivité » de la norme étatique¹²⁴⁸, quand bien même la dérogation peut parfois admettre l'existence de règles supplétives¹²⁴⁹. Ainsi, bien que la distinction ait-elle été confuse en doctrine¹²⁵⁰, la distinction entre dérogation et supplétivité semble tenir au fait que l'une suppose la mise à l'écart d'une disposition impérative et que l'autre implique la suppression de la norme au profit d'une autre norme¹²⁵¹.

La distinction opérée permet de comprendre qu'en matière d'aménagement du temps de travail, « un affadissement du rôle de l'État »¹²⁵² a pu être constaté. En effet, depuis la loi du

¹²⁴⁸ Fl. CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. social* 2010, p. 379 ; H. TISSANDIER, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2005, p. 109. Selon l'auteur, « Les notions de dérogation et de supplétivité sont antinomiques ».

¹²⁴⁹ V. not. M. BONNECHÈRE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouvrier* 2001, p. 411 ; S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83 : « La règle qui supporte la dérogation reste impérative et, le cas échéant, conserve son caractère d'ordre public. La supplétivité va bien plus loin et opère une forme de renversement » ; Fr. PETIT, « L'ordre public dérogatoire », *RJS* 2007, p. 391 ; Fr. SARAMITO, « Les accords dérogatoires », *Droit ouvrier* 1990, p. 253 ; A. SUPIOT, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. social* 1989, p. 195.

¹²⁵⁰ V. not. J. BARTHÉLÉMY, « Vers un droit plus contractuel et moins règlementaire – La convention collective, acte et source de droit », *Cah. DRH* 2008, n°139, p. 29 ; J. BARTHÉLÉMY, « Vers un droit plus contractuel et moins règlementaire - les acteurs de la négociation collective », *Cah. DRH* 2008, n° 140, p. 32 ; J. BARTHÉLÉMY, « Négociation d'entreprise : dérogations et concessions », *Dr. social* 1988, p. 554 ; J. BARTHÉLÉMY, « Le droit du travail peut être aussi une technique d'organisation de l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de J. PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 25 ; *contra* F. BOCQUILLON, « La place de la norme étatique en droit du travail », in *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail?*, dir. J. BARREAU, PUR, coll. « des sociétés », 2003, p. 143 ; F. BOCQUILLON, « Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail), in *Le droit social – Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de P. ORTSCHIEDT*, PUS, 2003, p. 25.

¹²⁵¹ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*, p. 382, n° 483 : « l'accord dérogatoire est celui qui met à l'écart une disposition impérative parce que la loi l'y autorise, celle-ci est alors appliquée ; à l'inverse, lorsqu'elle est supplétive, la loi est effacée, son contenu supplanté. Ainsi, contrairement à l'opinion majoritairement répandue, si elle a pour effet d'évincer la loi au profit du contrat, la dérogation n'a pas pour effet de remettre en cause le caractère d'ordre public de la loi, c'est-à-dire sa nature impérative, alors même que son application se voit écartée par une norme infra-légale. Supplétivité et dérogation ne peuvent être confondues » ; V. F. BOCQUILLON, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, chron., p. 803 ; M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit*, préface de M. DESPAX, L.G.D.J., 1994, p. 474, n° 565 ; B. BOUBLI, « Le juge, la norme et le droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, PUF, Droit éthique société, 1998, p. 29 ; Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, dir. B. TEYSSIÉ, Litec, 1990 ; N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail – Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2006 ; V. not., J. FROSSARD, « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions collectives de champ d'application plus large », *Dr. social* 2000, p. 617, spéc. p. 622 ; du même auteur, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83 ; M.-A. SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. social* 2004, p. 579 ; du même auteur, « Les réformes de la négociation collective », *RDT* 2009, p. 14 ; G. BÉLIER et H.-J. LEGRAND, « La négociation collective après la loi du 20 août 2008. Nouveaux acteurs. Nouveaux accords », *Éditions Liaisons*, 2009, spéc. n° 411 s.

¹²⁵² Fl. CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », article précité, spéc. p. 380 ; V. F. BOCQUILLON, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », chron. précitée.

20 août 2008¹²⁵³ un passage de l'ordre public dérogeable¹²⁵⁴ lentement institué par une série de lois¹²⁵⁵, vers la supplétivité de la règle étatique a été observé. Peu à peu, l'accord collectif a été promu devant la loi, pour s'imposer au contrat de travail. L'accord collectif passe au premier plan devant la loi, ce qui bouleverse la hiérarchie des normes du droit du travail traditionnelle.

C'est ce que prouve l'article L.3122-2 du Code du travail relatif à la répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année lorsque le législateur choisit des formules telles « sauf stipulation contraire d'un accord d'entreprise » ou « à défaut d'accord collectif ».

¹²⁵³ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹²⁵⁴ V. not. J. BARTHÉLÉMY, « Le choix du niveau de négociation », *JCP* 85 (éd. E) I - 14995 ; J. BARTHÉLÉMY, « Les rapports nouveaux de l'accord d'entreprise avec la loi et la convention de branche », *Cahiers Droit de l'Entreprise*, n° 1/86 p. 2 ; J. BARTHÉLÉMY, « Négociation d'entreprise : dérogations et concessions », *Dr. social* 1988, p. 554 ; J. BARTHÉLÉMY, « L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail », *Dr. social* 1994, p. 156 ; G. BÉLIER, « Les dérogations au droit du travail », *Dr. social* 1986, p. 49 ; G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif », *Dr. social* 1990, p. 626 ; G. BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvrier* 1997, p. 514 ; M. DESPAX, « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », in *Mélanges LYON-CAEN*, 1989, p. 267 ; M. DESPAX, « L'exercice du droit d'opposition », *Dr. social* 1991, p. 292 ; E. DOCKÈS, « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », *Droit ouvrier* 1997, p. 503 ; Fr. GAUDU, « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. social* 1990, p. 606 ; G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. social* 1985, p. 801 ; L. MARQUET DE VASSELOT, « La représentativité syndicale, la dérogation à la loi et l'emploi », *RJS* 8.9/96 p. 563 ; L. MARQUET DE VASSELOT, « Annualisation et droit d'opposition », *RJS* 12/96 p. 799 ; M. MORAND, « Accord dérogatoire et contrat de travail », *Droit du Travail* 1994, hors série, p. 41 ; A. PHILBERT, « À propos du droit d'opposition », *CSBP* 96, p. 185 ; M. POIRIER, « La clause dérogatoire in pejus », *Dr. social* 1995, p. 885 ; X. PRÉTOT, « Principes généraux du droit et accords dérogatoires », *RJS* 12/94, p. 819 ; X. PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective - Travail et protection sociale », janvier 1997, p. 4 ; J. E. RAY, « Les accords sur le temps de travail », *Dr. social* 1988, p. 99 ; M. A. ROTHSCHILD-SOURIAC, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et des accords collectifs », *Dr. social* 1996, p. 395 ; A. SAURET, « Le concept de dérogation en droit du travail », *Droit du Travail* 1994, hors série, p. 35 ; A. SAURET, « Négociation sur le temps de travail », *Cahiers Droit de l'Entreprise* n° 1/86 ; B. SILHOL, « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr. social* 1997, p. 931 ; P. SOULIER, « L'objet de la négociation », *Dr. social* 1990, p. 596 ; A. SUPIOT, « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. social* 1984, p. 296 ; H. TISSANDIER, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. social* 1997, p. 1045 ; V. aussi, Dans son n° 4 d'avril 2010, *Droit social* un dossier consacré au temps de travail qui, outre la présente contribution, comprend les articles suivants : A. JOUBERT, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », p. 367 ; H. GOSSELIN, « Le temps de travail, jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation », p. 374 ; P.-Y. VERKINDT, « Les conventions de forfait », *Dr. social* 2010, p. 387 ; S. FANTONI-QUINTON, « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », p. 395 ; Fr. GAUDU, « Quelques conclusions.. », p. 401.

¹²⁵⁵ Ordonnance n° 67-830 du 27 septembre 1967 relative à l'aménagement des conditions de travail, JO du 28 septembre, p. 9557. Cette ordonnance permettait à un accord collectif étendu de déroger aux modalités de répartition des horaires collectifs prévues par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 sur la semaine de 40 heures ; Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, JO du 17 janvier, p. 295 ; Loi du 28 février 1986, n° 86-280 modifiant le Code du travail et relative à la négociation collective sur l'aménagement du temps de travail, JO du 1^{er} mars, p. 3208 ; Loi du 19 juin 1987, n° 87-423 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail, JO du 20 juin, p. 6648 ; Loi du 4 mai 2004, n° 2004-391 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO du 5 mai, p. 7983.

396. En matière d'aménagement du temps de travail, la distinction entre « dérogation » et « supplétivité » permet à la loi d'abandonner sa vocation protectrice du contrat de travail aux partenaires sociaux. En ce sens, en dépit des dispositions de l'article 34 de la Constitution, de l'obligation de respect des droits fondamentaux et du droit international et de l'Union européenne, le contrat de travail court le risque de voir sa capacité de résistance octroyée par la loi affaiblie. Il s'agit donc, au travers du mécanisme de supplétivité de la loi instaurée par la loi du 20 août 2008, d'un véritable désengagement maîtrisé de l'État dans le domaine de la protection du contrat de travail face à l'accord collectif.

Cependant, cette perte de résistance est d'autant plus marquée qu'il existe une supplétivité de l'accord de branche à l'accord collectif qui donne toujours plus d'importance à l'accord d'entreprise¹²⁵⁶ et qui relègue « à la marge le principe de faveur »¹²⁵⁷.

397. Cette réflexion sur l'abandon du principe de faveur lors de la supplétivité de l'accord de branche face à l'accord d'entreprise implique une seconde remarque : l'aménagement du temps de travail en entreprise est une démarche qui concerne le collectif, c'est-à-dire l'ensemble des salariés. La place laissée à l'individuel devient donc relativement mince.

En ce sens, le phénomène de résistance du contrat de travail à l'accord collectif en matière d'aménagement du temps de travail est difficile. Lorsque le contrat de travail résiste ou tente de résister, il défend l'individuel, à savoir le salarié associé au contrat. La résistance est donc davantage praticable lorsque le contrat est confronté à une obligation individuelle, qui s'adresse à lui sans impacter le reste des salariés de l'entreprise. Ainsi, dès lors que le collectif entre en considération, la résistance du contrat de travail devient-elle délicate, voire impossible.

¹²⁵⁶ P. MORVAN, « L'articulation des conventions et accords collectifs – Essai d' « ostéopathie » juridique », *in* *L'articulation des normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Economica, coll. Etudes juridiques n° 44, 2011, p.7, spéc. p. 24, n° 48.

¹²⁵⁷ P. MORVAN, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. social* 2009, p. 679, spéc. p. 680.

B. L'affadissement de la résistance par la répartition du temps de travail

398. L'annualisation du temps de travail fait partie des prérogatives de l'employeur. Dès lors, dans le cadre de son pouvoir de direction et indépendamment de toute signature d'accord, l'employeur est autorisé par le législateur à mettre en place une nouvelle répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à un mois¹²⁵⁸.

Cette faculté, bien qu'encadrée par le législateur, l'autorise à faire varier les horaires d'une semaine sur l'autre, tantôt au-dessus des trente-cinq heures, tantôt en dessous, permet que les heures effectuées au-delà de la trente-cinquième heure ne soient pas considérées comme des heures supplémentaires¹²⁵⁹.

Cette déclaration de pouvoir, corroborée par l'article L.3122-6 du Code du travail, soulève la problématique de l'insuffisance de l'encadrement des accords de répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année.

En effet, cette simple prérogative octroyée à l'employeur est susceptible d'entraîner un afflux de conséquences sur le contrat de travail.

D'une part, aucune disposition légale ne vient régir le seuil au-delà duquel les heures travaillées ne peuvent plus être compensées par des heures non travaillées : en ce sens, le salarié peut donc se voir contraint de travailler quarante-huit heures par semaine (et jusqu'à soixante heures si des circonstances exceptionnelles le justifient) et ne percevoir le paiement de ses heures supplémentaires qu'en fin de période de modulation. Dès lors, « la mise en place d'une modulation du temps de travail conduit à la baisse voire à la suppression des heures supplémentaires et impacte, le cas échéant, la rémunération des salariés qui, jusqu'alors, n'étaient pas soumis à un tel système »¹²⁶⁰.

D'autre part, les conditions de l'accord respectées, l'employeur peut aménager la durée du travail comme il l'entend, et ce même au détriment de la vie personnelle et familiale. Ainsi,

¹²⁵⁸ C. trav., art. D. 3122-7-1 al. 1 : « En l'absence d'accord collectif, la durée du travail de l'entreprise ou de l'établissement peut être organisée sous forme de périodes de travail, chacune d'une durée de quatre semaines au plus ».

¹²⁵⁹ *A contrario*, lorsque l'employeur souhaite que la modulation du temps de travail s'étende sur une période supérieure à quatre semaines, il est contraint à la signature d'un accord de modulation du temps de travail. Dès lors, les seules obligations pesant sur lui sont d'une part, de respecter les durées maximales de travail (C. trav., art. L.3121-34 à L.3121-36) et les durées minimales de repos et d'autre part, d'informer les salariés sur leurs heures de travail sept jours à l'avance (C. trav., art. L.3122-2).

¹²⁶⁰ FI. CANUT, « Modulation du temps de travail et contrat de travail : la bergère n'a pas dit son dernier mot », RDT 2013, p. 771.

au sujet du délai de prévenance de sept jours, « ce délai de prévenance peut être réduit par accord collectif. Les salariés qui se fondant sur le planning indicatif croyaient pouvoir bénéficier d'un temps libre pourraient en réalité être appelés à venir travailler dans un délai extrêmement court. En somme, les salariés restent à la disposition de leur employeur, même lorsqu'ils ne travaillent plus, et ce sans augmentation de salaire »¹²⁶¹. La protection de la vie privée et personnelle du salarié semble atteinte sans que le contrat de travail ne puisse s'opposer au dispositif.

Des ajustements pourraient donc être apportés au dispositif. Au sujet du paiement des heures supplémentaires en cours de période, cela semble être délicat du fait de la compensation faite et de la moyenne des heures effectuées sur la totalité de la période. Toutefois, une limitation en dessous des durées maximales absolues de travail hebdomadaire apporterait plus de régularité au dispositif.

399. La possibilité de mise en place d'une nouvelle répartition du temps de travail constitue un surcroît de pouvoir de direction de l'employeur. Cette mesure, au-delà d'avoir des incidences sur la répartition des horaires des salariés (la période pouvant s'étendre à un an), peut également avoir des conséquences sur la rémunération ou sur l'organisation personnelle du salarié. Dès lors, le salarié, ne pouvant franchement s'opposer à cette mesure qui ne constitue pas une modification du contrat de travail, voit la résistance de son contrat entravée de façon tout à fait régulière par l'employeur.

Dès lors, la perte de résistance du contrat de travail s'explique par la dimension collective de la démarche d'annualisation du temps de travail. En effet, seule la particularité contractuelle peut avoir pour effet de diminuer cette perte de résistance du contrat de travail, comme c'est le cas du contrat intermittent¹²⁶².

¹²⁶¹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016, op. cit.*, p. 291, n° 431.

¹²⁶² Le contrat intermittent peut être cité à titre d'exemple. Inscrit à l'article L. 3123-31 du Code du travail et obligatoirement prévu par une convention ou d'un accord collectif, le contrat de travail intermittent permet de pouvoir des emplois permanents qui comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées. De type très particulier, ce contrat doit prévoir la durée annuelle minimale de travail, les périodes de travail, la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes. Dès lors, ce contrat de travail vient à individualiser l'alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées dans l'année, en raison de la nature de l'emploi occupé, contrairement à l'annualisation du temps de travail qui est collective et dictée par les besoins de gestion de l'entreprise. V. Cass. soc., 28 mai 2014, n° 13-12087, Bull. civ. V, n° 128 ; RDT 2015, p. 122, note Fl. CANUT : « Le contrat de travail intermittent ne constitue pas, en soi, une annualisation du temps de travail autorisant l'employeur à ne décompter les heures supplémentaires qu'au-delà de la durée annuelle légale ou conventionnelle. Les heures supplémentaires doivent être décomptées, sauf exception légale ou conventionnelle, par semaine travaillée [...] ».

Dès lors, ce contrat de travail vient à individualiser l'alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées dans l'année, en raison de la nature de l'emploi occupé, contrairement à l'annualisation du temps de travail qui est collective et dictée par les besoins de gestion de l'entreprise.

Section 2. La relative résistance perçue

400. Les limites de résistance du contrat de travail aux sources du droit sont initiées par la loi et par la source conventionnelle. Dès lors, il convient d'analyser l'appréhension de ces limites par le salarié (§1) et par l'employeur (2).

§1. La relative résistance perçue par la volonté du salarié

401. Les limites de la résistance du contrat de travail au pouvoir de l'employeur se manifestent principalement au travers de l'appréhension par le salarié de l'encadrement et des contraintes posées par la loi et la source conventionnelle. La contractualisation n'étant pas la solution à la problématique de la résistance du contrat de travail (la flexibilité du contrat y est préférée), il apparaît qu'elle peut également compromettre la résistance du contrat aux pouvoirs de l'employeur (A). Dès lors, la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté du salarié peuvent être autant d'arguments desservant la capacité de résistance du contrat de travail aux sources du droit (B).

A. La relative résistance dans la contractualisation

402. L'articulation du contrat de travail avec les sources du droit doit prendre en compte la contractualisation et la délimitation du champ contractuel de divers éléments, notamment celle du temps de travail. Or, la pratique de la contractualisation sert tant le phénomène de résistance du contrat de travail aux sources que celui d'influence des sources du droit sur le contrat de travail. Dès lors, le contrat de travail oppose une résistance toute relative, dès lors qu'est délimité le champ chronométrique du contrat de travail (1), ou lorsqu'est insérée au contrat de travail à temps partiel une clause de variation des horaires (2).

1. Résistance et délimitation chronométrique

403. La force obligatoire des contrats commande que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »¹²⁶³. C'est donc grâce à la contractualisation que le contrat de travail est, en principe protégé d'une modification unilatérale par l'employeur¹²⁶⁴. En ce sens, si la répartition du temps de travail est contractualisée, elle ne devrait pas faire l'objet d'une modification unilatérale par l'employeur. De cette affirmation, peut être déduite une observation.

404. En matière de répartition du temps de travail, il est important d'identifier ce qui relève du champ contractuel, afin de savoir ce qui peut faire l'objet d'une modification unilatérale de la part de l'employeur. En ce sens, dès que la question de l'aménagement du temps de travail est en cause, la distinction du domaine contractuel de ce qui relève du pouvoir de direction de l'employeur implique que soit identifié ce qui relève du champ chronométrique¹²⁶⁵ et ce qui relève du champ chronologique¹²⁶⁶.

Ainsi, alors que le champ chronométrique désigne la durée du travail inscrite au contrat, le champ chronologique correspond à la répartition du temps de travail pendant l'exécution du contrat.

La distinction entre domaine chronologique et domaine chronométrique est donc indispensable lorsqu'il est notamment question de la modification d'un cycle¹²⁶⁷, d'un

¹²⁶³ C. civ., art. 1134, al. 1.

¹²⁶⁴ Le champ lexical du terme accord est vaste en droit du travail. Si jusqu'à la recodification il était question d'agrément dans les textes relatifs notamment au fractionnement des congés (article L.223-8 du Code du travail), ce terme a été remplacé par celui d'« accord » (article L. 3141-18 du Code du travail), mais il demeure employé à l'article L. 3141-20 du même Code.

¹²⁶⁵ Cass. soc., 20 octobre 1998, *M^{me} Joëlle Bonimond c/ S^{te} La Maille Souple*, n° 96-40614, Bull. civ. V, n° 433, p. 325 ; Dr. social 1998, p. 1045, obs. Ph. WAQUET. La durée du travail contractuelle, constitue en principe un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié.

¹²⁶⁶ Cass. Soc. 22 février 2000, n°97-44339, Bull. Civ. V, n°67 ; RJS 2000, n°374 ; Dr. ouvrier 2000, p. 423 ; JCP 2000, II, 10321, note D. CORRIGNAN-CARSIN. 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 et non une modification du contrat ; Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-44594, n° 08-44595 et n° 08-44596, Bull. civ. V, n° 237 ; RDT 2011, p. 119, note Fl. CANUT, La modification de la cadence de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail. Certains auteurs invitent à un changement de perspective, V. M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Sur la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », Dr. social 2002, p. 1064 ; V. aussi E. DOCKÈS, « Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier », Dr. social 2012, p. 147 ; V. Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », article précité.

¹²⁶⁷ Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45652, Bull. civ. V, n° 208.

passage à un horaire de jour à un horaire de nuit¹²⁶⁸, ou encore de la suppression ou l'abandon du repos dominical¹²⁶⁹. La résistance du contrat de travail sera donc le refus du salarié d'entraver le champ chronométrique de son temps de travail dans la mesure où ces modifications peuvent bouleverser son organisation tant personnelle que professionnelle.

405. La résistance du contrat de travail est donc relative : elle dépend de la détermination de ce qui relève du contractuel (le champ chronométrique) et des conditions de travail (le champ chronologique). Dès lors que le champ chronologique est concerné, le contrat de travail se trouve subordonné au pouvoir de direction de l'employeur qui peut imposer les mesures qu'il juge nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. C'est pourquoi, la contractualisation est une étape cruciale de la relation de travail : elle permet de délimiter l'espace dans lequel peut s'exercer le pouvoir de direction de l'employeur.

2. Résistance et clause de variation

406. Les besoins de gestion de l'entreprise peuvent parfois conduire à des réajustements de l'aménagement du temps de travail. Ainsi, la loi peut-elle autoriser que la répartition du temps de travail ou des horaires soient l'objet d'une variation, dont le cadre juridique va être renvoyé directement au contrat de travail¹²⁷⁰. L'encadrement légal de certaines formules de temps de travail peut alors revêtir la forme d'une réglementation du contrat de travail¹²⁷¹.

En effet, il est important que certains domaines, tels la répartition du temps de travail, soient organisés au plus près du salarié. Ainsi, le contrat joue-t-il, dans ce cas, « le rôle de support de la faculté, il en précise les contours et les modalités d'exercice dans le cadre défini par la

¹²⁶⁸ Cass. soc., 7 avril 2004, n° 02-41486, Bull. civ. V, n° 107, p. 95 : une vendeuse de supermarché a le droit de refuser de nouveaux horaires comportant des « nocturnes » jusqu'à 22 heures ; V. not. Cass. soc., 30 octobre 2007, n° 06-43455.

¹²⁶⁹ Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-43223, Bull. civ. V, n° 56 ; Cass. soc. 22 octobre 2003, n° 01-42651.

¹²⁷⁰ L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2011, p. 23, n° 46.

¹²⁷¹ A. JEAMMAUD, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », in *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 415, spéc. p. 423.

loi »¹²⁷². Le contrat de travail tient donc bien une place « centrale » dans le rapport de travail¹²⁷³.

En ce sens, la contractualisation de la flexibilité des horaires et de la répartition du temps de travail va pouvoir passer par l'insertion d'une clause de variation, dès la formation du contrat de travail. Toutefois, en matière d'aménagement du temps de travail, si les clauses de variation de la durée du travail sont proscrites, les clauses de variabilité des horaires sont quant à elles autorisées,¹²⁷⁴ mais leur mise en œuvre sera entravée si elles emportent modification du contrat de travail¹²⁷⁵. Dès lors, l'insertion d'une clause de variation des horaires au contrat de travail n'est pertinente que dans le cas d'un contrat de travail à temps partiel¹²⁷⁶. En effet, hormis lors d'un passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit¹²⁷⁷, la modification des horaires de travail n'emporte habituellement pas modification du contrat de travail. Dans le cas d'un contrat de travail à temps plein, l'insertion d'une clause de variation des horaires va donc ressembler à une redondance.

Dès lors, une clause insérée dans un contrat de travail à temps partiel ne permet à l'employeur de modifier les horaires convenus qu'à la double condition de déterminer la variation possible et de préciser les cas dans lesquels cette modification peut intervenir¹²⁷⁸. En acceptant cette clause, « le salarié s'engage à accepter une mutation ou une modification de ses horaires sans pour autant soumettre cet engagement à la réalisation d'une condition suspensive »¹²⁷⁹. Or, l'insertion au contrat de travail d'une clause conférant un pouvoir discrétionnaire de modification à l'employeur est réputée nulle ou non écrite¹²⁸⁰. C'est pourquoi, la clause de

¹²⁷² L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, *op. cit.*

¹²⁷³ A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Étude offerte à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 299 ; V. dans le même sens, A. LYON-CAEN, « Actualité du contrat de travail », *Dr. social* 1988, p. 540 ; Chr. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. social* 2001, p. 802 ; N. COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, thèse, dir. B. TEYSSIE, 2012, p. 23, n°14.

¹²⁷⁴ Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-42248, *Bull. civ. V*, n° 306.

¹²⁷⁵ Cass. soc., 18 décembre 2001, n° 98-46160, *Bull. civ. V*, n° 388.

¹²⁷⁶ P. LOKIEC, « Le changement d'horaires : une nouvelle approche ? », *D.* 2012, p. 92 : « Le contrat peut comporter, en second lieu, une clause de variation des horaires, avec toutefois un intérêt quasi nul puisque, contrairement à la solution applicable à la clause de mobilité géographique, une telle clause ne dispense pas d'obtenir l'accord du salarié lorsque le changement emporte modification du contrat ».

¹²⁷⁷ Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-43324 : « le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue, nonobstant toute clause contractuelle ou conventionnelle contraire, une modification du contrat de travail qui doit être acceptée par le salarié » ; Cass. soc., 17 novembre 2004, n° 02-46100, *Bull. civ. V*, n° 292 ; *Dr. social* 2005, p. 227, obs. Chr. RADÉ.

¹²⁷⁸ Cass. soc., 7 juillet 1998, n° 95-43443, *Bull. civ. V*, n° 373, *D.* 1999, *Somm.*, p. 185, obs. I. DESBARATS ; Cass. soc., 7 décembre 1999, n° 96-43987, *Bull. civ. V*, n° 478 ; *V. C. trav.*, art. L. 3123-14.

¹²⁷⁹ L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, *op. cit.*, p. 124, n° 251.

¹²⁸⁰ Cass. soc., 27 février 2001, *S^{té} GAN Vie c/ Rouillot*, n° 99-40219, *Bull. civ. V*, n° 60 ; *Dr. social* 2001, p. 514 ; Cass. soc., 12 février 2002, *Société Henri Maire c/ Hervé Gailliardot*, n° 00-41765, *Bull. civ. V*, n° 62, p. 58 ; *D.* 2002, p. 2011, note C. PUIGELIER ; *ibid.* p. 2089, obs. Ch. MATHIEU ; *RTD civ.* 2002, p. 511, obs. J.

variation des horaires peut être validée à condition que les modalités de cette variation soient déterminées dans le contrat avec suffisamment de précision¹²⁸¹, que la modification envisagée dépende d'éléments de variations objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, et qu'elle ne porte par atteinte aux droits fondamentaux protégés par l'article L.1121-1 du Code du travail.

Ainsi, la mise en œuvre de la clause de variation doit-elle être indépendante de la volonté de l'employeur, ce qui va déplacer la source de la soumission. Cette dernière ne serait plus issue de l'employeur, mais serait déplacée vers le contrat de travail signé par le salarié. En ce sens, « le contrat de travail peut renforcer le pouvoir de direction de l'employeur et non seulement le cantonner, parce que le contrat de travail est aussi un outil de création d'obligations mises à la charge du salarié »¹²⁸². En acceptant de signer un contrat de travail dans lequel est insérée une clause de variation, le salarié autorise l'extension du pouvoir de direction l'employeur, justifié par la nécessité de gestion de l'entreprise¹²⁸³. Ce n'est plus l'employeur qui va soumettre le salarié au moyen du lien de subordination, mais le salarié qui, au travers de la contractualisation, va offrir à l'employeur l'opportunité d'atteindre un élément du contrat de travail. La clause de variation des horaires de travail peut donc être analysée tant comme une autorisation du salarié à l'employeur d'intervenir dans ses garanties contractuelles, tant comme une canalisation des pouvoirs de l'employeur du fait des charges que fait peser la contractualisation sur l'employeur.

407. La résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur trouve donc ses limites, dès lors que la contractualisation elle-même étend les prérogatives de l'employeur. Bien que la mise en œuvre d'une telle clause soit entourée de garanties légales¹²⁸⁴ telle l'obligation de compatibilité entre la modification des horaires et les contraintes imposées au salarié par ses charges familiales ou une activité complémentaire, l'employeur s'immisce dans

MESTRE et B. FAGES ; Dr. social 2002, p. 468, obs. R. VATINET ; Cass. soc., 16 juin 2004, n° 01-43124 : Lexbase Hebdo n° 126, 24 juin 2004, éd. Soc.

¹²⁸¹ Cette obligation est issue de l'article 1129 alinéa 1 du Code civil, « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce ».

¹²⁸² A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, thèse, *op. cit.*, p. 190, n° 235 ; V. en ce sens, B. BOUBLI, « Mise en œuvre de la modification du contrat de travail », Dr. social 1990, p. 493.

¹²⁸³ Rappr. A. MAZEAUD, *Droit du travail*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 9^e éd., 2014, p. 336, n° 561 ; B. TEYSSIÉ, « Remarques sur le droit du travail », in *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 495, spéc. p. 498, « Le contrat de travail est un efficace instrument de gestion du quotidien et d'organisation du futur » ; P.-H. ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat de travail*, Liaison, Droit vivant, 2^e éd., 2009, p. 9.

¹²⁸⁴ C. trav., art. L.3123-21 et suivants.

le socle contractuel qui devient, non plus une arme de résistance pour le salarié, mais une source d'obligation pour ce dernier.

B. La relative résistance dans la liberté du salarié

408. La détermination de l'organisation du temps de travail du salarié peut dépendre de la volonté du salarié ou des besoins de l'employeur. En fonction de motifs rationnels, le salarié peut vouloir déterminer l'organisation de son temps de travail, en choisissant une nouvelle forme de travail qui lui permettrait de concilier vie personnelle et vie professionnelle (1). Toutefois, la « volonté » du salarié peut parfois soulever une certaine ambiguïté, à tel point que la question de l'autonomie de la volonté du salarié peut être discutée (2).

1. Le volontariat

409. La problématique de la résistance du contrat de travail aux sources du droit n'impose pas nécessairement un rapport conflictuel entre contrat et sources du droit. Les nouvelles formes d'organisation du temps de travail, telles le temps partiel ou le volontariat laissent libre choix au salarié qui souhaite réinscrire « l'organisation du temps de travail salarié dans une approche compréhensive du temps individuel »¹²⁸⁵. Ainsi, la liberté recherchée par le salarié s'accorde-t-elle avec la flexibilité recherchée par l'employeur pour ses besoins de gestion de l'entreprise. Or, ces nouvelles formes d'organisation du temps de travail, bien que mettant la volonté du salarié au centre du débat, semblent compromettre une partie de la résistance du contrat de travail aux sources du droit. En effet, la volonté étant contractante¹²⁸⁶, le salarié qui choisit ce mode d'organisation du temps de travail peut être confronté à une perte de protection de la loi¹²⁸⁷.

¹²⁸⁵ A. SUPIOT, « Le temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. social* 1995, p. 947.

¹²⁸⁶ V. P. LOKIEC, « Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. social* 2009, p. 127.

¹²⁸⁷ Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », article précité ; A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 134.

Bien que le volontariat ou le temps partiel soient des organisations du temps de travail personnalisées, leurs régimes sont encadrés par la loi et la source conventionnelle.

Concernant l'organisation du travail à temps partiel, si le législateur impose une durée minimale de vingt-quatre heures de travail hebdomadaire¹²⁸⁸, la demande de passage à temps partiel par le salarié est généralement organisée par accord collectif¹²⁸⁹. Or, la loi laisse un espace de liberté à la volonté des salariés : « une durée de travail inférieure [...] peut être fixée à la demande du salarié soit pour lui permettre de faire face à des contraintes personnelles, soit pour lui permettre de cumuler plusieurs activités [...] »¹²⁹⁰. C'est donc suite à cet élan de liberté et de résistance du contrat de travail (protection de la loi, organisation par voie conventionnelle, accord des parties, etc.) que la dégradation de la résistance du contrat se manifeste.

En effet, la demande du salarié place la détermination de la durée contractuelle du travail entre les mains de l'employeur. D'une part, ce dernier va déterminer si les contraintes personnelles nécessitent (ou non) une dérogation à la durée minimale de travail. D'autre part, « la durée du travail étant fixée dans le contrat de travail, il semble qu'elle ne puisse évoluer par la suite sans l'accord de l'employeur, même si les raisons qui ont justifié la dérogation n'existent plus »¹²⁹¹. La liberté du salarié ne doit donc pas être confondue avec la résistance du contrat de travail.

¹²⁸⁸ C. trav., art. L. 3123-14-1 : « La durée minimale de travail du salarié à temps partiel est fixée à vingt-quatre heures par semaine ou, le cas échéant, à l'équivalent mensuel de cette durée ou à l'équivalent calculé sur la période prévue par un accord collectif conclu en application de l'article L. 3122-2.

Les dispositions prévues au premier alinéa ne sont pas applicables aux contrats d'une durée au plus égale à sept jours ».

¹²⁸⁹ C. trav., art. L. 3122-2 : « Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. Il prévoit :

1° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail ;

2° Les limites pour le décompte des heures supplémentaires ;

3° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

Lorsque l'accord s'applique aux salariés à temps partiel, il prévoit les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail.

Sauf stipulations contraires d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaire est fixé à sept jours ».

A défaut d'accord collectif, un décret définit les modalités et l'organisation de la répartition de la durée du travail sur plus d'une semaine ».

¹²⁹⁰ C. trav., art. L. 3123-14-2.

¹²⁹¹ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Qualité de vie au travail et temps de travail », Dr. social 2015, p. 113.

Également, le volontariat, en matière de travail dominical, remet le salarié comme individu au centre de la relation d'emploi¹²⁹². Dès lors, il doit respecter un équilibre entre la volonté du salarié d'articuler vie professionnelle et vie personnelle, les besoins de l'employeur et le principe légal du repos dominical posé à l'article L.3132-3 du Code du travail¹²⁹³.

Or, la question du volontariat, en cas de dérogation au repos dominical, présente des avantages comme des inconvénients. Bien que selon la décision du Conseil constitutionnel du 6 août 2009, le repos dominical « participe des garanties du droit au repos, aux loisirs et du bénéfice d'une vie familiale »¹²⁹⁴, le volontariat au travail dominical contribue à un accroissement du pouvoir d'achat des salariés concernés. Toutefois, le volontariat soulève la question de l'ambiguïté entre volonté et accord du salarié.

2. L'ambiguïté entre volonté et accord

410. Selon le dictionnaire Larousse, le terme « volontaire » désigne un choix « Qui résulte d'une décision librement choisie et non imposée », « Qui procède de la volonté et non de l'automatisme physiologique » ou encore « Qui marque de la volonté, de l'autoritarisme ».

Au vu de ces définitions, il est possible de penser que, du fait de sa généralité, l'emploi de ce terme est problématique en droit du travail, d'autant plus qu'il est utilisé comme tel dans le Code du travail et les conventions collectives.

En droit du travail, la volonté qui fait du salarié un salarié « volontaire » est donc synonyme d'« accord »¹²⁹⁵ ou de « consentement »¹²⁹⁶ à la proposition formulée par l'employeur. C'est donc dans cet esprit que le juge va, en cas de litige relatif aux vices du consentement, vérifier si le contractant était en mesure d'exercer sa capacité de vouloir et d'accepter au moment des faits.

Ainsi, dans la relation de travail, l'initiative de la démarche du volontariat est-elle relativement « ambiguë »¹²⁹⁷. Le salarié agit-il indépendamment de toute proposition patronale ? Ainsi, est-il à l'initiative de la démarche ? Ou *a contrario*, le volontariat est-il

¹²⁹² V. PONTIF, « Les rythmes de travail », RDT 2012, p. 208.

¹²⁹³ C. trav., art. L.3132-3 : « Dans l'intérêt des salariés, le repos est donné le dimanche ».

¹²⁹⁴ Cons. const. 6 août 2009, n° 2009-588 DC, AJDA 2009, p. 1519 et 2120, note J. WOLIKOW ; D. 2010, p. 1508, obs. V. BERNAUD et L. GAY.

¹²⁹⁵ Sur la notion d'accord, v. Y. GUENZOU, *La Notion d'accord en droit privé*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, t. 502 ; P. LOKIEC, « L'accord du salarié », Dr. social 2010, p. 140.

¹²⁹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD, 1995, p. 573.

¹²⁹⁷ Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », article précité.

seulement caractérisé par l'agrément du salarié, lorsque l'employeur ne peut imposer au salarié de travailler la nuit ou un dimanche ? Ces deux positions ne sont pas exclusives l'une de l'autre.

En effet, il peut s'agir d'une « demande de l'employeur » qui requiert l'« accord du salarié » ou inversement un « souhait » du salarié « en accord avec son employeur »¹²⁹⁸.

Se pose alors la question de la globalité de la volonté du salarié et plus précisément celle de la survie de la fiction de l'autonomie de la volonté¹²⁹⁹.

Lorsque l'employeur recherche des « volontaires » pour travailler un dimanche, la nuit ou pour fractionner ses congés payés, l'accord du salarié devient alors « un simple habillage qui cache une érosion du droit du travail »¹³⁰⁰.

Il s'agit donc d'effectuer un contrôle de l'effectivité et de l'« intégrité »¹³⁰¹ de l'accord du salarié. Afin de lever toute ambiguïté autour de l'effectivité du consentement, et donc autour de la réalité du volontariat, ce contrôle doit être effectué au travers de la régulation du consentement du salarié. Il pourra être fait notamment en s'assurant que la proposition de l'employeur est faite postérieurement à la période d'essai¹³⁰² ou encore que le consentement a été donné par écrit¹³⁰³.

Pour qu'une réelle résistance du contrat de travail soit constatée, l'autonomie de la volonté du salarié et son acceptation claire et non équivoque doivent être clairement caractérisées.

La résistance du contrat par la volonté du salarié n'est pas seulement synonyme de refus. Elle doit caractériser sa conviction. La résistance ne peut pas être effective si le salarié est hésitant, si un doute subsiste. La résistance du contrat de travail trouve, encore une fois, une limite dans ses relations avec les pouvoirs de l'employeur : elle est nuancée en ce qu'il existe parfois une remise en cause de l'autonomie de la volonté du salarié.

¹²⁹⁸ Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », article précité.

¹²⁹⁹ T. SACHS, « La volonté du salarié en actes », in *La volonté du salarié*, dir. T. SACHS, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 47, spéc. p. 48 ; En ce sens, V. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p. 118.

¹³⁰⁰ T. SACHS, « La volonté du salarié en actes », article précité ; V. Fr. GAUDU, « Érosion ou refondation du droit du travail ? », *Dr. social* 2008, p. 271 ; V. également, M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvrier* 2012, p. 459.

¹³⁰¹ Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », article précité.

¹³⁰² V. not. lorsqu'une clause d'opt-out est intégrée au contrat de travail.

¹³⁰³ V. Par ex., C. trav., art. L. 3132-25-4 al. 2 : « Seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche sur le fondement d'une telle autorisation. Une entreprise bénéficiaire d'une telle autorisation ne peut prendre en considération le refus d'une personne de travailler le dimanche pour refuser de l'embaucher. Le salarié d'une entreprise bénéficiaire d'une telle autorisation qui refuse de travailler le dimanche ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. Le refus de travailler le dimanche pour un salarié d'une entreprise bénéficiaire d'une telle autorisation ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement ».

§2. La relative résistance perçue dans l'étendue des pouvoirs de l'employeur

411. La flexibilité du travail tend à flouter les limites de la relation de travail et du positionnement de chaque acteur : employeur, partenaires sociaux et salariés. En matière de droit du temps de travail, lorsque la négociation collective se déroule au niveau de l'entreprise, le pouvoir de l'employeur tient un rôle central à tel point que peuvent être rediscutées les perspectives de la négociation collective (A). L'articulation entre la flexibilité du travail, les pouvoirs de l'employeur et l'aménagement du temps de travail entraîne ainsi une confusion dans la délimitation temporelle du lien de subordination entre employeur et salarié (B).

A. La frontière entre pouvoirs de l'employeur et négociation collective

412. L'articulation entre pouvoirs de l'employeur et négociation collective a souvent été entendue comme une limitation du pouvoir de direction¹³⁰⁴ : la négociation se déroulant en partenariat avec les instances représentatives du personnel, le pouvoir de gestion de l'employeur ne pouvait pas s'étendre à son gré. Toutefois, au fil du temps, les mutations de la négociation collective « ont conduit à y voir l'instrument d'une nouvelle forme d'exercice du pouvoir, d'une légitimation de l'autorité patronale, d'une réactivation du pouvoir, ou enfin d'un déploiement de l'espace d'exercice du pouvoir »¹³⁰⁵. En effet, « la négociation

¹³⁰⁴ G. LYON-CAEN, « Critique de la négociation collective », *Dr. social* 1979, p. 350.

¹³⁰⁵ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », article précité, spéc. p. 443 ; V. G. BORENFREUND et M.-A. SOURIAU, « Les rapports entre la loi et la convention collective, une mise en perspective », *Dr. social* 2003, p. 72 ; C. NICOD, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 340, suppl. ; S. NADAL, « Égalité en droit du travail : quelques réflexions », in *Égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, coll. « Recherches », La Découverte, 2000, p. 223 ; M.-A. SOURIAU, « Pouvoir et convention collective », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, dir. J. PÉLISSIER, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 57 et p. 58 ; Comp. J.-M. BÉRAUD : « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 61 ; P. RÉMY, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, thèse, dir. A. LYON-CAEN, Paris X Nanterre, 1999, p. 440.

collective, dont le sens et la portée excèdent la simple défense d'intérêts [...] participe d'une régulation normative de l'ensemble des relations du travail »¹³⁰⁶.

Plus précisément, la négociation collective peut parfois impulser le pouvoir de l'employeur là où il n'aurait pas pu agir seul : elle est une extension, un accroissement du pouvoir et la modulation du temps de travail est un parfait exemple.

La technique de la modulation du temps de travail permet à l'employeur de mettre en place une nouvelle organisation du temps de travail, sans concerter les instances représentatives du personnel. Toutefois, s'il peut agir en toute autonomie, la modulation du temps de travail ne peut dépasser quatre semaines. Cet aménagement peut être organisé sur un an si un accord est signé. Dès lors, l'employeur trouve donc tout intérêt à convier les partenaires sociaux autour de la table des négociations.

Ainsi, l'articulation entre pouvoir de direction de l'employeur et négociation collective ne va-t-elle pas œuvrer dans le sens de la résistance du contrat de travail aux sources spéciales. En effet, dès lors que « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail »¹³⁰⁷, la résistance du contrat est considérablement affaiblie. Ainsi, l'articulation entre pouvoir de direction et négociation collective conduit-elle à la « redistribution des espaces du pouvoir et de l'accord collectif »¹³⁰⁸. Cette « redistribution » est également rencontrée au travers des accords de maintien de l'emploi qui permettent à l'employeur d'éviter la charge de la procédure d'un licenciement économique collectif en cas de refus du salarié de se voir appliquer l'accord.

Dès lors, la limite entre négociation collective et exercice du pouvoir de l'employeur devient parfois floue lorsqu'il s'agit de temps de travail. La négociation collective n'est donc plus obligatoirement ni un outil de protection du contrat de travail, ni un rempart à l'exercice du pouvoir de l'employeur qui ne trouve ses limites que dans la détermination de règles légales impératives¹³⁰⁹. La négociation collective se révèle, au fil du temps et des conjonctures économiques, être un outil objectif de productivité par sa capacité d'organisation du travail au niveau du groupe ou plus précisément au niveau de l'entreprise. Ni pro-employeur ni pro-

¹³⁰⁶ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », D. 1998, p. 359.

¹³⁰⁷ C. trav., art. L. 3122-6.

¹³⁰⁸ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », article précité.

¹³⁰⁹ Ch. MATHIEU, « Volonté du salarié et temps de travail », article précité.

salariés, elle tente d'équilibrer les rapports dans l'intérêt de l'entreprise au risque de contraindre le contrat de travail à quelques sacrifices.

B. La frontière entre temps de subordination et temps de repos

413. Le repos fait partie de la relation de travail. Il est une notion universelle, « Dieu lui-même se repose »¹³¹⁰. Tantôt associé au sommeil, tantôt utilisé comme temps de liberté, le repos est lié « au travail professionnel »¹³¹¹. La détermination du temps de travail et du temps de repos permet d'identifier les moments subordination qui offrent à l'employeur l'occasion d'exercer ses pouvoirs de direction et de sanction¹³¹².

Or, le repos, outre le fait qu'il soit la conséquence du travail, peut également avoir une vocation organisationnelle¹³¹³ : il fait partie de l'organisation de l'entreprise et plus précisément de l'organisation du temps de travail des salariés. L'organisation du temps de travail dépendant principalement de la volonté de l'employeur, les temps de repos le deviennent également.

En effet, dès lors qu'une modulation du temps de travail est instaurée dans l'entreprise, l'employeur détient une importante marge d'action sur les horaires de travail qu'il peut faire varier dans la limite du respect des droits fondamentaux.

414. La mise en place d'une modulation du temps de travail, qui donne la possibilité de produire des calendriers individualisés, permet à l'employeur d'organiser lui-même les temps de travail et les temps de repos du salarié. Dans ce contexte, le salarié devient donc susceptible de travailler sur des plages d'horaires inhabituelles et d'être en repos sur des créneaux horaires tout aussi inhabituels pour lui. En ce sens, « ces jours de repos, imposés dans le cadre d'une gestion de l'entreprise, restent soumis au régime des temps de repos »¹³¹⁴.

¹³¹⁰ Ph. WAQUET, « Le temps de repos », *Dr. social* 2000, p. 288.

¹³¹¹ Ph. WAQUET, « Le temps de repos », article précité.

¹³¹² G. BÉLIER, « Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination », *Dr. social* 1998, p. 530.

¹³¹³ Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », *RJS* 12/99, p. 819.

¹³¹⁴ Ph. WAQUET, « Le temps de repos », article précité.

Ce pouvoir temporaire de l'employeur conduit le salarié à une situation d'« astreinte molle, mais permanente »¹³¹⁵. Ainsi, le salarié se trouve-t-il contraint de rester à la disposition de l'employeur pendant toute la période de modulation, perdant l'autonomie qui doit régner entre vie personnelle et lien de subordination¹³¹⁶.

415. Le lien de subordination subit donc un bouleversement étant donné que ses contours ne sont plus temporellement délimités pendant la période de modulation du temps de travail. Dans cette situation, le temps « libre » n'en est plus vraiment et le lien de subordination ne cesse pas réellement en dehors des horaires de travail¹³¹⁷. Cette situation est en contradiction avec l'articulation normale entre temps de travail et lien de subordination puisque « le temps de travail est justement défini comme le temps subordonné »¹³¹⁸. Le lien de subordination perd donc son critère spatial et temporel. Alors que selon Paul-Henri MOUSSERON, « passer la porte de l'entreprise c'est pour le salarié changer de monde et endosser son lien de subordination »¹³¹⁹, la mise en place d'une modulation du temps de travail va atténuer « l'intensité du lien de subordination »¹³²⁰ pour le lisser tout au long de la durée de l'accord ou de la mesure mise en place par l'employeur.

416. L'exercice du pouvoir de direction et de gestion de l'employeur étant flottant, la résistance du contrat de travail présente des difficultés à se positionner. La modulation du temps de travail, en estompant les contours du lien de subordination, impose au contrat de travail une perte de résistance face aux sources du droit et particulièrement au pouvoir de direction de l'employeur.

¹³¹⁵ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 649, n° 622.

¹³¹⁶ Ph. WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié : du salarié au citoyen-salarié*, Liaisons, coll. « Droit vivant », septembre 2003, p. 127, « Le concept de vie personnelle a été conçu pour protéger le salarié et lui garantir une autonomie réelle face au lien de subordination ».

¹³¹⁷ E. DOCKÈS, « Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier », *Dr. social* 2012, p. 147.

¹³¹⁸ E. DOCKÈS, « Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier », article précité, spéc. p. 150 ; C. trav., Art. L. 3121-1 *Adde.* A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, L.G.D.J., 2006 ; « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps "à disposition" ? », *D.* 2006. Chron., p. 1711.

¹³¹⁹ P.-H. MOUSSERON, « le lieu de travail, territoire de l'entreprise », *Dr. social* 2007, p. 1110.

¹³²⁰ A. LEPAGE, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. social* 2006, p. 364, spéc. p. 373.

Conclusion du chapitre 1

La relative résistance dans l'aménagement du temps de travail

417. Le droit du temps de travail démontre que le phénomène de résistance du contrat de travail aux sources du droit est relatif : ni effacé, ni totalement effectif, il se présente comme étant en demi-teinte.

La perte de résistance du contrat de travail est dès lors justifiée par un argument principal : la demande toujours plus importante de flexibilité du temps de travail de la part des entreprises. En ce sens, le phénomène de résistance du contrat de travail, maintenu par des garanties légales et jurisprudentielles solides (force obligatoire et exécution de bonne foi du contrat, accord du salarié avant modification du champ chronométrique du contrat, etc.) est mis en balance face à des méthodes l'affectant sérieusement : supplétivité de la loi face à l'accord de branche, modulation du temps de travail ne constituant pas une modification du contrat de travail, etc.

Dès lors, la relative résistance du contrat de travail contenue par la loi et la source conventionnelle doit être perçue par les principaux acteurs de la relation de travail : le salarié et l'employeur. Alors que le salarié voit sa liberté contractuelle et son autonomie de la volonté parfois mises à mal, l'employeur trouve, quant à lui, des alliés de poids dans ses besoins de gestion du temps de travail : les partenaires sociaux.

La perte de résistance du contrat de travail face aux pouvoirs de l'employeur ne peut pas être considérée comme nécessairement néfaste. Encadrée et maîtrisée par le législateur, elle permet la continuité de l'articulation entre les sources du droit.

Chapitre 2. La relative résistance dans la rupture du contrat de travail

418. Grâce à la protection offerte par les dispositions du Code du travail, la rupture du contrat de travail n'entrave pas le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit. Ces dispositions sont notamment relatives à l'encadrement de la rupture, au formalisme strict propre à chaque mode de rupture du contrat, etc. Dès lors, il est possible d'affirmer qu'en dépit d'une situation de rupture, le contrat de travail peut bénéficier d'une résistance effective aux sources (Section 1).

Toutefois, le phénomène de résistance du contrat de travail n'est pas sans limites. Certaines hypothèses de rupture de la relation contractuelle constituent des limites à la résistance du contrat de travail. À titre d'exemple, les règles relatives à la période d'essai n'offrent pas des garanties optimales permettant au contrat de travail de résister au pouvoir de direction de l'employeur.

Aussi, cette perte de puissance de la résistance du contrat de travail est surtout significative depuis que l'employeur peut rompre le contrat lorsque le salarié refuse l'application d'un accord collectif relatif au maintien de l'emploi ou à la mobilité interne (Section 2).

Section 1. La résistance affirmée

419. La résistance du contrat de travail est effective¹³²¹, même au moment de sa rupture, que l'initiative provienne de l'employeur (§1) ou du salarié (§2). Le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit est alors un peu plus précisé : l'effectivité de phénomène de résistance du contrat de travail n'a pas nécessairement pour objectif de pérenniser le maintien de ce dernier.

§1. La résistance affirmée lors la rupture du contrat de travail par l'employeur

420. Lorsqu'il souhaite rompre la relation contractuelle qui le lie au salarié, l'employeur est tenu de respecter certaines obligations légales ou jurisprudentielles. Dès lors, l'employeur est soumis au respect tant d'exigences relatives à la procédure du contrat de travail (A), que de prohibitions légales (B).

A. Le respect de la procédure de licenciement

421. Avant 1973, la liberté de gestion de l'employeur permettait à ce dernier de ne pas indiquer le motif du licenciement dans la lettre de congé envoyée au salarié. Ainsi, en cas de litige, la responsabilité de l'employeur n'était-elle engagée que si le salarié rapportait la preuve d'un abus de droit caractérisé¹³²². Cette procédure, largement défavorable au salarié en raison de la quasi-impossibilité de rapporter la preuve de l'abus de l'employeur, a été remise en cause par la réforme du droit du licenciement du 13 juillet 1973¹³²³.

Dès lors, à compter de cette loi, le législateur a apporté des garanties au salarié contre un licenciement discrétionnaire, en renforçant le formalisme¹³²⁴ de la procédure de licenciement

¹³²¹ V° *effectif*, « qui se traduit par un effet, par des actes réels », *Le Robert illustré 2015*, éd. Le Robert, 2015.

¹³²² G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014, p. 463, n° 414.

¹³²³ Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 relative à la modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

¹³²⁴ V. M.-Cl. BONNETETE et G. LYON-CAEN, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. social* 1973, p. 493 ; P. RONGERE, « La réforme du droit de licenciement », *Économie et humanisme*, sept.-oct. 1973 ; J. PÉLISSIER, « La réforme du licenciement », Sirey, 1974.

et en modifiant les règles de preuve. Il a alors laissé au juge la responsabilité d'apprécier la régularité de la procédure suivie.

Ainsi, la procédure de licenciement que doit respecter l'employeur se déroule-t-elle en trois temps : d'abord la convocation à l'entretien préalable¹³²⁵, ensuite l'audition¹³²⁶ et enfin la notification du licenciement du salarié. Cette dernière doit être faite dans la lettre de licenciement qui doit énoncer le motif de licenciement¹³²⁷.

Dans ce contexte, la résistance du contrat de travail au pouvoir de gestion de l'employeur est due à la protection offerte par le législateur qui contraint l'employeur à respecter l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement¹³²⁸ (1) dont la charge de la preuve est partagée (2).

1. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse

422. Le droit du licenciement est un droit « causé »¹³²⁹. Dès lors, l'article L.1232-1 du Code du travail impose que tout licenciement pour motif personnel soit justifié par « une cause réelle » et « une cause sérieuse ». Aucun licenciement ne peut donc être discrétionnaire. La résistance du contrat de travail se manifeste donc par la limitation des causes de licenciement imposées à l'employeur.

D'une part, ni la loi, ni la jurisprudence ne définissent la « cause réelle » et la « cause sérieuse ». Aussi, alors que le contrat de travail ou la convention collective ne peuvent imposer une circonstance ou une définition de la cause réelle et sérieuse de licenciement¹³³⁰, « il n'est pas interdit aux cocontractants ou aux partenaires sociaux de préciser dans le contrat

¹³²⁵ C. trav., art. L. 1232-2 : « L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable. La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation. L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation ».

¹³²⁶ C. trav., art. L. 1232-2 à L. 1232-5 et L. 1232-11 à L. 1232-14.

¹³²⁷ C. trav., art. L. 1232-6, L. 1233-15, L. 1233-39. Le Code du travail impose une lettre recommandée. Toutefois, la jurisprudence accepte une lettre simple remise contre récépissé : V. Cass. soc., 15 décembre 1999, n° 97-44431, RJS 2000, n° 264.

¹³²⁸ C. trav., art. L. 1235-2 : « Si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ».

¹³²⁹ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 479, n° 429 ; V. A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Préface de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2005, p. 157, n° 175.

¹³³⁰ Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-42371, Bull. civ. V, n° 367 ; Cass. soc., 13 octobre 2004 n° 02-45285, Bull. civ. V, n° 256.

ou dans la convention collective que certaines situations ne constitueront pas une cause réelle et sérieuse de licenciement »¹³³¹. C'est donc à la lecture des débats parlementaires sur la loi du 13 juillet 1973 que la doctrine a défini et posé les critères de la « cause réelle » : elle doit être « objective »¹³³², « existante et exacte »¹³³³.

D'abord, le critère d'objectivité correspond à des manifestations extérieures vérifiables¹³³⁴. L'objectivité de la cause s'oppose donc à la subjectivité de la personne concernée. Ainsi, la perte de confiance¹³³⁵, une simple mésentente¹³³⁶, ou encore de simples soupçons¹³³⁷ n'ont-ils, en eux-mêmes, aucun caractère objectif justifiant une cause de licenciement. Ensuite, la cause existante signifie simplement que les faits invoqués doivent avoir existé¹³³⁸. Enfin, la cause exacte se différencie de la cause existante en ce qu'elle implique que le motif de licenciement est celui pour lequel le licenciement est prononcé, pas un autre. Pour cela, le juge va devoir rechercher si la cause alléguée est bien celle pour laquelle le licenciement est prononcé et qu'aucune autre cause illicite n'est dissimulée¹³³⁹.

D'autre part, la définition de la cause sérieuse a été posée par Georges GORSE, alors ministre du Travail lors des débats précédant le vote de la loi du 13 juillet 1973. Il précisa qu'« une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement »¹³⁴⁰.

Si la définition de la cause sérieuse peut ressembler à celle de la faute, elle s'en distingue par son absence de caractère fautif. La nuance se trouve également dans le fait que la cause sérieuse peut être indépendante de la volonté du salarié. Plus précisément, « en l'absence de

¹³³¹ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 481, n° 432 ; Cass. soc., 29 septembre 2009 n° 07-43441, RJS 2009 n° 907 ; Cass. soc., 25 octobre 2005 n° 02-45158 ; Dr. social 2006, p. 110, obs. J. SAVATIER.

¹³³² JO débats AN 30 mai 1973, p. 1619, col. 2.

¹³³³ Rapport Ass. Nat., n° 352, p. 46.

¹³³⁴ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 482, n° 435. Selon les auteurs, l'objectivité correspond à « des manifestations extérieures susceptibles de vérification. La cause est au contraire subjective lorsqu'elle ne se réfère à aucun fait précis, lorsqu'elle existe seulement dans l'esprit de l'employeur. Ainsi, la mésentente d'un salarié avec les autres membres du personnel est une cause objective lorsque l'employeur fait état de faits précis ayant opposé ce salarié aux autres travailleurs et ayant entravé le fonctionnement normal de l'entreprise. En revanche, la cause de licenciement n'est plus objective lorsque l'employeur invoque le mauvais caractère d'un salarié sans donner de précision sur les manifestations extérieures de ce mauvais caractère »

¹³³⁵ Cass. soc., 29 novembre 1990, *Fertray*, n° 87-40184, Bull. civ. V, n° 597, p. 359 ; D. 1991, p. 190, note J. PÉLISSIER ; note Fr. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », Dr. social 1992, p. 32 ; CSBP janvier 1991 n° 21 A 5 p. 11 ; RJS 1/91 n° 16 p. 15 ; Dr. ouvrier 1991, p. 66.

¹³³⁶ Cass. soc., 27 novembre 2001, n° 99-45163, Bull. civ. V, n° 360, D. 2002, IR 255.

¹³³⁷ Cass. soc., 25 juin 1991, n° 88-42737, Bull. civ. V, n° 324 ; Cass. soc., 10 octobre 1991, *Méchine c/ Olympia*, n° 90-41671 ; Cass. soc., 5 novembre 1991, *Sahagum c/ SARL Reverbel*, n° 90-41288 ; V. I. GALLOT, « Les causes de licenciement non disciplinaires », Dr. social 1992, p. 758.

¹³³⁸ A. CRISTAU, « Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture - Licenciement pour motif personnel : conditions) », Rep. Dr. du trav. 2004, n° 169.

¹³³⁹ Cass. soc., 23 octobre 1991, CSBP 1991, A. 63, p. 281 ; Cass. soc., 26 mai 1998, RJS 7/98 n° 840.

¹³⁴⁰ JO déb. AN 30 mai 1973, p. 1699, col. 2.

faute, le comportement du salarié ou les conséquences de sa situation personnelle, peuvent apporter un trouble au bon fonctionnement de l'entreprise et légitimer la rupture de son contrat »¹³⁴¹. Ainsi, la cause sérieuse est-elle celle qui entrave le bon fonctionnement de l'entreprise et qui ne laisse d'autre possibilité que le licenciement du salarié.

Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait une faute pour que la cause soit sérieuse, même si la faute du salarié est une cause sérieuse de licenciement. C'est ainsi qu'en 1976¹³⁴², la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu admettre qu'il existait une faute sérieuse, se situant dans l'échelle de gravité des fautes entre la faute légère et la faute grave.

423. La résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur est donc garantie par la protection légale qui gravite autour du licenciement pour motif personnel non disciplinaire. L'employeur, contraint par des conditions légales, ne peut procéder aux licenciements individuels de manière totalement discrétionnaire. Les garde-fous légaux étant les plus évidents, il est un outil de résistance moins manifeste : la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement.

2. La preuve de la cause réelle et sérieuse

424. Le thème de la charge de la preuve est régi par le Code civil, dans la portée générale de l'article 1315¹³⁴³. Dès lors, selon les termes de ce texte, c'est à celui qui émet une prétention de la justifier : la charge de la preuve incombe donc en principe au demandeur qui doit prouver le fait qu'il invoque lorsqu'il exerce une action en justice. Il s'agit de la traduction de l'adage « *Actori incumbit probatio, Reus in excipiendo fit actor* ». Toutefois, l'article 10 du Code civil précise que « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Dans le droit commun¹³⁴⁴, il y a donc une « répartition du fardeau probatoire »¹³⁴⁵ entre les parties, le juge et les tiers si nécessaire¹³⁴⁶.

¹³⁴¹ A. CRISTAU, « Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture - Licenciement pour motif personnel : conditions) », *op. cit.*, n° 173.

¹³⁴² Cass. soc. 10 juin 1976, n° 75-40272, Bull. civ. V, n° 358 ; Dr. social 1977, p. 21, note J. PÉLISSIER.

¹³⁴³ C. civ., art. 1315 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

¹³⁴⁴ R. PAUTRAT, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement », D. 1992, p. 332.

¹³⁴⁵ V. Fr. FAVENNEC-HÉRY, *La preuve en droit du travail*, thèse, dir. Ph. LANGLOIS, Paris X Nanterre, 1983.

En ce sens, dans l'établissement de la résistance du contrat de travail, le rôle du juge est primordial : il lui incombe d'établir l'effectivité de la cause réelle et sérieuse de licenciement¹³⁴⁷.

425. Dans l'hypothèse où les investigations du juge pour établir une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif personnel aboutissent à un doute, le doute profite au défendeur qui constitue la partie faible : il va profiter au salarié¹³⁴⁸.

La résistance du contrat de travail repose donc, dans cette hypothèse, sur le doute. Dès lors, le risque de la preuve¹³⁴⁹ pèse sur l'employeur qui doit s'efforcer de rapporter, de façon loyale¹³⁵⁰, la preuve de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

426. La résistance du contrat de travail repose donc sur le respect des exigences posées par le législateur et par l'office du juge en matière de preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement. L'employeur est donc soumis à l'obligation de fournir des éléments de preuves suffisants et satisfaisants, à défaut desquels le licenciement serait considéré comme invalide. La loi permet de procurer une résistance contraignante face aux pouvoirs de sanction de l'employeur. Cette contrainte se manifeste notamment par l'existence de certaines prohibitions quant aux possibilités de licenciement.

¹³⁴⁶ R. PAUTRAT, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement », article précité, p. 337.

¹³⁴⁷ C. trav., art. L. 1235-1, al. 3 : « le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, 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 ».

¹³⁴⁸ V. not., Cass. soc. 16 juin 1993, n° 91-45004 ; Cass. soc., 16 juin 1993, n° 91-45462, Bull. civ. V, n° 169 ; D. 1993, p. 174.

¹³⁴⁹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2016*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^e éd., 2015, p. 391, n° 577.

¹³⁵⁰ En matière de charge de la preuve, les procédés de preuve déloyaux sont interdits. V. notamment Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40852, Bull. civ. V, n° 65 ; Dr. social 2008, p. 611, obs. Chr. RADÉ sur l'interdiction d'envoyer de faux clients pour tester un salarié, ce même si ces faux clients sont envoyés par un huissier de justice ; V. aussi concernant la procédure sur requête de l'article 145 du Code de procédure civile Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17818, Bull. civ. V, n° 84 ; D. 2007, AJ 1590, obs. A. FABRE ; Sem. Social Lamy, n°1310, note J.-E. RAY ; JCP 2007. II. 10140, note L. WEILLER.

B. Le respect des prohibitions

427. La détermination des licenciements prohibés est délicate, car tous ne sont pas énumérés par la loi. Toutefois, le Code du travail prévoit certaines prohibitions qui permettent de donner l'esprit de la limitation faite à l'employeur (1) qui encoure des sanctions en cas de prononcé d'un licenciement prohibé (2).

1. Les prohibitions légales de licenciement

428. Le licenciement pour motif personnel est la manifestation la plus évidente des pouvoirs de direction et de sanction de l'employeur : le salarié ne donnant pas satisfaction ou commettant une faute dans le cadre de l'exécution de son travail peut être sanctionné par un licenciement pour motif personnel.

Toutefois, l'employeur ne dispose pas de toute latitude pour décider du licenciement d'un salarié. Le Code du travail dispose de différents textes prévoyant la prohibition de certains licenciements tels : le licenciement discriminatoire (article L.1132-1 C. trav.)¹³⁵¹, le licenciement du salarié exerçant normalement son droit de grève (article L.1132-2 C. trav.)¹³⁵² ou encore celui du salarié victime d'un harcèlement moral ou sexuel (article L.1153-2 et L.1153-3 C. trav.)¹³⁵³.

429. La prohibition légale de certains licenciements est donc une garantie de base de la résistance du contrat de travail aux pouvoirs de direction et de sanction de l'employeur. Toutefois, cette garantie peut également émaner d'une clause contractuelle ou d'une disposition conventionnelle qui assure le maintien du contrat de travail pendant une certaine

¹³⁵¹ V. Cass. soc. 29 juin 2011, n° 10-14067, Bull. civ. V, n° 166 ; D. 2011, p. 1908 ; Sur la mention des activités syndicales lors des entretiens d'évaluation, Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-16655, Bull. civ. V, n° 8 ; D. 2012, p. 291 ; Sur un changement d'affectation en raison de l'état de santé, Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71542, Bull. civ. V, n° 81 ; D. 2011, p. 1089 ; Sur le retard dans le déroulement de sa carrière par rapport à l'ensemble des salariés est qualifié de discriminatoire dès lors que le salarié invoque son appartenance ethnique : Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-19505, Bull. civ. V, n° 54 ; D. 2012, p. 559 ; constitue également une discrimination raciale le report de l'embauche d'un salarié en raison de son origine, Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-16926, Bull. civ. V, n° 17 ; D. 2012, p. 367.

¹³⁵² V. Cass. soc., 16 décembre 1992, n° 91-41215, Bull. civ. V, n° 592 ; GADT, 4e éd., n° 208 ; Dr. social 1993, p. 291, note J. SAVATIER ; D. 1993. Somm. p. 265, obs. E. DOCKÈS ; RJS 1993, p. 119, n° 174 ; CSB 1993, p. 37, A. 8.

¹³⁵³ V. Sur la Nullité du licenciement en cas d'inaptitude causée par des faits de harcèlement moral, Poitiers, ch. soc., 29 janvier 2008, n° 06/1707 ; RDT 2008, p. 605, obs. G. PIGNARRE ; Cass. soc., 26 janvier 2005, n° 02-47296, Bull. civ. V, n° 23, p. 19 ; RJS 4/05, n° 339 (salarié victime de violences morales et psychologiques de la part de son employeur) ; V. Cass. soc. 10 mars 2009, n° 07-44092, Bull. civ. V, n° 66 ; RDT 2009, p. 453, obs. P. ADAM ; V. J. PRALUS-DUPUY, « Le harcèlement sexuel », D. 1993, p. 53.

durée. Dans cette hypothèse, la résistance est directement contractuelle ou conventionnelle. Néanmoins, « de façon plus générale, l'ordre public et le respect des libertés fondamentales peuvent faire échec au droit de licencier. Il est interdit à l'employeur de violer l'ordre public et les libertés fondamentales des salariés en rompant unilatéralement le contrat de travail de travail »¹³⁵⁴. Dès lors, tout licenciement prononcé en raison d'un motif prohibé fait l'objet d'une sanction.

2. Les sanctions du licenciement prohibé

430. La principale sanction d'un licenciement prohibé est la nullité¹³⁵⁵ : un licenciement privé d'effets. Au départ posée par la jurisprudence¹³⁵⁶, cette sanction est directement prévue par le Code du travail¹³⁵⁷.

Aussi, dès 1988¹³⁵⁸, la Cour de cassation a admis que le licenciement prononcé en violation d'un droit constitutionnel devait être sanctionné par la nullité. La sanction de la nullité n'étant plus obligatoirement prévue par la loi, elle est prononcée dès lors que le licenciement porte atteinte à une liberté fondamentale¹³⁵⁹.

Toutefois, la sanction de la nullité du licenciement, bien que limitant le pouvoir de sanction de l'employeur, ne constitue pour autant pas une manifestation de la résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur : la résistance du contrat de travail se situerait davantage dans la réintégration qu'impose le juge suite au prononcé de la nullité du licenciement. Contrairement au prononcé d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse qui suppose l'accord des deux parties avant réintégration, la réintégration est imposée à l'employeur.

¹³⁵⁴ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 496, n° 447.

¹³⁵⁵ V. G. COUTURIER, « Petites histoires de nullités du licenciement », *Dr. social* 2011, p. 1218 ; V., not., *Cass. soc.* 16 juillet 1998, n° 95-45363, *Bull. civ. V*, n° 393, p. 298 ; *Cass. soc.* 21 mai 2008, n° 07-41380, *Bull. civ. V*, n° 109.

¹³⁵⁶ *Cass. civ.*, section sociale, 3 juin 1948, *Sté des entrepôts Raymondis c/ Pernot*, *Bull. civ. III*, n° 557 ; *D.* 1948, p. 51 ; *Dr. social* 1948, p. 98 ; *Droit ouvrier* 1948, p. 441.

¹³⁵⁷ *V. C. trav.*, L. 1132-4, L. 1134-4, L. 1144-3, L. 1152-3, L. 1153-4, L. 1225-5.

¹³⁵⁸ *Cass. soc.*, 28 avril 1988, n° 87-41804, *Bull. civ. V*, n° 257 ; *D.* 1988, p. 437, note WAGNER, *Dr. social* 1988, p. 429, concl. H. ECOUTIN, obs. G. COUTURIER ; G. LYON-CAEN, *Dr. ouvrier* 1987, p. 97 ; J.-M. VERDIER, *D.* 1988, *Chron.*, p. 63.

¹³⁵⁹ *Cass. soc.*, 13 mars 2001, n° 99-45735, *Bull. civ. V*, n° 87 ; *Dr. social* 2001, p. 1117, obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU ; *Cass. soc.*, 28 mai 2003, n° 02-40273, *Bull. civ. V*, n° 178 ; *Dr. social* 2003, p. 808 obs. Ph. WAQUET ; *D.* 2003, p. 2718, note F. GUIOMARD ; *D.* 2004, p. 176, obs. A. POUSSON ; *RTD civ.* 2003, p. 680, obs. J. HAUSER ; *Cass. soc.*, 31 mars 2004, n° 01-46960 et n° 01-46961 ; *Cass. soc.*, 28 mars 2006 n° 04-41016 ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*

Jusqu'en 1972, la nullité du licenciement était réparée sur le fondement de l'article 1142 du Code civil qui dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». La réintégration du salarié étant une obligation de faire, elle ne pouvait se traduire uniquement par une réparation en dommages-intérêts.

À partir de l'arrêt *Revet-Sol* rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 14 juin 1972¹³⁶⁰, la réparation de la nullité du licenciement peut être faite en nature par la réintégration du salarié « dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent »¹³⁶¹. La nature de cette réintégration a, par la suite, évolué en imposant à l'employeur la réintégration du salarié qui le demande sur « le poste qu'il occupait avant son licenciement »¹³⁶².

Dès lors, la réparation du préjudice subi peut être pécuniaire, en nature ou mixte. Ne souhaitant pas réintégrer l'entreprise, le salarié victime du préjudice peut choisir une réparation exclusivement par une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹³⁶³. *A contrario*, il peut choisir de réintégrer son emploi. Toutefois, si la réintégration ne suffit pas à réparer le préjudice subi par le salarié, la réintégration du salarié peut être complétée par une indemnité¹³⁶⁴.

431. La réintégration du salarié caractérise la résistance du contrat de travail, car « lorsqu'il demande sa réintégration dans l'entreprise, l'exécution de son contrat - qui est réputé n'avoir jamais été rompu - se poursuit »¹³⁶⁵. Intrinsèquement, la résistance est incluse dans le fait que, dès lors que le licenciement est jugé nul, le contrat de travail est réputé n'avoir jamais été rompu. De surcroît, lorsque le licenciement est prononcé en violation d'une valeur

¹³⁶⁰ Cass. soc., 14 juin 1972, n° 71-12508, Bull. civ. V, n° 425 ; GADT, 4^e éd., n° 148.

¹³⁶¹ Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-44811, Bull. civ. V, n° 152 ; GADT, 4^e éd., n° 104 ; RJS 2003, p. 557, avis J. DUPLAT, p. 557 ; Dr. social 2003, p. 827, note B. GAURIAU ; D. 2004, Somm. p. 178, obs. B. LARDY-PÉLISSIER.

¹³⁶¹ Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-42586, Bull. civ. V, n° 378 ; Sur la réintégration de la salariée enceinte, V. Cass. soc. 30 avril 2003, *Velmon c/ Association Groupe Promotrans*, n° 00-44811, Bull. civ. V, n° 152, p. 149 ; D. 2004, p. 178, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; Dr. social 2003, p. 827, obs. B. GAURIAU.

¹³⁶² Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-42586, Bull. civ. V, n° 378 ; Sur la réintégration de la salariée enceinte, V. Cass. soc. 30 avril 2003, *Velmon c/ Association Groupe Promotrans*, *op. cit.*

¹³⁶³ Cass. soc., 5 mai 1993, n° 92-40835, Bull. civ. V, n° 127 ; Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-42885, Bull. civ. V, n° 156 ; Cass. soc., 16 novembre 1999, n° 97-42069, Bull. civ. V, n° 440 ; Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-44373, Bull. civ. V, n° 134 ; Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41695, Bull. civ. V, n° 219 ; Cass. soc., 10 juillet 2001, n° 98-42808, Bull. civ. V, n° 260 ; Cass. soc., 5 février 2002, n° 99-45861, Bull. civ. V, n° 53 ; Cass. soc., 22 mai 2002, n° 00-42213, Bull. civ. V, n° 175.

¹³⁶⁴ Cass. soc., 3 juillet 2003, n° 01-44522, n° 01-44717 et n° 01-44718, Bull. civ. V, n° 214, D. 2004, Somm. p. 180, obs. B. REYNES ; JCP E 2004, p. 563, obs. J.-Fr. CESARO, «le salarié [...] a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé ».

¹³⁶⁵ O. LECLERC, « La réintégration du salarié gréviste à la suite d'un licenciement nul : quelle indemnisation ? », note sous Cass. soc., 2 février 2006, pourvoi n° 03-47481, RDT 2006, p. 42.

constitutionnelle (tel le droit de grève), l'employeur doit, en raison de la continuité du contrat de travail, assumer rétroactivement les charges de salaires pendant la période entre le licenciement et la réintégration du salarié. Cette obligation pèse sur l'employeur, peu importe que le salarié ait reçu ou non dans l'intervalle un revenu de remplacement¹³⁶⁶.

432. L'opportunité d'une résistance du contrat de travail aux pouvoirs de l'employeur n'est effective que lorsque l'employeur outrepassé son pouvoir de sanction : lorsqu'il licencie un salarié pour un motif prohibé, ce qui conduit à un licenciement nul. La résistance est alors « incarnée » dans la réintégration du salarié suite au prononcé de la nullité du licenciement qui constitue une violation d'un droit fondamental du salarié.

§2. La résistance affirmée lors de la rupture du contrat de travail par le salarié

433. L'initiative de la rupture du contrat de travail ne vient pas nécessairement de l'employeur. Le salarié peut également manifester sa volonté de rompre la relation de travail. Dès lors, selon les circonstances, le salarié dispose de trois possibilités : la rupture conventionnelle, la prise d'acte et la démission. Néanmoins, parmi ces trois modes de rupture du contrat de travail, uniquement deux permettent l'articulation avec les sources du droit : seules la rupture conventionnelle (A) et la prise d'acte (B) permettant la démonstration de la résistance du contrat de travail aux autres sources.

¹³⁶⁶ Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47481, Bull. civ. V, n° 53, « les salariés, dont les contrats de travail n'avaient pas été rompus et dont les licenciements étaient nuls, avaient droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'ils auraient dû percevoir entre leur éviction de l'entreprise et leur réintégration, peu important qu'ils aient ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période ».

A. Résistance et rupture conventionnelle du contrat de travail

434. La rupture conventionnelle permet l'articulation du contrat de travail avec le pouvoir de gestion de l'employeur. Ses multiples cas recours permettent d'affirmer qu'en la matière, « tout est possible ou presque »¹³⁶⁷. La question de la résistance du contrat de travail va donc se manifester au niveau de l'autonomie de la volonté des parties d'accepter de recourir à ce mode de rupture (1) et notamment lors d'un licenciement pour motif économique (2).

1. Résistance et autonomie de la volonté du salarié

435. Issue de la loi portant rénovation de la démocratie sociale du 20 août 2008¹³⁶⁸, la rupture conventionnelle est un mode de rupture « à la fois inédit et classique »¹³⁶⁹ qui vise à « sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie (...) sans remettre en cause les modalités de rupture existantes du contrat à durée indéterminée, ni porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise »¹³⁷⁰.

Dès lors, son objectif, manifesté tant par les partenaires sociaux¹³⁷¹ que par le législateur¹³⁷² est de « garantir la liberté de consentement des parties »¹³⁷³.

¹³⁶⁷ Fr. CHAMPEAUX, « La rupture conventionnelle élude des dispositions d'ordre public sur les AT/MP », *Sem. soc.* Lamy 2014, n° 1647, p. 12.

¹³⁶⁸ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹³⁶⁹ R. DALMASSO, « La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle », *in La volonté du salarié, op. cit.*, p.221, spéc. p. 221 ; V. J.-E. RAY, « Résiliation : succès statistique, doute judiciaire », *Liaisons soc.* févr. 2012, p. 50. L'auteur décrit bien la coexistence entre la « nouvelle » rupture conventionnelle homologuée, et la résiliation classique issue de l'art. 1134 du C. civ.

¹³⁷⁰ Pour une réflexion générale autour de la rupture conventionnelle, V. D. BOULMIER, « Brèves réflexions sur les contextes de la rupture conventionnelle », *JCP S* 2013, act. 53 ; Gr. LOISEAU, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : regards sur le contentieux quatre ans après sa mise en place », *RJS* 2012, p.249 ; J.-Fr. CESARO, « La résiliation conventionnelle des contrats de travail », *Dr. social* 2011, p. 640 ; G. COUTURIER, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. social* 2008, p. 923 ; J. PÉLISSIER, « Modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 2008, p.679. Adde, Fr. GÉA, « Rompre. Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat », *in La volonté du salarié*, dir. T. SACHS, Dalloz, 2012, p. 133 ; T. SACHS, « La volonté du salarié en actes », *ibid.*, p. 47 ; S. CHASSAGNARD PINET, P.-Y. VERKINDT, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP S* 2008, p. 1365 ; A. FABRE, « Rupture conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi », *RDT* 2010 p. 369 ; P. LAGESSE ET N. BOUFFIER, « Les frontières de la rupture conventionnelle », *Droit Social* 2012, p. 14 ; Y. LEROY, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *RJS* 2012 p. 249 ; G. LOISEAU, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. social* 2010, p. 297 ; J. PÉLISSIER, « La modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 2008, p.679 ; Chr. RADÉ, « L'autonomie du droit du licenciement », *Dr. social* 2000, p.178.

¹³⁷¹ ANI 11 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail, art. 12.

¹³⁷² C. trav., art. L. 1237-11.

436. Cette liberté du consentement devient, par plusieurs éléments, la clé de l'articulation entre le contrat de travail et le pouvoir de direction de l'employeur. D'une part, la proposition de rupture du contrat de travail peut émaner tant du salarié que de l'employeur. La résistance du contrat de travail est double : elle se manifeste par la volonté du salarié qui est une « irruption de la volonté libre dans une relation subordonnée »,¹³⁷⁴ mais également par le consentement du salarié à la proposition de rupture formulée par l'employeur¹³⁷⁵.

D'autre part, la protection du consentement (et donc de la résistance du contrat de travail) est assurée par le formalisme que requiert la rupture conventionnelle¹³⁷⁶ : le formalisme type qui assure une égalité entre les parties,¹³⁷⁷ l'information que se doivent mutuellement les parties¹³⁷⁸ et la procédure qu'elles doivent respecter (la négociation, la faculté de rétractation et l'homologation)¹³⁷⁹.

437. Autonomie de la volonté et consentement des parties contractantes sont alors liés dans l'étude de la résistance du contrat de travail, en cas de rupture conventionnelle. En effet, la protection offerte par le formalisme prévu par le législateur répond aux problèmes que soulève l'autonomie de la volonté du salarié, notamment en cas de litige entre employeur et salarié.

Ainsi, en décidant que « si l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail, la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties »¹³⁸⁰, la Cour de cassation renforce-t-elle la résistance du contrat de travail et *a fortiori* celle du salarié qui veut initier la rupture du

¹³⁷³ P. LOKIEC, « Garantir la liberté du consentement contractuel », Dr. social 2009, p. 127.

¹³⁷⁴ E. SERVERIN, « La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », RDT 2012, p. 110.

¹³⁷⁵ C. trav., art. L. 1237-11 al.2 : « La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties ».

¹³⁷⁶ Sur la renaissance du formalisme, v. X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G 1999, I, 170 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in Études Ripert, 1950, t. I, p. 95.

¹³⁷⁷ Formulaire réglementaire fixé par l'arrêté du 18 juillet 2008 fixant les modèles de demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat à durée indéterminée.

¹³⁷⁸ V. Art. 50, projet Chancellerie à propos de la réforme du droit des obligations, « celui des contractants qui connaît ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant. Sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ».

¹³⁷⁹ P. LOKIEC, « Garantir la liberté du consentement contractuel », article précité.

¹³⁸⁰ Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13865 ; Sem. soc. Lamy 2013, n° 1586, p. 11 ; RDT 2013 p. 480, obs. G. AUZÉRO ; V., dans le même sens, Cass. soc. 26 juin 2013, n° 12-15208, Bull. civ. V, n° 167.

contrat de travail. En ce sens, elle répond à la question de l'articulation entre autonomie de la volonté, consentement libre et éclairé du salarié¹³⁸¹ et rupture conventionnelle dans un contexte conflictuel¹³⁸².

438. Il semblerait donc que ce soit grâce à l'encadrement légal et jurisprudentiel de la rupture conventionnelle que ses cas de recours soient si élargis et diversifiés¹³⁸³. Or, la diversité de ces cas de recours, combinée avec la réhabilitation de l'autonomie de la volonté du salarié, peut parfois faire prévaloir la convention sur le statut¹³⁸⁴. Dès lors, la jurisprudence semble enseigner que seules les hypothèses de la fraude, du vice du consentement ou des discriminations posées à l'article L.1132-1 du Code du travail peuvent être des causes de nullité de la convention conclue. L'autonomie de la volonté et le consentement du salarié ne deviennent donc des outils de résistance du contrat de travail aux sources du droit uniquement lorsque la convention n'est contraire ni aux dispositions légales qui s'y rapportent, ni aux dispositions légales qui pourraient entraîner la nullité de la convention conclue.

Ainsi, cette autonomie soutenue par la loi va-t-elle permettre au salarié de réguler lui-même la validité de la convention. Cette régulation pouvant se manifester par la possibilité pour le salarié d'exiger, indépendamment de toute demande d'annulation, le respect par l'employeur de l'article L. 1237-13 du Code du travail relatif au montant minimal de l'indemnité spécifique d'une telle rupture¹³⁸⁵.

¹³⁸¹ Gr. LOISEAU, « Rupture du troisième type : La rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. social 2010, p. 297, en présence d'un vice affectant la validité de la convention de rupture – vice du consentement, harcèlement, discrimination - la sanction devrait être celle de la nullité de la convention débouchant sur un retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire au rétablissement du contrat » ; Comp. cep. CA Paris, 30 avril 2009, *JCP* éd. S 2009, 1548, obs. A. SIRI, qui, après avoir retenu la nullité pour violence d'un accord de rupture amiable, requalifie la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

¹³⁸² E. SERVERIN, « La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », article précité, spéc. p. 114: « il nous semble inapproprié, juridiquement et empiriquement, de vouloir exclure la possibilité d'une rupture conventionnelle en présence d'un litige. Après tout, un salarié bien informé peut préférer la voie d'une telle rupture, qu'il négociera d'autant mieux que les motifs de licenciement de l'employeur ne pourraient être retenus comme réels et sérieux ».

¹³⁸³ Sur la possibilité pour les parties au contrat de travail de convenir d'une rupture conventionnelle même pendant une période de suspension du contrat consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle : Cass. soc., 30 septembre, 2014, n° 13-16297, D. 2014, p. 2002 ; *ibid.* 2015, p. 104, chron. E. WURTZ, F. DUCLOZ, S. MARIETTE, N. SABOTIER et Ph. FLORÈS ; *ibid.* p. 829, obs. J. PORTA et P. LOKIEC ; RDT 2014, p. 684, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; JCP S 2014, p. 1436, note Gr. LOISEAU ; JCP 2014, p. 1077, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN. Sur le recours par une salariée en période de protection liée à la grossesse ou à la maternité : Cass. soc., 25 mars 2015, n° 14-10149, D. 2015, p. 808.

¹³⁸⁴ *Contra*. G. COUTURIER, « Les ruptures conventionnelles, ruptures paisibles ? », RDT 2009, p. 205.

¹³⁸⁵ Cass. soc., 10 décembre 2014, *M^{me} X. c/ Société Aloha glacier*, n° 13-22134; D. 2015, p. 19 ; Dr. social 2015, p. 282, obs. J. MOULY.

2. Rupture conventionnelle et licenciement pour motif économique

439. Très encadré, le recours à la rupture conventionnelle, en cas de licenciement pour motif économique, est délicat.

D'une part, l'article L.1233-3 alinéa 2 du Code du travail¹³⁸⁶ relatif au licenciement pour motif économique exclut la rupture conventionnelle des dispositions concernant le licenciement pour motif économique.

D'autre part, l'article L.1237-16¹³⁸⁷ du Code du travail restreint le champ d'application de la rupture conventionnelle : les ruptures conventionnelles ne peuvent être appliquées ni aux ruptures du contrat de travail résultant des accords collectifs de Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences ni à celles résultant des Plans de Sauvegarde de l'Emploi.

Les ruptures conventionnelles ne sont donc pas interdites en période de licenciement pour motif économique. Seulement, elles ne peuvent être prévues au sein d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi.

440. L'encadrement de la rupture conventionnelle, en cas difficultés économiques, tend à éviter tant « une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales »¹³⁸⁸ que le contournement des règles du licenciement pour motif économique¹³⁸⁹.

Dans cet esprit de protection de l'intérêt du salarié, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu se prononcer à plusieurs reprises, notamment dans son arrêt *Norbert Dentressangle* du 9 mars 2011 aux termes duquel « lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la

¹³⁸⁶ C. trav., art. L. 1233-3 al.2 : « Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa ».

¹³⁸⁷ C. trav., art. L.1237-16 : « La présente section n'est pas applicable aux ruptures de contrats de travail résultant :

1° Des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans les conditions définies par l'article L. 2242-15 ;

2° Des plans de sauvegarde de l'emploi dans les conditions définies par l'article L. 1233-61. »

¹³⁸⁸ Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008.

¹³⁸⁹ Instruction DGT n° 02, 23 mars 2010 ; V. A. FABRE, « Ruptures conventionnelles et suppressions d'emploi pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi ? », article précité.

procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi »¹³⁹⁰.

Suite à cette décision, la Cour de cassation a précisé sa position en décidant que seules les ruptures conventionnelles qui ont entraîné une rupture effective du contrat de travail doivent être prises en compte dans le calcul, ce qui exclut les conventions qui n'ont pas été exécutées par suite d'un refus d'homologation¹³⁹¹. Dès lors, l'objectif est la protection du salarié. En effet, « la méthode est apparemment efficace : pour éviter que des salariés soient privés des garanties attachées à la procédure de licenciement économique collectif du fait du recours à des ruptures conventionnelles, quel meilleur traitement que de les y intégrer en les comptant parmi les ruptures pour cause économique auxquelles cette procédure doit s'appliquer »¹³⁹².

441. L'articulation entre le contrat de travail et la rupture conventionnelle en cas de licenciement pour motif économique permet au salarié d'opérer des choix selon ses intérêts et sa volonté. En effet, le licenciement économique peut être plus avantageux que de conclure une rupture conventionnelle, notamment s'il remplit les conditions pour bénéficier d'un contrat de sécurisation professionnelle (CSP). La problématique de la résistance du contrat de travail ne se pose donc pas en termes de survie du contrat de travail, mais en termes de garanties pour le salarié. Ces garanties liées à la rupture du contrat de travail sont notamment liées à l'information préalable du salarié par l'employeur, afin qu'il puisse faire un choix entre licenciement pour motif économique et rupture conventionnelle, en toute connaissance de cause. La résistance du contrat de travail est donc caractérisée par les garanties dont il dispose en cas de rupture du contrat.

¹³⁹⁰ Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11581, Bull. civ. V, n° 70 ; RJS 2011, p. 347, note G. COUTURIER ; JCP S 2011 1200, note Fr. FAVENNEC-HÉRY ; RDT 2011, p. 226, rapp. J.-M. BÉRAUD ; RDT 2011, p. 244, note Fr. GÉA ; Sem. soc. LAMY 2011, n° 1484, p. 7, note J. PÉLISSIER ; JSL 2011, n° 298, p. 8, note M. HAUTEFORT.

¹³⁹¹ Cass. soc., 29 octobre 2013, n° 12-15382, D. 2013, p. 2584 ; RDT 2013, p. 764, obs. Y. LEROY.

¹³⁹² Gr. LOISEAU, « Les ruptures conventionnelles pour motif économique », Dr. social 2011, p. 681.

B. Résistance et prise d'acte de la rupture du contrat de travail

442. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail est certainement l'affirmation la plus probante du phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit. Dans cette procédure nécessairement judiciaire, le salarié se situe dans une démarche active. Il ne subit pas la pression, l'injustice ou l'illégalité que lui fait subir son employeur, il la dénonce en entreprenant une rupture du contrat de travail visant à établir un ou des manquement(s) suffisamment grave(s) de l'employeur « empêchant la poursuite du contrat de travail »¹³⁹³ (1). Si elle est établie, la résistance du contrat de travail prend tout son sens et se matérialise notamment dans les effets produits par la prise d'acte de la rupture du contrat de travail (2).

1. La résistance dans la définition de la prise d'acte du contrat de travail

443. Par deux arrêts rendus le 25 juin 2003, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu décider 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 »¹³⁹⁴. Se distinguant de la démission¹³⁹⁵, la prise d'acte¹³⁹⁶ est caractérisée « lorsqu'un salarié démissionne en raison de faits qu'il reproche à son employeur »¹³⁹⁷.

¹³⁹³ Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-23634, 12-21372 et 12-35040 ; Fr. GÉA, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence? », *Sem. sociale Lamy* 2014, n° 1625, p. 10 ; A. FABRE, « Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture? », *Sem. sociale Lamy* 2014, n° 1640, p. 6 ; F. DUMONT, « Réflexions sur la construction jurisprudentielle de la prise d'acte », *RJS* 2014. 898 ; G. AUZERO, *Lexbase hebdo*, éd. soc., 17 avril 2014 ; A. BARÈGE, *JCP S* 2014. 1268 ; J. MOULY, « La prise d'acte : un mode de rupture à préserver », *Dr. social* 2014, p. 821.

¹³⁹⁴ Cass. soc., 25 juin 2003, *Technoram*, n° 01-43578, *Bull. civ. V*, n° 203 et 209 ; GADT, 4^e éd., n° 86 ; D. 2003. Jur. 2396, note J. PÉLISSIER ; *Dr. social* 2003, p. 824, note G. COUTURIER.

¹³⁹⁵ G. AUZERO, « L'articulation de la démission et de la prise d'acte », *RDT* 2007, p. 452.

¹³⁹⁶ Fr. GÉA, « La prise d'acte de la rupture », *RJS* 2010, p. 559 ; Fr. GÉA, « Rompre. Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat » in *La volonté du salarié*, dir. T. SACHS, Dalloz, 2012, p. 133 ; H. GOSSELIN et Fr. GÉA, « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », *RDT* 2009, p. 688 ; J.-Y. FROUIN, « Rupture du contrat de travail, prise d'acte par l'employeur ou le salarié », *RJS* 2003, p. 647 ; J.-Y. FROUIN, « Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié », *RDT* 2007, p. 150 ; P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER et autres, « Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié », *RDT* 2006, p. 196 ; J. PÉLISSIER, « La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié », *D.* 2003, p. 2396.

¹³⁹⁷ Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-45031, *Bull. civ. V*, n°109.

Ce mode de rupture, intenté en raison de la faute commise par l'employeur, peut être fondé « autour du manquement contractuel »¹³⁹⁸ qui peut résulter du non-paiement des salaires¹³⁹⁹, de la modification unilatérale du contrat de travail¹⁴⁰⁰, ou encore d'un manquement à l'obligation de sécurité¹⁴⁰¹.

Or, sur ce dernier exemple, la Chambre sociale de la Cour de cassation a marqué une évolution dans sa qualification de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié. En effet, une salariée victime de harcèlement morale et sexuel de la part de son chef d'équipe a demandé la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail, alors que l'employeur a licencié, dès qu'il fut averti des faits, le salarié harceleur. Alors que selon la Cour d'Appel, aucun manquement à son obligation de sécurité ne pouvait être reproché à l'employeur qui avait, immédiatement pris les mesures nécessaires à la protection de la salariée en licenciant le harceleur, la Chambre sociale de la Cour de cassation adopta une autre solution.

Au visa des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, la Cour de cassation a rappelé 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 d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures pour faire cesser ces agissements»¹⁴⁰².

Cette décision permet de constater que si la prise d'acte est certainement la manifestation la plus convaincante de la résistance du contrat de travail au pouvoir de direction de l'employeur. Toutefois, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation tend à faire « disparaître toute légitimité de plein droit de la prise d'acte par le salarié »¹⁴⁰³, notamment en matière de harcèlement et plus particulièrement d'obligation de sécurité de la part de l'employeur.

En effet, alors que par le passé la Cour de cassation avait établi « des “présomptions” de manquements suffisamment graves de la part de l'employeur, justifiant “en eux-mêmes” la

¹³⁹⁸ Cass. soc., 4 novembre 2003, n° 01-44884.

¹³⁹⁹ Cass. soc., 24 avril 2003, n° 00-45404.

¹⁴⁰⁰ Cass. soc., 1^{er} octobre 2003, n° 01-43008.

¹⁴⁰¹ Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-18603, D. 2015, p. 688 ; Dr. social 2015, p. 384, étude J. MOULY ; RJS 5/2015, n° 300 ; Lexbase hebdo, éd. soc., 2015, n° 606.

¹⁴⁰² Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-18603, *op. cit.*

¹⁴⁰³ J. MOULY, « La nouvelle jurisprudence sur la prise d'acte à l'épreuve du harcèlement moral ou sexuel », Dr. social 2015, p. 384.

prise d'acte de la rupture par le salarié»¹⁴⁰⁴, il semblerait que la démarche de la prise d'acte s'apparente de moins en moins à un « droit à » automatique du salarié qui soulèverait la faute de l'employeur en matière d'obligation de sécurité¹⁴⁰⁵.

444. La possibilité donnée au salarié de rompre le contrat de travail à cause d'une faute de l'employeur outrepassé le phénomène même de résistance. Le salarié, refusant de se résigner à démissionner, peut se positionner dans une démarche qui s'apparenterait à un licenciement pour motif personnel inversé¹⁴⁰⁶. Dans cette hypothèse, le contrat de travail renverse la situation commune du licenciement pour motif personnel afin de mettre l'employeur face à ses fautes et ses responsabilités d'une part, et d'autre part afin de faire produire à cette rupture des effets propres qui n'auraient pas été envisageables en cas de démission.

¹⁴⁰⁴ J. MOULY, « La nouvelle jurisprudence sur la prise d'acte à l'épreuve du harcèlement moral ou sexuel », article précité ; V. not. Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44412, Bull. civ. V, n° 219 ; D. 2005, p. 2565, obs. E. CHEVRIER, note A. BUGADA ; D. 2006. 29, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL, Université Lumière Lyon 2 ; Dr. social 2005, p. 971, note J. SAVATIER ; Cass. soc., 14 octobre 2009, n° 08-42878, Bull. civ. V, n° 221 ; D. 2009, p. 2556 ; D. 2010, p. 672, obs. O. LECLERC, E. PESKINE, J. PORTA, L. CAMAJI, A. FABRE, I. ODOUL ASOREY, T. PASQUIER et G. BORENFREUND ; RDT 2009, p. 712, obs. J. PÉLISSIER ; D. 2010, p. 30, obs. M. VERICEL.

¹⁴⁰⁵ Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-23634, Bull. civ. V, n° 85 ; D. 2014, p. 830 ; D. 2014, p. 1115, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. social 2014, p. 397, tribune J.-E. RAY ; Dr. social 2014, p. 821, étude J. MOULY ; F. DUMONT, « Réflexions sur la construction jurisprudentielle de la prise d'acte », RJS 2014, p. 898 ; Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-35040, Bull. civ. V, n° 87 ; D. 2014, p. 830 ; RDT 2014, p. 544, obs. L. BENTO DE CARVALHO.

¹⁴⁰⁶ V. J.-E. RAY, « Une relégitimation nécessaire de la (vraie) prise d'acte », Dr. social 2014, p. 397.

2. Les effets de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail

445. Le premier effet de la prise d'acte est la rupture du contrat de travail¹⁴⁰⁷. Sans délai et quels que soient les événements postérieurs, dès que le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail, la relation contractuelle cesse¹⁴⁰⁸.

Dès lors, la prise d'acte peut, selon les circonstances, produire « 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 »¹⁴⁰⁹.

En effet, contrairement au licenciement, à la démission ou encore à la rupture conventionnelle, la rupture du contrat de travail par prise d'acte est une procédure obligatoirement judiciaire. Il revient donc au juge de qualifier la rupture, en fonction des éléments de fait et de preuve qui lui seront fournis par le salarié.

Ainsi, dans l'hypothèse où le juge convient de « manquements suffisamment graves pour caractériser une rupture imputable à l'employeur »¹⁴¹⁰, la prise d'acte sera requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le salarié percevra donc ensuite des indemnités : indemnités de préavis¹⁴¹¹ et indemnisation spéciale du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans l'hypothèse contraire, la prise d'acte sera requalifiée en démission¹⁴¹² et le salarié peut être contraint de verser à l'employeur une indemnité compensatrice de préavis¹⁴¹³.

446. La rupture du contrat de travail ne signifie pas que ce dernier subit la seule influence des sources du droit. Que la rupture soit à l'initiative de l'employeur ou du salarié, la loi et la jurisprudence apportent des garanties au contrat de travail qui lui permettent d'affirmer l'existence d'une résistance du contrat de travail aux sources. Toutefois, cette résistance est encadrée, démontrant ainsi la présence de limites à cette résistance.

¹⁴⁰⁷ L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Prise d'acte et résiliation judiciaire », *Dr. social* 2012, p. 29.

¹⁴⁰⁸ Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-14218, *Bull. civ. V*, n° 28.

¹⁴⁰⁹ Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-44883, *Bull. civ. V*, n° 249.

¹⁴¹⁰ Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 03-45018, *Bull. civ. V*, n° 12 ; J.-Y. FROUIN, *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1119.

¹⁴¹¹ Cass. soc., 2 juin 2010, n° 09-40215, *Bull. civ. V*, n° 128.

¹⁴¹² Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-44754, *Bull. civ. V*, n° 219.

¹⁴¹³ Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-43208, *Bull. civ. V*, n° 141.

Section 2. La résistance encadrée

447. Le contexte de la rupture de la relation de travail rend la résistance du contrat de travail limitée. En effet, la loi prévoit elle-même les limites de la résistance du contrat de travail aux autres sources du droit. Par exemple, en matière de période d'essai (§1), d'accords de maintien de l'emploi ou de mobilité interne (§2), la perte de puissance de la résistance du contrat de travail semble évidente.

§1. L'encadrement de la résistance face à la période d'essai

448. L'encadrement de la période d'essai tient une large place au sein du Code du travail¹⁴¹⁴ qui prévoit sa définition, ses durées maximales, la possibilité de la renouveler. Ainsi, en prévoyant son encadrement et en imposant sa contractualisation (A), le législateur offre-t-il au contrat de travail un minimum de possibilités de résistance aux potentielles dérives de l'employeur. Néanmoins, cette résistance connaît un certain affaiblissement, dès lors que sa rupture est envisagée (B).

A. La résistance supposée

449. Pour être valable, la période d'essai doit être obligatoirement contractualisée. Dès lors, cette contractualisation permet de limiter les pouvoirs de l'employeur au profit de la résistance du contrat de travail (1). Toutefois, au-delà d'une légitimité due à son intégration au contrat de travail, la période d'essai est protégée (2).

¹⁴¹⁴ C. trav., section 4, « Période d'essai ».

1. La résistance légitimée

450. La période d'essai n'est pas un avant contrat¹⁴¹⁵. Au départ définie par la jurisprudence comme l'appréciation de « la valeur professionnelle du salarié »¹⁴¹⁶, l'article L.1221-20 du Code du travail a ensuite précisé que « la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent ». Ainsi, avant de s'engager de façon définitive et d'être soumis aux règles particulières de la rupture du contrat de travail, l'employeur peut-il décider d'insérer au contrat une clause d'essai, afin de s'assurer « de la fiabilité des procédures de recrutement »¹⁴¹⁷.

Dès lors, la résistance du contrat de travail au pouvoir de direction de l'employeur est sous-entendue à l'article L.1221-23 du Code du travail qui dispose que « la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail »¹⁴¹⁸.

La résistance du contrat de travail est donc bien contractuelle : dans la mesure où la période d'essai n'est pas d'application générale (contrairement à certains pays européens¹⁴¹⁹), l'employeur et le salarié ne peuvent s'en prévaloir si elle n'est pas inscrite au contrat de travail¹⁴²⁰. La résistance du contrat de travail au moyen d'une clause de période d'essai n'est autre que le fruit de la force obligatoire du contrat.

¹⁴¹⁵ Cass. soc., 5 mars 1975, *Petrelluzzi*, n° 73-40552, Bull. civ. V, n° 112 ; GADT 4^e éd., Dalloz, n° 43.

¹⁴¹⁶ Cass. soc., 20 novembre 2007, n° 06-41212, Bull. civ. V, n° 194 ; D. 2008. Jur. 196, note J. MOULY ; *ibid.* Pan. 442, obs. E. PESKINE ; RDT 2008, p. 29, obs. J. PÉLISSIER ; RDT 2008, p. 519, obs. A.-C. CREPELET.

¹⁴¹⁷ D. NOGUERO, « Le devenir de la période d'essai », Dr. social 2002, p. 592.

¹⁴¹⁸ Cass. soc., 19 février 1997, n° 93-44053, Bull. civ. V, n° 69 ; RJS 4/1997, n° 368 ; Cass. soc., 6 juin 2001, n° 99-43929, RJS 8-9/2001, n° 981 ; Cass. soc., 3 juillet 2001, n° 99-42363 ; Dr. social 2001, p. 1020, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; Cass. soc., 20 avril 2005, n° 03-41721 ; Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-44347, RJS 10/2005, n° 943 ; Contra jurisprudence antérieure à la loi du 25 juin 2008 : Cass. soc., 13 mars 1990, RJS 5/ 90, n° 346 ; Cass. soc., 22 juin 1994, RJS 8- 9/ 94, n° 962 ; Cass. soc., 1er février 2000, RJS mars 2000, n° 246 ; Cass. soc., 18 juillet 2001, RJS 11/ 01, n° 1244 ; Cass. soc., 7 mars 2000, RJS avril 2000, n° 369 ; Cass. soc., 25 mars 1998, RJS 5/ 1998, n° 561 ; Cass. soc., 23 avril 1997, *Société Briand c./ Giroux*, n° 94-42525, Bull. civ. V, n° 143, p. 104 ; RJS 6/ 97, n° 648 ; Dr. social 1997, p. 641 ; Cass. soc., 29 mars 1995, RJS 5/ 95, n° 538 ; Bull. civ. V, n° 112.

¹⁴¹⁹ Par exemple, le droit allemand impose une période d'essai de six mois.

¹⁴²⁰ Faute d'avoir signé le document contractuel stipulant la période d'essai, le salarié concerné ne saurait se voir imposer l'exécution de la période d'essai qu'il stipule, de sorte qu'il pourrait se prévaloir d'un engagement définitif (V. en ce sens, Cass. soc., 13 décembre 2000, n° 98-44464, RJS 3/2001, n° 278, affirmant que, dans la mesure où l'engagement du salarié à l'essai ne se présume pas, la simple remise au salarié d'une lettre d'embauche prévoyant une période d'essai ne suffit pas, lorsque celle-ci n'est pas signée par lui, à caractériser l'accord des parties sur l'existence de la période d'essai).

2. La résistance renforcée

451. La période d'essai est encadrée dans son ensemble par le Code du travail : définition¹⁴²¹, durée¹⁴²², renouvellement¹⁴²³ et rupture¹⁴²⁴. Obligatoirement au commencement du contrat de travail¹⁴²⁵, elle bénéficie de protections légales et jurisprudentielles qui permettent une véritable « temporisation du pouvoir de l'employeur »¹⁴²⁶. En ce sens, le pouvoir de l'employeur est restreint, afin de compenser ce « temps de forte insécurité pour le salarié »¹⁴²⁷.

Là encore, la résistance est caractérisée par le contrôle des juges afin d'éviter une rupture abusive de la part de l'employeur¹⁴²⁸.

452. De manière générale, la rupture abusive est caractérisée par son motif non inhérent à la personne du salarié¹⁴²⁹, lorsqu'est établie « l'intention malveillante de l'employeur »¹⁴³⁰, sa

¹⁴²¹ C. trav., art. L. 1221-20 : « La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent ».

¹⁴²² C. trav., art. L. 1221-19 : « Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est :

1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ;

2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ;

3° Pour les cadres, de quatre mois ».

¹⁴²³ C. trav., art. L. 1221-21 : « La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement.

La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser :

1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ;

2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ;

3° Huit mois pour les cadres ».

¹⁴²⁴ C. trav., art. L. 1221-25 et L. 1221-26 concernant le délai de prévenance que doit respecter l'auteur de la rupture de la période d'essai.

¹⁴²⁵ L'interdiction d'une clause d'essai en cours de contrat est le fruit d'une évolution jurisprudentielle. Après avoir affirmé implicitement que la période d'essai devait se situer au début du contrat de travail (Cass. soc., 23 février 1983, n° 80-41596, Bull. civ. V, n° 101 ; Cass. soc. 18 juin 1996, n° 94-42997, Bull. civ V, n° 246 ; Cass. soc. 22 janvier 1997, n° 93-43742 et n° 93-43743, RJS 9/97, n° 247), la chambre sociale de la Cour de cassation leva toute ambiguïté dans l'arrêt *Boydron* du 25 février 1997 (Cass. soc., 25 février 1997, n° 93-44923, D. 1997, Jur. p. 426, note J. MOULY ; *JCP* 1997, IV, 865. V. aussi, CA Douai, 30 juin 1999, *RJS*12/99, n° 1435) en affirmant que « la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail et que les parties, qui ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles posées en matière de licenciement, ne peuvent, par là même, convenir de différer le début de l'essai » ; V. not. N. BATAILLE-NEVEJANS, « La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles », *Dr. social* 2004, p. 335.

¹⁴²⁶ A.-C. CREPLET, J. DIRINGER, Y. FERKANE, T. SACHS, E. PESKINE, M. SWEENEY, « Variations sur la période d'essai », *RDT* 2008, p. 515, spéc. p. 518.

¹⁴²⁷ J.-Y. FROUIN, « Licéité et existence de la période d'essai », *CSB* 1995, p. 239.

¹⁴²⁸ Cass. soc., 24 février 1955, Bull. civ. IV, n° 172.

¹⁴²⁹ Cass. soc. 20 novembre 2007, n° 06-42212, « la période d'essai ayant pour objet d'apprécier la valeur professionnelle du salarié, la rupture intervenant pour un motif non inhérent à la personne du salarié est abusive ».

¹⁴³⁰ Cass. soc., 20 octobre 1972, D. 1972. Somm, p. 172.

déloyauté¹⁴³¹ ou encore sa légèreté blâmable¹⁴³² »¹⁴³³, mais également lorsqu'elle repose sur un motif discriminatoire¹⁴³⁴.

Sur ce dernier point, la protection légale est assurée par les articles L.1132-1 et L.1132-2 du Code du travail relatifs à la prohibition des discriminations directes et indirectes. S'il est avéré que la rupture de la période d'essai est discriminatoire (considérations raciales ou de nationalité¹⁴³⁵, opinion politique¹⁴³⁶, vie privée¹⁴³⁷, etc.), la sanction encourue est la nullité de la décision prise par l'employeur¹⁴³⁸.

453. La résistance du contrat de travail est caractérisée par l'encadrement que procurent la loi et la jurisprudence en matière de formation et de rupture de la période d'essai : inscription au contrat, renouvellement, motif de rupture, préavis¹⁴³⁹, etc. Toutefois, la résistance du contrat de travail face aux mécanismes liés à la période d'essai n'est que supposée.

En effet, le cadre posé par la jurisprudence et la loi nous fait considérer la réelle résistance du contrat de travail afin d'en déduire que cette résistance est érodée lorsqu'il est question de la rupture de la période d'essai.

¹⁴³¹ Cass. soc., 20 mars 1990, n° 86-45356.

¹⁴³² Cass. soc., 15 novembre 2005, n° 03-47546, Bull. civ. V, n° 321.

¹⁴³³ A.-C. CREPLET, J. DIRINGER, Y. FERKANE, T. SACHS, E. PESKINE, M. SWEENEY, « Variations sur la période d'essai », article précité, spéc. p. 519.

¹⁴³⁴ V. not. Cass. soc. 16 février 2005, n° 02-43402, Bull. civ. V, n° 52.

¹⁴³⁵ Cass. crim., 14 octobre 1986, n° 85-96369, Bull. crim. n° 287.

¹⁴³⁶ CA Versailles, 9 mai 1986, D. 1987. 5, note J.-P. KARAQUILLO.

¹⁴³⁷ Soc. 17 mars 1971, n° 70-40149, Bull. civ. V, n° 216.

¹⁴³⁸ C. trav., art. L. 1132-1 à L. 1132-4 ; V. not. Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43402, Bull. civ. V, n° 52 ; RJS 5/2005, n° 469, Liaisons soc., Quot., 7 mars 2005, n° 898, jur., A. 1, Sem. soc. Lamy 2005, n° 1205, p. 10, CSB 2005, n° 170, A. 40, p. 224, obs. C. CHARBONNEAU.

¹⁴³⁹ C. trav., art. L. 1221-25 : « Lorsqu'il est mis fin, par l'employeur, au contrat en cours ou au terme de la période d'essai définie aux articles L 1221-19 à L 1221-24 ou à l'article L 1242-10 pour les contrats stipulant une période d'essai d'au moins une semaine, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :

1° Vingt-quatre heures en deçà de huit jours de présence ;

2° Quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence ;

3° Deux semaines après un mois de présence ;

4° Un mois après trois mois de présence.

La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance ».

Plus précisément, la liberté de la rupture de la période d'essai est fondée sur une interprétation légale consacrée par la jurisprudence¹⁴⁴⁰ : tant l'employeur que le salarié peuvent, pendant la période prévue par la clause d'essai insérée, décider de résilier unilatéralement le contrat de travail. Cette résiliation peut être faite sans qu'il soit nécessaire de donner un motif et sans que l'employeur ou le salarié ne doive respecter les dispositions légales relatives au licenciement ou à la démission¹⁴⁴¹. En ce sens, il est possible d'affirmer que la résistance du contrat de travail tend à s'effacer lors de la rupture de la période d'essai.

B. La résistance effacée

454. Au-delà d'un encadrement solide, la période d'essai n'est pas toute puissante face au pouvoir de l'employeur. La principale faille de la période d'essai est également sa force : la liberté donnée aux parties de la rompre sans motif et quand ils le souhaitent. Cette liberté de rupture peut être en défaveur du salarié (1), d'autant plus que les sanctions de la rupture abusive de la période d'essai semblent insuffisantes (2).

¹⁴⁴⁰ C.trav., art. L.1231-1 du Code du travail, « Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre.

Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai » ; V. not. en ce sens, Cass. soc., 6 mars 1980, n° 78-41417, Bull. civ. V, n° 231 ; Cass. soc., 12 janvier 1989, n° 86-40345 ; Cass. soc., 14 mars 1995, n° 91-43658, Bull. civ. V, n° 85 ; RJS 7/1995, n° 756 ; rappr. Cass. soc., 6 décembre 1995, n° 92-41398, Bull. civ. V, n° 330 ; Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 93-46494, Bull. civ. V, n° 289 ; Cass. soc., 9 octobre 1996, n° 93-45668, Bull. civ. V, n° 318 ; Cass. soc., 11 octobre 2000, n° 98-42772 ; Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44750, RJS 6/2004, n° 646, JCP 2004. II. 10088, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224, RJS 7/2004, n° 792, Dr. social 2004, p.786, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; Cass. soc., 15 mai 2008, n° 07-42289.

De la même manière, au sujet du contrat à durée déterminée, l'article L.1242-11 du Code du travail dispose que « les dispositions relatives à la prise d'effet de ce contrat, à sa rupture anticipée, au report de son terme et à l'indemnité de fin de contrat, ne sont pas applicables [lorsque cette rupture a lieu] pendant la période d'essai ».

¹⁴⁴¹ V., not. en ce sens, Cass. soc., 6 mars 1980, n° 78-41417, Bull. civ. V, n° 231 ; Cass. soc., 12 janvier 1989, n° 86-40345 ; Cass. soc., 14 mars 1995, n° 91-43658, Bull. civ. V, n° 85 ; RJS 7/1995, n° 756 ; rappr. Cass. soc., 6 décembre 1995, n° 92-41398, Bull. civ. V, n° 330 ; Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 93-46494, Bull. civ. V, n° 289 ; Cass. soc., 9 octobre 1996, n° 93-45668, Bull. civ. V, n° 318 ; Cass. soc., 11 octobre 2000, n° 98-42772 ; Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44750, RJS 6/2004, n° 646, JCP 2004. II. 10088, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41224, RJS 7/2004, n° 792, Dr. social 2004, p. 786, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; Cass. soc., 15 mai 2008, n° 07-42289.

1. La liberté de la rupture

455. La période d'essai n'est pas un avant-contrat et les règles relatives à sa rupture sont indépendantes des règles relatives au licenciement. La particularité de sa rupture est son caractère discrétionnaire : « chacune des parties dispose, en principe, d'un droit de résiliation unilatérale sans ainsi à avoir à alléguer des motifs »¹⁴⁴².

L'employeur peut mettre fin à la période d'essai, sans avoir à fournir de cause réelle et sérieuse¹⁴⁴³ ou respecter de procédure (sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire). Seul le respect du délai de prévenance lui est imposé. L'employeur est donc en droit de ne fournir aucune explication quant à sa décision.

Bien que cette règle s'applique tant à l'employeur qu'au salarié, il semble davantage pertinent de se concentrer sur le fait que cette faculté profite essentiellement à l'employeur.

En effet, dans la mesure où le salarié décide de mettre fin à la période d'essai, la question de la résistance du contrat de travail n'a pas lieu d'être. Le contrat n'a pas à résister, puisque le salarié fait le choix de rompre la période d'essai. Le plus souvent, la décision du salarié va s'expliquer par le fait qu'il a trouvé un autre emploi correspondant davantage à ses attentes (poste, tâche à accomplir, salaire, etc.) ou parce que la période d'essai lui a permis de se rendre compte que l'emploi ne lui convenait pas.

456. Les enjeux sont tout autres lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture. Ses motivations peuvent ainsi être plus ou moins louables et pourtant, il n'est pas tenu de révéler les motifs pour lesquels il rompt la période d'essai. Plus encore, en donnant les raisons de sa décision, l'employeur s'expose à des risques : le salarié peut tirer profit des éléments fournis par l'employeur pour démontrer que ce dernier s'est fondé sur des préoccupations étrangères à la seule appréciation de ses aptitudes professionnelles¹⁴⁴⁴. Aussi, si l'employeur souhaite rompre la période d'essai en raison d'une faute du salarié, il est tenu de respecter la procédure

¹⁴⁴² Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-40822, Bull. civ. V, n°239 ; Dalloz actualité, 22 novembre 2010, obs. B. INES ; D. 2011. Pan. 1246, obs. E. PESKINE ; JCP S 2010, p. 1507, obs. C. PUIGELIER.

¹⁴⁴³ Cass. soc., 13 novembre 1985, n° 84-41104, Bull. civ. IV, n° 526, p. 383, « mais attendu qu'après avoir, par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis, estimé qu'aucune fraude ni aucun fait constitutif d'abus de droit n'était établi et que c'était en toute connaissance de cause que m. x... avait signé le contrat de travail du 25 novembre 1981 et accepte la période d'essai qui y était stipulée, la cour d'appel a exactement décidé que, la rupture de ce contrat étant intervenue pendant cette période, l'employeur, qui n'était pas tenu de se prévaloir d'une cause réelle et sérieuse, n'avait pas à justifier de l'existence de l'insuffisance professionnelle qu'il avait invoquée».

¹⁴⁴⁴ L.GAMET, *Rupture du contrat de travail 2011/2012*, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas, 2011, p. 16, n° 02.16.

disciplinaire, sans laquelle le salarié pourrait prétendre à des dommages et intérêts¹⁴⁴⁵. Cette obligation incite donc l'employeur à garder le silence sur ses motivations.

Aussi, le pouvoir patronal peut continuer à exercer une certaine influence sur la relation contractuelle, même postérieurement à la rupture de la période d'essai, notamment lorsque le contrat de travail contenait une clause de non-concurrence ou de dédit-formation¹⁴⁴⁶. Dès lors, si telle a été la volonté des parties et que cela a été formellement stipulé dans le contrat de travail, une clause de non-concurrence peut jouer quand la rupture intervient en période d'essai (si elle n'est pas levée)¹⁴⁴⁷.

457. Dans cette perspective, la résistance du contrat de travail n'existe plus. Dès lors que l'employeur agit en conformité avec la loi, la résistance est impossible. Néanmoins, quand bien même l'employeur transgresserait une obligation légale telle le délai de prévenance, les sanctions appliquées semblent insuffisantes.

2. L'insuffisance des sanctions

458. À moins d'être abusive, la rupture de la période d'essai n'ouvre droit à aucune indemnité (principe de liberté de la rupture)¹⁴⁴⁸. La rupture à l'initiative de l'employeur n'est sujette à sanction qu'en cas d'abus de la part de l'employeur. Autrement dit, la liberté de l'employeur n'est limitée que par la notion d'abus¹⁴⁴⁹. Toutefois, l'abus présente également des limites.

459. Comparée aux sanctions encourues par l'employeur en cas de rupture abusive pendant l'exécution normale du contrat de travail, la force de la sanction de la rupture abusive de la période d'essai est restreinte. Alors qu'un salarié peut engager, lorsqu'il estime fautif le comportement de son employeur, la responsabilité de son employeur en prenant acte de la rupture de son contrat de travail, la prise d'acte est impossible lors de la période d'essai¹⁴⁵⁰. Cette impossibilité est liée aux sanctions et aux effets mêmes de la prise d'acte, à savoir un

¹⁴⁴⁵ Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44750 : Bull. civ. V, n° 80, p. 72.

¹⁴⁴⁶ Cass. soc., 5 juin 2002, n° 00-44327.

¹⁴⁴⁷ Cass. soc., 24 novembre 1999, n° 97-43054.

¹⁴⁴⁸ sauf éventuellement à une indemnité compensatrice de congés payés.

¹⁴⁴⁹ Cf. nos développements sur la rupture abusive de la période d'essai.

¹⁴⁵⁰ Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-27525, Bull. civ. V, n° 57.

licenciement sans cause réelle et sérieuse ou une démission. Or, ces dispositions, du fait de la loi, ne peuvent s'appliquer pendant la période d'essai.

Néanmoins, en théorie, cet obstacle ne devrait pas en être un. Les effets de la sanction d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse prononcée dans le cadre d'une prise d'acte sont identiques à ceux de la rupture abusive de la période d'essai : le paiement de dommages-intérêts au salarié.

En pratique, la différence réside toutefois dans le montant attribué : dans le cas d'une prise d'acte, l'employeur peut être sanctionné au paiement des indemnités de préavis et de licenciement ainsi qu'au versement d'une indemnité équivalant aux six derniers mois de salaires¹⁴⁵¹. Quant aux effets d'une rupture abusive de période d'essai, le montant des indemnités est évalué en fonction du préjudice subi par le salarié.

Pour exemple, la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 janvier 2012 a décidé que « si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus »¹⁴⁵². En l'espèce, la Cour de cassation avait octroyé une indemnité d'un montant de 8403,84 euros au salarié, ce qui semble financièrement moins intéressant qu'une indemnité perçue en cas de prise d'acte. La rupture de la période d'essai semble là encore peu pénalisante pour l'employeur.

460. Parallèlement à l'obligation faite à l'employeur de procéder à une rupture de période d'essai que l'on pourrait qualifier de « loyale », c'est-à-dire non abusive, une autre obligation, cette fois légale, lui incombe : le respect d'un délai de prévenance¹⁴⁵³ du salarié. Les réponses aux questions relatives à la sanction du non-respect du délai de prévenance par l'employeur et à la qualification de la rupture du contrat de travail ont été apportées par la Cour de cassation, lors d'une décision rendue le 23 janvier 2013¹⁴⁵⁴.

Dans cette affaire, une salariée avait été engagée le 15 octobre 2008. Une clause d'essai insérée à son contrat de travail stipulait un essai de trois mois, renouvelable une fois. Le 14 avril 2009 (la veille du terme de l'essai valablement renouvelé), l'employeur fit part de sa décision de rupture de période d'essai à la salariée. Toutefois, il lui précisa que, si son contrat

¹⁴⁵¹ Ces indemnités peuvent être versées si le salarié travaillait dans une entreprise de plus de dix salariés.

¹⁴⁵² Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-14868.

¹⁴⁵³ C. trav., art. L. 1221-25.

¹⁴⁵⁴ Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-23428, Bull. civ. V, n° 14 ; D. 2013, p. 313, obs. L. PERRIN ; Dr. social 2013, p. 275, obs. J. MOULY.

prenait fin le jour même, son salaire lui serait versé jusqu'au 14 mai en application des règles sur le délai de prévenance prévu par l'article L. 1221-25 du Code du travail. Estimant que son contrat avait en réalité pris fin à l'issue de ce délai, après l'expiration de la période d'essai, le salarié s'estima victime d'un véritable licenciement et demanda à ce titre divers indemnités.

À la question du problème de la sanction du non-respect du délai de prévenance par l'employeur, la Chambre sociale de la Cour de cassation répondit que « la cour d'appel ayant constaté que l'employeur avait mis fin à la période d'essai avant son terme, en a exactement déduit que la rupture ne s'analysait pas en un licenciement, alors même que cet employeur n'avait pas respecté le délai de prévenance ».

Ainsi, cette décision vient-elle confirmer la jurisprudence antérieure selon laquelle le « non-respect par l'employeur du délai de prévenance n'a pas pour effet de rendre le contrat définitif »¹⁴⁵⁵. En l'espèce, l'obligation légale du respect d'un délai de prévenance a très peu d'effets. Puisque « la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance »¹⁴⁵⁶, et qu'il ne s'agit pas d'un licenciement (la résiliation est intervenue pendant la période d'essai), l'employeur ne rencontre aucun obstacle dans sa manœuvre. La seule sanction qui semblerait possible serait de verser à la salariée les salaires correspondant au délai de prévenance. C'est ce qu'avait prévu l'employeur en l'espèce. Nul besoin pour la Cour de cassation de prononcer la sanction puisque lui-même avait prévu le paiement... En définitive, la salariée a été déboutée de sa demande et aucune sanction n'a été appliquée. L'employeur a pu contourner les dispositions légales de l'article L.1221-25 en toute impunité. Cette affaire aurait pu être l'occasion pour la Cour de cassation d'engendrer une règle jurisprudentielle en matière de sanction du non-respect du délai de prévenance,

¹⁴⁵⁵ Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-41132, Bull. civ. V, n° 311 ; RJS 1999, p.759, n° 1223 ; Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42098 ; Cass. soc., 9 janvier 2008, n° 06-45100.

¹⁴⁵⁶ C. trav., art. L. 1221-25, al. 2 : « La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait du délai de prévenance ».

quitte à nourrir le débat autour du pouvoir créateur du juge¹⁴⁵⁷. Aussi, la proposition de « la fixation d'un plancher d'indemnisation au niveau du montant des salaires correspondant à la durée du délai de prévenance qui excède le terme de la période d'essai »¹⁴⁵⁸ semblerait insuffisante, d'autant plus dans le cas présent.

Il semblerait que pour être efficace, la sanction doit être dissuasive. Les indemnités versées devraient être très nettement supérieures à la durée du délai de prévenance qui excède le terme de la période d'essai.

En effet, dans l'hypothèse où le salarié aurait travaillé un mois en période d'essai et que sa période d'essai serait brutalement rompue, son indemnité ne serait équivalente qu'à 15 jours de salaire ?

Cette sanction ne semble pas rédhibitoire pour un employeur peu scrupuleux. Une sanction plus sévère, telle une indemnité égale à la somme des salaires correspondant à durée totale de la période d'essai renouvellement inclus, pourrait être proposée.

Ainsi, suivant cette hypothèse, concernant les faits de la décision du 23 janvier 2013, l'indemnisation, à titre de dommages-intérêts, aurait-elle dû être équivalente à 6 mois de salaire. Cette indemnité serait justifiée par le fait d'une part que la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance et d'autre part, que la période d'essai de la salariée était de trois mois, qu'elle a été renouvelée, que l'employeur a résilié le contrat la veille de la fin de la période d'essai.

461. La résistance du contrat de travail lors de la période d'essai est précaire. Elle ne repose que sur des dispositions légales qui semblent insuffisantes pour l'heure face au pouvoir de l'employeur qui est simplement limité par la notion d'abus.

¹⁴⁵⁷ Sur le débat de la reconnaissance de la jurisprudence en qualité de source de droit, V. F. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, t. I, vol. I, L.G.D.J., 2009, n° 131 s ; Sur ce point, deux écoles s'affrontent. La première relègue la jurisprudence au simple rang d'interprétation de la loi, ne pouvant créer du droit, et s'appuyant sur l'article 5 du Code civil : V. not. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^e éd., 2002, p. 172, n° 148 ; G. CORNU, *Introduction au droit civil*, Montchrestien, coll. Domat, 2007, p. 227, n° 437. En revanche, la seconde soutiendrait que la jurisprudence est une source de droit subordonnée à la loi enrichissant cette dernière : V. not. St. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, préface de Tr. AZZI, L.G.D.J., 2013, p. 95, n° 105 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, coll. « Cours, droit privé », 2013, p. 138, n° 147 et s ; Ph. JESTAZ, « Réflexion sur un malentendu », D. 1997, p. 15 ; O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit » in *Mélanges offerts à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463.

¹⁴⁵⁸ L. PERRIN, « Rupture d'une période d'essai : portée du respect du délai de prévenance », D. 2013, p. 313.

§2. L'encadrement de la résistance face aux accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne

462. L'articulation entre le contrat de travail et la source conventionnelle fait souvent intervenir le principe de faveur et les règles relatives à l'ordre public social. D'une part, le contrat de travail peut contenir des dispositions plus favorables que la source conventionnelle et d'autre part, en cas de conflit de normes, la norme la plus favorable au contrat doit s'appliquer. Toutefois, depuis l'adoption de la loi de sécurisation de l'emploi le 14 juin 2013 et des accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne, il semblerait que le principe de faveur soit parfois bouleversé (A), laissant penser à un certain renoncement à la résistance du contrat de travail (B).

A. Le bouleversement du principe de faveur

463. Le principe de faveur est en droit du travail un principe fondamental. Il est, en principe, la clé de l'articulation entre le contrat de travail et l'accord collectif ou la convention collective de travail (1). Toutefois, en instaurant les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne et en faisant valoir leur impérativité en cas d'accord du salarié, la loi de sécurisation de l'emploi a remis en cause l'application du principe de faveur ainsi que la résistance du contrat de travail à l'accord collectif (2).

1. L'effectivité de la résistance du contrat de travail par le principe de faveur

464. La résistance du contrat de travail à l'accord collectif est généralement assurée par le principe de faveur¹⁴⁵⁹ qui permet « de régler les conflits de normes au profit de la disposition la plus avantageuse pour les salariés »¹⁴⁶⁰. Complété par l'ordre public social de l'article L.2254-1 du Code du travail¹⁴⁶¹, le principe de faveur semble faire généralement primer le contrat de travail sur l'accord collectif¹⁴⁶². Un accord moins favorable pour le salarié semblerait donc, en principe, inapplicable au contrat de travail qui prévoit des dispositions plus particulières sur le sujet. Toutefois, les dispositions relatives aux accords de maintien de l'emploi¹⁴⁶³ et de mobilité interne¹⁴⁶⁴ semblent remettre en cause l'application du principe de faveur. Ainsi, en donnant son accord à l'application de l'accord signé (mobilité interne ou maintien de l'emploi), le salarié autorise-t-il l'employeur à réviser sa rémunération du salarié, son lieu ou son temps de travail.

¹⁴⁵⁹ V. supra, n° 268 et suiv.

¹⁴⁶⁰ F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du 'principe de faveur'? », Dr. social 2001, p. 255 ; V. not. G. BORENFREUND, M.-A. SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective: une mise en perspective », article précité ; F. BOCQUILLON, « De l'autorité du principe de faveur », RJS 2002, chron. p. 9 ; Y. CHALARON, « L'application de la disposition plus favorable », article précité ; A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », Dr. social 1993, p. 363 ; G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », article précité ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », Dr. social 1999, p. 115 ; S. LAULOM, N. MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », RDT 2009, p. 219 ; V. OGIER-BERNAUD, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », Sem. soc. Lamy 2003, n° 1111, p. 6 ; M.-L. MORIN, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in *Droit négocié, droit imposé ?* dir. P. GÉRARD, Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, 1996, p. 643, spéc. p. 662 ; N. FONT, *Le travail subordonné en droit privé et en droit public, op. cit.*, p. 379, n° 390. L'auteur interprète l'article L.2254-1 du Code du travail comme « le principe de faveur est une règle de résolution positive de conflit entre la loi et les conventions ou accords collectifs qui permet que soit retenue l'application des dispositions les plus favorables aux salariés ».

¹⁴⁶¹ 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 »

¹⁴⁶² L'ordre public social permet aux parties de contractualiser de façon plus favorable aux dispositions légales et conventionnelles. Le contrat de travail, en raison de la norme « plancher » que pose l'accord collectif ou la convention collective, ne déroge que très rarement de façon *in pejus* à ces derniers. V. supra n° 119 et suiv.

¹⁴⁶³ C. trav., art. L. 5125-1 et suivants du Code du travail.

¹⁴⁶⁴ C. trav., art. L. 2242-21 à L. 2242-23.

2. La remise en cause de la résistance du contrat de travail

465. La loi du 14 juin 2013 est particulièrement remarquable du fait de l'instauration au Code du travail des accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne aux articles L. 2243-23 et L. 5125-2 du Code du travail.

Dès lors, au sujet des accords de maintien de l'emploi, l'article L. 5125-2 du Code du travail précise que « Pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci ». Ainsi, par ces dispositions, le législateur prévoit-il la mise à l'écart du principe de faveur en autorisant la substitution des clauses conventionnelles à celles du contrat de travail suspendues par ledit accord.

En effet, dans la mesure où le principe de faveur a vocation à s'appliquer qu'entre des règles concurrentes ayant le même objet, il n'a plus à s'appliquer dès lors qu'un accord de maintien de l'emploi est signé et que le salarié accepte qu'il lui soit appliqué. La question est de savoir comment le principe de faveur est-il volontairement écarté ?

Le principe de faveur est écarté par des mécanismes de suspension et de substitution. Toutefois, cette mise à l'écart est bien entendue subordonnée à l'accord préalable du salarié. Ainsi, par l'obligation de l'accord du salarié, l'article L.5125-2 du Code du travail apporte-t-il un nouvel argument en faveur de la distinction entre ordre public social et principe de faveur. Plus précisément, on pourrait penser que l'application d'un accord de maintien de l'emploi est uniquement subordonnée à l'accord du salarié, mais c'est sans compter sur l'article L.2254-1 du Code du travail qui rappelle l'effet impératif de l'accord collectif¹⁴⁶⁵ qui doit « s'imposer » ou « s'appliquer » au contrat de travail¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶⁵ G. COUTURIER, « Accord de maintien de l'emploi », *Dr. social* 2013, p. 805, spéc. p. 811. L'auteur explique à ce sujet qu'« On objectera, d'une part, qu'il est difficile de voir l'application de l'accord collectif aux contrats de travail comme la conséquence juridique de l'acceptation individuelle du salarié : elle résulte d'abord de la règle de base selon laquelle, « 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 » (art. L. 2254-1). D'autre part, les dispositions de l'accord collectif s'appliquent directement en privant d'application les clauses contraires du contrat, sans modification de celui-ci et sans qu'il soit nécessaire d'imaginer leur "suspension" ».

¹⁴⁶⁶ Depuis la loi du 13 novembre 1982, cette seconde formulation, à la tonalité sensiblement moins contraignante, s'est substituée à la première, issue de la loi du 11 février 1950.

Ainsi, l'accord de maintien de l'emploi devrait normalement s'imposer en vertu de l'effet impératif, mais son application est soumise à l'accord du salarié qui renonce alors à la protection qu'ont pu lui offrir l'ordre public social et le principe de faveur.

En définitive, par la création des accords de maintien de l'emploi, le législateur a redonné toute sa vigueur à l'article L.2254-1 du Code du travail dont on avait trop tendance à lire uniquement la seconde moitié¹⁴⁶⁷.

466. Ce n'est donc pas la volonté du salarié qui fait échec à la résistance du contrat de travail à l'accord collectif, mais bien l'effet impératif de l'accord. Aussi, les conséquences du refus de l'application de l'accord de maintien de l'emploi par le salarié sont un indice du fléchissement du phénomène de résistance du contrat de travail. Ayant « le choix » de refuser ou d'accepter l'accord, le salarié refusant l'application de l'accord s'expose à un licenciement qui repose sur un motif économique et qui est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique. En s'opposant à l'application de l'accord et en s'exposant au risque d'un licenciement, le refus du salarié peut ainsi s'analyser en un renoncement à la résistance du contrat de travail. Cette renonciation semble d'autant plus risquée que les mesures entourant le licenciement prononcé dans de telles circonstances ne semblent pas particulièrement protectrices des intérêts du salarié.

¹⁴⁶⁷ L'évolution du droit du travail interne semble se positionner en faveur de l'atténuation de l'article L.2254-1 du Code du travail, voire de sa dérogation explicite. Le rapport sur « La négociation collective, le travail et l'emploi » traite de la justification de la création d'une règle dérogatoire à l'article L.2254-1 du Code du travail. Cette dérogation pourrait éventuellement se matérialiser par l'ajout d'un nouvel alinéa soit à l'article L.2254-1 du Code du travail, soit à l'article L.5125-2 du Code du travail.

B. Le renoncement à la résistance

467. Les issues du refus de l'application de l'accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne à son contrat de travail semblent assez limitées : si le salarié refuse, la seule issue envisagée par le législateur est le licenciement¹⁴⁶⁸.

La question qui se pose alors est celle de la nature du licenciement prononcé. Qu'il s'agisse d'un accord de mobilité interne ou d'un accord de maintien de l'emploi, la sanction est identique. En effet, lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application des stipulations de l'accord au contrat de travail, le licenciement prononcé est un licenciement qui repose sur un motif économique. Ce licenciement, prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique, emporte des conséquences différentes selon qu'il s'agisse d'un accord de mobilité interne ou un accord de maintien de l'emploi :

- D'une part, il ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, lorsqu'il s'agit d'un accord de mobilité interne.
- D'autre part, il offre au salarié le bénéfice du congé de reclassement ou du contrat de sécurisation professionnelle, lorsqu'il s'agit d'un accord de maintien de l'emploi.

468. De prime abord, il semblerait que le régime associé à cette rupture du contrat de travail soit celui du licenciement pour motif économique. En effet, puisque le motif est non inhérent à la personne du salarié, le licenciement ne peut être un licenciement pour motif personnel¹⁴⁶⁹, le salarié n'ayant commis aucune faute disciplinaire¹⁴⁷⁰.

Toutefois, la formule exacte est celle du « licenciement individuel pour motif économique ». Bien que cette formule semble particulière et propice à de futurs conflits devant les juridictions¹⁴⁷¹, elle n'en demeure pas moins conforme à la Constitution¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁸ C. trav., art. L.5125-2 al. 3: « Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et il repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. Le salarié bénéficie soit du congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71, soit du contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L. 1233-66 ».

¹⁴⁶⁹ Si un licenciement n'est pas prononcé pour motif personnel, il est nécessairement prononcé pour motif économique.

¹⁴⁷⁰ V. P.-H. ANTONMATTEI, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. social* 2013, p. 794.

¹⁴⁷¹ V. not. au sujet des accords de mobilité interne, G. BORENFREUND, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *RDT* 2013, p. 316 ; Fr. FAVENNEC-HÉRY, « Accords de mobilité interne, un rendez-vous manqué ? », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1592, p. 47 ; P. LOKIEC, « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1592, p. 57 ; M. MORAND, « L'adaptabilité contractuelle par l'accord collectif », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1592 ; V. G. VACHET, « Les deux faces de la mobilité », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1570, p. 7 ; P.-Y. VERKINDT, « Les mobilités », *JCP S* 2013, p. 1261.

C'est donc cette procédure particulière de licenciement qui contraint à conclure au renoncement à la résistance du contrat de travail aux sources du droit.

En effet, si le licenciement est fondé sur un motif économique, la procédure est bien celle d'un licenciement pour motif personnel ouvrant droit uniquement aux mesures de reclassement prévues par l'accord. Cette procédure exclut donc les dispositions protectrices du licenciement pour motif économique, même si plusieurs salariés refusent l'application de l'accord¹⁴⁷³.

Le renoncement est donc davantage celui du législateur qui permet une altération du contrat de travail¹⁴⁷⁴ que celui du salarié. En prévoyant cette procédure, le législateur retire au salarié le bénéfice des garanties proposées lors de la procédure du licenciement. Plus précisément, si au moins dix salariés dans une même période de trente jours refusent l'application de l'accord de mobilité interne ou de maintien de l'emploi, l'employeur n'aura pas à élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi ou à informer les représentants du personnel. L'instauration des accords de mobilité interne ou de maintien de l'emploi a donc bien vocation à réduire les protections du droit du licenciement¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷² Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, « Il était loisible au législateur de déterminer les règles applicables au licenciement du salarié qui refuse l'application des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne ; qu'en soumettant ce licenciement aux règles applicables au licenciement individuel pour motif économique, il n'a méconnu aucune exigence constitutionnelle ».

¹⁴⁷³ A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », RDT 2013, p. 184, spéc. p. 188.

¹⁴⁷⁴ Fr. GAUDU, R. VATINET, *Droit du travail*, Dalloz, éd. Cours, 2013, 5^e éd., p. 194, n° 239.

¹⁴⁷⁵ E. DOCKÈS, G. AUZERO, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 659, n° 633.

Conclusion du chapitre 2

La relative résistance lors de la rupture du contrat de travail

469. Que la rupture de la relation contractuelle soit à l'initiative de l'employeur ou salarié, la rupture du contrat de travail n'empêche pas l'effectivité du phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit. Toutefois, le phénomène de résistance du contrat de travail lors de la rupture du contrat de travail n'est pas sans limites.

En effet, il a été démontré que le phénomène de résistance peut être effectif grâce aux garanties apportées principalement par la loi. Ces garanties, qu'elles soient procédurales ou financières, permettent au contrat de travail de s'imposer comme une véritable arme de résistance lors de la procédure de rupture : il devient un bouclier contre de potentiels abus liés à la rupture. Aussi, au-delà d'un encadrement des pouvoirs de l'employeur, les dispositions légales procurent au salarié un véritable droit à la rupture du contrat de travail qui lui permet de revendiquer la rupture de son contrat. En ce sens, la rupture conventionnelle ou la prise d'acte de la rupture du contrat de travail offrent la possibilité au salarié d'initier la rupture du contrat en bénéficiant de la protection des dispositions légales et conventionnelles. La résistance du contrat de travail est donc affirmée, même lors de la rupture du contrat.

Toutefois, il existe des hypothèses dans lesquelles la pérennité du phénomène de résistance est limitée. En effet, les développements précédents ont démontré deux entraves principales au phénomène de résistance du contrat de travail : l'insuffisance des sanctions liées à la rupture abusive de la période d'essai et la mise à l'écart du principe de faveur lors de l'application d'un accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne. En ce sens, ces hypothèses de rupture du contrat de travail ne limitent pas le phénomène de résistance par la simple rupture, mais par le manque de garanties accolées à la rupture.

Ainsi, l'effectivité du phénomène de résistance du contrat de travail aux sources du droit ne dépend-elle pas de la survie du contrat de travail. Elle dépend des garanties accolées à la rupture du contrat. L'encadrement du phénomène de résistance se manifeste donc par la baisse des garanties offertes par la loi ou la source conventionnelle : cet encadrement est

justifié par l'équilibre nécessaire entre les des pouvoirs de l'employeur et les garanties offertes au contrat de travail.

Conclusion du titre 2

La relativité de la résistance du contrat de travail aux sources

470. Le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit est relatif. Bien qu'effectif, il n'est pas sans limites.

Dès lors, la limitation du phénomène de résistance du contrat de travail est justifiée par la recherche d'un équilibre entre garanties légales ou jurisprudentielles au profit du contrat de travail et besoin de flexibilité de la part des entreprises en terme d'aménagement du temps de travail et de rupture du contrat de travail. En ce sens, le phénomène de résistance du contrat de travail est relatif dans la mesure où son effectivité s'arrête là où sont déterminées ses limites.

Ainsi, les limites de ce phénomène se manifestent-elles par la déréglementation du droit du temps de travail (laissé de plus en plus à la négociation collective) ou encore par l'impérativité des dispositions relatives à la rupture du contrat de travail (lors de la mise en œuvre d'un accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne).

Toutefois, si la relativité du phénomène est due à son encadrement par des dispositions légales, elle l'est également par l'insuffisance des sanctions prononcées notamment en matière de rupture abusive de la période d'essai.

En ce sens, la relativité du phénomène de résistance du contrat de travail aux sources du droit n'implique pas la problématique de la survie du contrat de travail, mais celle des garanties accolées à l'exécution et à la rupture du contrat.

Conclusion de la Partie 2

La résistance du contrat de travail aux sources

471. Le contrat de travail, bien que parfois soumis à l'influence des autres sources du droit, produit un phénomène de résistance aux autres sources du droit.

Dès lors, cette effectivité semble principalement se manifester par une méthode de résolution de conflit de normes, le principe de faveur, mais également à l'occasion de la modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

En ce sens, le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit remet en cause le dispositif hiérarchique pour laisser place à un modèle différent d'articulation des normes en droit du travail. Ce nouveau modèle met le contrat de travail au cœur de l'articulation des sources du droit et trouve sa justification dans la protéiformité de la relation de travail, toujours plus enclines à la flexibilité.

Toutefois, le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit est relatif, puisque limité par les autres sources du droit (dispositions légales, conventionnelles ou règles jurisprudentielles). Ainsi, la relativité de ce phénomène est-elle due à l'encadrement et à l'impérativité de la source légale ou conventionnelle, mais également au fait que la réglementation de la relation de travail (particulièrement le droit de l'aménagement du temps de travail) échappe de plus en plus au législateur au profit de la négociation collective. Dès lors, le phénomène de résistance semble être limité par la problématique de la sécurité juridique du contrat de travail qui offre de moins en moins de garanties quant à l'exécution et à la rupture du contrat de travail.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Conclusion générale

472. Le patrimoine génétique d'un individu est inscrit dès l'étape de la fécondation. Il se situe à la source de l'embryon, conditionne son développement et lui permet d'interagir avec son environnement. Cette logique permet alors de raisonner en termes d'influences (de la part de nos ascendants) et de résistance (aux éléments et aux ascendants qui nous entourent).

473. De façon identique, le patrimoine génétique du contrat de travail s'est constitué sur le fondement du dispositif hiérarchique.

Conformément aux exigences posées par la pyramide des sources de Hans KELSEN, la validité du contrat de travail dépend du respect des critères et obligations posés par les sources qui lui sont « supérieures ».

Or, le dispositif hiérarchique ne fait référence qu'à des impératifs de validité et de conformité d'une source par rapport à une autre. Autrement dit, afin d'être valide, le contrat doit être conforme à la loi, cette dernière devant elle-même être conforme à la Constitution, etc. Toutefois, la question de l'articulation des sources du droit du travail ne peut se régler en fonction des principes issus de la hiérarchie des normes.

Les recherches déjà menées sur ce sujet ont démontré que la multiplication des sources du droit, leur désordre, ainsi que leurs nouveaux modes d'articulations conduisent à abandonner le schéma construit sur un modèle hiérarchique¹⁴⁷⁶. Cette impossibilité est notamment due à des mécanismes particuliers tels : le principe de faveur, l'accord du salarié préalablement à la modification de son contrat de travail, la dérogation *in melius* ou *in pejus*, etc.

474. Le contrat de travail étant au cœur de l'interaction des normes du droit du travail, la problématique de ses rapports avec les autres sources s'est posée. L'articulation des sources du droit du travail ne répondant pas au dispositif hiérarchique, il est évident que cette solution s'applique également à l'articulation entre le contrat de travail et les autres sources du droit. L'objectif de ces recherches a été d'analyser, avec le plus de précision possible, les interactions entre le contrat de travail et les autres sources du droit. La multitude

¹⁴⁷⁶ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, préf. de B. TEYSSIÉ, Economica, 2008.

d'articulations possibles (avec les sources supranationales, étatiques, conventionnelles ou les pouvoirs de l'employeur) a imposé une analyse individualisée des rapports entre le contrat de travail et chaque niveau de source, indépendamment de toute relation de hiérarchie.

Cette étude nous a alors conduit à constater l'existence d'une articulation correspondant au particularisme des relations entre le contrat individuel et les autres sources du droit.

475. Afin de proposer une présentation la plus claire et la plus précise possible, la solution d'une articulation binaire a été retenue. La mise à l'écart du dispositif hiérarchique a alors permis de dégager le constat suivant :

Les relations entre le contrat de travail et les sources l'entourant sont fondées sur une logique de complémentarité. Bien que la validité du contrat de travail le place à la base d'une hiérarchie des normes statique, son exécution suppose une cohérence toute autre.

Les rapports entre le contrat individuel et les autres sources étant dynamiques, la méthode qui s'est dégagée de notre étude renvoie non plus à une articulation verticale (hiérarchique) mais à une articulation horizontale (d'égal à égal). C'est pourquoi, la logique d'une analyse fondée sur des concepts d'influence et de résistance a été adoptée car :

D'une part, contrairement au dispositif hiérarchique, l'influence d'une source sur une autre ne répond pas à une logique d'imbrication. Une source peut influencer le contrat de travail sans que la source intermédiaire ne soit sollicitée.

D'autre part, la résistance du contrat aux autres sources est une réalité qui ne trouve pas de place dans un schéma statique.

Ainsi, les rapports entre le contrat de travail et les autres sources du droit sont-ils à étudier au travers de deux phénomènes : le phénomène d'influence des sources sur le contrat de travail et le phénomène de résistance du contrat de travail aux sources du droit.

476. Le premier, le phénomène d'influence, concerne l'encadrement et la protection du contrat de travail, en ce qu'il module tant la forme que le contenu contractuel.

Se détachant du dispositif hiérarchique, il permet notamment aux sources du droit d'interagir indépendamment les unes des autres, parfois directement, parfois indirectement, avec le contrat de travail. Cet encadrement, au moyen de l'influence des sources, permet alors d'organiser la relation de travail mais également de conditionner le contrat de travail selon les exigences et les contraintes imposées par les sources classiques (sources supranationales et sources étatiques) et spéciales (sources conventionnelles et pouvoirs de l'employeur) qui l'entourent.

L'influence des sources du droit sur le contrat de travail est effective lors de la formation, de l'exécution et de la rupture du contrat de travail. Ce phénomène conduit donc à nuancer l'effectivité de la liberté contractuelle en droit du travail qui doit concilier « pouvoir, liberté contractuelle et respect de la personne »¹⁴⁷⁷. En effet, les politiques pour l'emploi tendent de plus en plus à restreindre le champ laissé à la volonté du salarié, lors de la formation ou de l'exécution du contrat, afin de favoriser le maintien du rapport d'emploi.

L'évolution du droit du travail interne semble de plus en plus favorable au renforcement du phénomène d'influence, en particulier dans les rapports entre la norme collective et le contrat de travail.

En ce sens, les différents rapports liés au développement du droit du travail impulsent un accroissement de l'influence de l'accord collectif sur le contrat individuel de travail¹⁴⁷⁸. À titre d'exemple, alors que le rapport *Réformer le droit du travail* propose une réflexion autour de la recherche d'un équilibre entre « intervention de l'accord collectif » et « autonomie du contrat de travail », le rapport *La négociation collective, le travail et l'emploi* préconise l'« institution d'une règle faisant prévaloir, dans l'intérêt général et collectif des salariés pour l'emploi, les accords préservant l'emploi sur les contrats de travail »¹⁴⁷⁹.

Ces propositions vont assurément dans la direction prise par notre étude : la recherche de la conciliation entre le renforcement de l'influence des sources au profit du maintien de l'emploi (voire de la création d'emploi) et la protection du contrat de travail.

477. La contrainte posée par le phénomène d'influence ne consiste pas seulement en une soumission du contrat aux autres sources. Il a également vocation à servir, dans la mesure du possible, l'objectif de protection des deux parties au contrat de travail : l'organisation de la forme et du contenu contractuel par les sources du droit du travail a vocation à prémunir le contrat de travail contre les modifications qui pourraient lui être apportées.

Ainsi, tantôt contraignant, tantôt protecteur, le phénomène d'influence établit un équilibre d'ensemble avec le phénomène de résistance du contrat de travail.

¹⁴⁷⁷ M. MEKKI, « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », RDT 2006, p. 292.

¹⁴⁷⁸ J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, *Réformer le droit du travail*, Odile Jacob, 2015 ; J.-D. COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier Ministre, Projet du 3 septembre-Réunion du groupe de travail du 7 septembre 2015.

¹⁴⁷⁹ J.-D. COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *op. cit.*, proposition n° 42.

478. Le second, le phénomène de résistance du contrat de travail aux autres sources du droit, est une réponse au phénomène d'influence des sources sur le contrat de travail.

Son objectif n'est pas de soustraire le contrat au régime imposé par une autre source. Il lui permet de créer une réelle articulation avec les autres sources, notamment les pouvoirs de l'employeur ou la source conventionnelle.

Le phénomène de résistance met le contrat de travail au cœur de l'articulation des normes en droit du travail. Il permet alors de remettre en cause l'existence d'une hiérarchie des normes au sens classique pour laisser place à un modèle différent d'articulation.

La résistance du contrat de travail se révèle lors de situations conflictuelles telles: la détermination de la norme la plus favorable au contrat de travail, l'intention de l'employeur d'atteindre le contenu contractuel ou encore la recherche d'équilibre face à l'impérativité de l'accord collectif.

Ainsi, face à ces situations, le contrat peut-il résister grâce à la mise en œuvre du principe de faveur (lorsque la disposition contractuelle prime sur la conventionnelle), la possibilité pour le salarié de refuser la modification de son contrat de travail (ou de refuser une proposition de sanction disciplinaire), la contractualisation d'une disposition d'ordre public social, etc.

Toutefois, ce phénomène garantissant le maintien de l'articulation des sources du droit du travail est relatif. S'il démontre une efficacité indéniable dans de nombreuses situations conflictuelles, telles que celles citées précédemment, les politiques d'emploi renforçant toujours plus l'impérativité de la source conventionnelle l'affaiblissent considérablement. Le phénomène de résistance du contrat de travail apparaît en demi-teinte : ni pleinement effectif, ni totalement inefficace.

Par exemple, le refus du salarié d'une modification de son contrat de travail ou encore la technique de contractualisation ne suffisent plus à maintenir l'effectivité de ce phénomène. On peut donc soutenir que la solution réside dans la flexibilité du travail, face à l'impérativité grandissante de la source conventionnelle.

479. La flexibilité du travail suppose tant la flexibilité du contrat de travail que celle du temps de travail. Bien que « flexibilité » sous-entende parfois « renonciation », il est indéniable que, dans l'articulation du contrat de travail avec les autres sources du droit, « résistance » et « flexibilité » ne sont pas antinomiques.

L'actuelle rigidité du contrat de travail ne se positionne pas en faveur d'une articulation des sources du droit propice au développement de l'emploi et de l'économie. Le nécessaire renforcement de l'impérativité de la source conventionnelle trouve malheureusement parfois pour réponse la radicalité des décisions prises par l'employeur.

L'équilibre entre phénomène d'influence et de résistance ne peut être trouvé qu'au moyen de garanties légales et jurisprudentielles mais également au travers d'une flexibilité raisonnable et temporaire du salarié concernant les horaires de travail, lieu de travail.

Ainsi, plus flexible, le contrat de travail serait comparable au roseau de Jean de la Fontaine : il plierait mais ne romprait pas.

La question de l'articulation entre le contrat de travail et les sources du droit est une problématique pérenne qui ne cessera d'évoluer au fil du temps. La solution de la recherche d'un constant équilibre entre phénomène d'influence et phénomène de résistance permet d'analyser toutes les articulations qui s'imposent et, en ce sens, a le mérite de la longévité.

« Tout n'est pas terminé, cependant, lorsque le produit juridique est arrivé au bord de sa promulgation (...). S'ouvre alors la phase de l'application, qui mobilise à ses fins une grande diversité d'acteurs pour de multiples formes d'action »¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁸⁰ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 20.

BIBLIOGRAPHIE

I/ TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX :

- A -

ANTONMATTEI (P.-H.), *Les clauses du contrat de travail - Non-concurrence, dédit-formation, rémunération variable, mobilité, rupture*, éd. Liaisons, Droit vivant, 2^e éd., 2009.

AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 15^e éd., 2014.

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), FLOUR (J.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 16^e éd., 2014.

- B -

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2012.

BONNECASE (J.), *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1931.

BOURDELOIS (B.), *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Mementos, 2^e éd., 2012.

- C -

CABRILLAC (R.) :

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, 11^e éd., 2015.

- *Libertés et droits fondamentaux 2015*, Dalloz, coll. Hors collection Dalloz, 21^e éd., 2015.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 8^e éd., 2013.

CADIET, NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Puf, coll. Thémis, 2^e éd., 2013.

CAMERLYNCK (G.H.), *Droit du travail, Le contrat de travail*, Dalloz, 2^eème Éd., 1982.

CAPITANT (H.), *Cours de législation industrielle*, 1912.

CARBONNIER (J.) :

- *Droit civil*, PUF, Quadrige, 2004.

- *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Forum, 1996.

- *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^e éd., 2002

- *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., L.G.D.J, 2001.

CASTALDO (A.), MAUSEN (Y.), *Introduction historique au droit*, Précis de droit, Dalloz, 4^e éd., 2013.

CATALA (N.), *Traité de droit du travail, L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980.

CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2007.

COEURET (A.), MINE (M.), GAURIAU (B.), *Droit du travail*, Sirey, coll. Université, 2013.

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 11^e éd., 2014.

CORNU (G.) :

- *Introduction au droit*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13^{ème} éd. 2007.

- *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige dicos poche, 10^e éd., 2014.

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, coll. Droit privé, 12^e éd., 2005.

COURBE (P.), BERGÉ (J.-S.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Mémentos, 14^e éd., 2015.

COUTURIER (G.), *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, coll. Droit fondamental, 3^e éd., PUF, 1996.

- D -

DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11^e éd., 2002.

DEHOUSSE (R.), *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 2^e éd., 1997

DESPAX (M.), *Droit du travail, t. VII, Négociations, conventions et accords collectifs*, dir. G.-H. CAMERLYNK, Dalloz, 2^e éd., 1989.

DESPAX (M.) :

- *Traité de droit du travail, Conventions collectives*, Dalloz, 1966.

- *Négociations, conventions et accords collectifs, traité de droit du travail*, 2^e éd, 1989.

DOCKÈS (E.), AUZERO (G.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 29^e éd., 2014.

DURAND (P.) et JAUSSAUD (R.), *Traité de droit du travail, t. 1*, Dalloz, 1947.

DURAND (P.) et VITU (A.),

- *Traité de droit du travail, t. 2*, Dalloz, 1950.

- *Traité de droit du travail, t. 3*, Dalloz, 1956.

- F -

FAVENNEC-HÉRY (Fr.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, L.G.D.J, 4^e éd., 2014.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Précis de droit public, Dalloz, 18^e éd., 2015.

- G -

GAUDU (Fr.), VATINET (R.) :

- *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd., 2013.

- *Les contrats de travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux, Traité des contrats*, dir. J. GHESTIN, L.G.D.J, 2001.

GÉNY (Fr.) :

- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, 1919, rééd. 1996, L.G.D.J.

- *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, 2^e tirage, 1927.

GAMET (L.), *Rupture du contrat de travail 2011/2012*, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas, 2011, p. 16, n° 02.16.

GHESTIN (J.), *La formation du contrat*, L.G.D.J, 3^e éd, 1993.

GHESTIN (J.), G. GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat. Le consentement*, 4e éd., L.G.D.J, 2013.

GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.), LAGARDE (X.), DOUCHY (M), *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis droit privé, Dalloz, 31^e éd., 2012.

GRIDEL (J.-P.), *Le droit, présentation*, PUAM, 2012.

- H -

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 6^e éd., 1907.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J, 1971.

HENNION (S.), LE BARBIER-LE BRIS (M.), DEL SOL (M.), *Droit social européen et international*, Puf, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2013.

HESS-FALLON (Br.), SIMON (A.-M.), VANBREMEERSCH (M.), *Droit civil*, Dalloz, coll. Aide-mémoire Sirey, 11^e éd., 2013.

HESS-FALLON (Br.), SIMON (A.-M.), MAILLARD-PINON (S.), *Droit du travail*, Sirey, coll. Aide-mémoire Sirey, 24^e éd., 2015.

- J -

JEAN (S.), *Droit du travail – les arrêts décisifs 2013-2014*, Liaisons, 2014.

JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2015.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, 3 vol. 2^e éd. t. 1, 1931.

- L -

LAHALLE (Th.), *L'employeur et le droit du travail, pouvoir de gestion, pouvoir de direction*, Lamy, coll. Axe droit, 2012.

LANGÉ (D.), *Droit du travail*, Ellipses, 2003.

LARROUMET (Chr.), **AYNÈS (A.)**, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 6^e éd., 2013.

LECA (A.), *La genèse du Droit, Essai d'introduction historique au droit*, éd. Aix-Marseille, 3^e éd., 2002.

LEQUETTE (Y.), **TERRÉ (Fr.)**, **SIMLER (Ph.)**, *Droit civil – Les obligations*, Précis de droit Privé, Dalloz, 2013.

LOCKIEC (P.), *Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail*, Puf, coll. Thémis, 2011.

LOUIS (J.-V.), **T. RONSE (T.)**, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, LGDJ, 2005.

LYON-CAEN (G.), *Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale*, L.G.D.J., 1955.

- M -

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Cours, 9^e éd., 2014.

MALAURIE (Ph.), **STOFFEL-MUNCK (Ph.)** et **AYNÈS (L.)**, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., L.G.D.J., 2013.

MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 14^e éd., 2013.

MARTY (G.) et **RAYNAUD (P.)**, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Les sources, Sirey, 2^e éd., 1988.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 9^e éd., 2014.

MAZEAUD (H.), **MAZEAUD (L.)**, **MAZEAUD (J.)**, *Leçon de droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^{ème} éd. par Fr. CHABAS, Montchrestien, 2000.

MILLARD (É.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1^{ère} éd., 2006

MOULY (J.), *Droit du travail*, Bréal, 7^e éd., 2014.

- N -

NEUPREZ (V.), DEPREZ (M.), *Contrats de travail: l'essentiel (2014-2015)*, Edipro, 2014.

- O -

OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Éd. Puf, 1999.

- P -

PETIT (Fr.), *Droit des contrats de travail*, Lextenso, Gualino, coll. Master pro, 2011.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 8^e éd., t. I, 1920.

PORCHY-SIMON (St.), *Droit civil 2^{ème} année. Les obligations*, Dalloz, Coll. HyperCours, 8^{ème} éd., 2014.

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^e éd., 2015.

- R -

RAMBAUD (P.), CLERGERIE (J.-L.), GRUBER (A.), *L'union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2014.

RAY (J.-É.), *Droit du travail, droit vivant 2014-2015, 23^e éd., Liaisons*, 2014.

RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, Thémis, 1970.

RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2014.

ROSTAND (J.), *L'Homme*, Paris, Éd. Gallimard, 1962.

- S -

SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001.

- T -

TERRÉ (Fr.), *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2015.

TEYSSIÉ (B.), CÉSARO (J.-Fr.), MARTINON (A.), *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, coll. Les Manuels, 3^e éd, 2014.

TEYSSIÉ (B.), *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2013.

- V -

VERKINDT (P.-Y.), *Le droit du travail*, Dalloz, 2005.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, rééd., Paris : Université Panthéon-Assas, 2010, Préf. P.-M. DUPUY et CH. LEBEN.

- W -

WAQUET (Ph.), *L'entreprise et les libertés du salarié : du salarié citoyen au citoyen-salarié*, Liaisons, coll. « Droit vivant », 2003.

WOLMARK (C.), PESKINE (E.), *Droit du travail 2016*, Dalloz, Coll. HyperCours, 10^e éd., 2015.

II/ THÈSES, COURS ET OUVRAGES SPÉCIAUX :

- A -

ALIPRANTIS (N.), *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, L.G.D.J, 1980.

AMIC (L.), *La loyauté dans les relations de travail*, thèse, Avignon, 2014.

ARISTOTE, EDGREN (R.), *Mahieu le Vilain: Les Metheores d'Aristote*. Traduction du XIII^e siècle, publiée pour la première fois par R. EDGREN. Upsal, Almquist et Wiksells, 1945.

AUBERT-MONTPEYSEN (Th.), *Subordination juridique et relation de travail*, thèse, Toulouse, éd. du CNRS, 1988.

d'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préface. de G. WIEDERKEHR, Paris, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 236, 1994.

- B -

BEAUCOURT (A.), *Le contrat de travail, nature juridique et principaux effets*, thèse, 1912, Ed. Arthur Rousseau.

BÉRAUD (J.-M.), *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, préf. J. PÉLISSIER, Sirey, coll. Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, t. VII, 1980.

BIENVENU (J.-J.), *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Paris 2, 1979.

BOCQUILLON (F.), *La dérogation en droit du travail*, thèse, dir. G. COUTURIER, Strasbourg, 1999.

BOUSQUET (G.-H.), *Le droit musulman*, 1963.

BUREAU (D.), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Université, Panthéon Assas, Paris II, 1992.

BUSSY-DUNAUD (Fl.), *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, préf. de J. GHESTIN, L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, t. 201, 1988.

- C -

CANUT (Fl.), *L'ordre public en droit du travail*, Préf. de Fr. GAUDU, L.G.D.J, éd. Panthéon-Sorbonne, 2007.

CARRÉ DE MALBERG (R.), *Confrontation à la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933.

CESARO (J.-Fr.), *Le doute en droit privé*, L.G.D.J, 2003.

CHALARON (Y.), *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, dir. B. TEYSSIÉ, Litec, 1990.

CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, thèse, sous la direction de A. PÉLISSIER, 2010.

COLLET-THIRY (N.), *L'encadrement contractuel de la subordination*, thèse, dir. B. TEYSSIÉ, 2012.

COURTOIS-CHAMPENOIS (E.), *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée du droit du travail français et américain*, Préf. de D. BERRA, PUAM, 2002.

CRUCIS (H.-M.), *La combinaison des normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, préface de R. HOSTIOU, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 161, 1991.

- D -

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, préf. de Chr. ATIAS, Dalloz, reproduction de l'ouvrage de 1952, 2008.

de BÉCHILLON (D.) :

- *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, thèse, Paris, 1996.
- *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 23.

DEBET (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2002.

DELMAS MARTY (M.) :

- *Pour un droit commun*, Seuil, 1994
- *Le relatif et l'universel*, Seuil DL 2004

DELON (D.), *La jurisprudence, source de droit*, Thèse, sous la direction de G. CORNU, Paris II, 1980.

DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code civil*, t.1, 2^e éd., Durand, 1860, n° 115.

DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, préf. de G. MARTY, L.G.D.J, 1957.

De PISAN (Chr.), *Livre de Charles V*, éd. S. Solente, t. 1, p. 130.

DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, thèse, l'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2012.

DONNETTE (A.), *La contractualisation en droit du travail*, thèse, sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI, Montpellier, 2010.

DOCKÈS (E.), *Droit social des associations et autres organismes sans but lucratif*, Juris éditions, coll. *Le juris corpus*, 2^e éd., 2014.

DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001.

DURKHEIM (E.) :

- *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, 1912.
- *Leçons de sociologie*, PUF, coll. Quadrige, 5e éd., 2010.

- F -

FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, L.G.D.J, t. 52, 2010.

FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, Paris L.G.D.J, 1963.

FAVENNEC-HÉRY (Fr.), *La preuve en droit du travail*, thèse, dir. Ph. LANGLOIS, Paris X Nanterre, 1983.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. VI, 1827.

FONT (N.), *Le travail subordonné en droit privé et en droit public*, préf. de J.-M. PONTIER, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèse, 2009.

FOURCADE (C.), *L'autonomie collective des partenaires sociaux – Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, préf. de A. MAZEAUD, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit social, t. 43, 2006.

FROSSARD (S.), *Les qualifications en droit du travail*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit social, t.33, 2000.

- G -

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. de G. CORNU, Economica, 1985.

GANNAGE (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etude de droit international privé de la famille*, préf. de Y. LEQUETTE, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 353, 2001.

GÉA (Fr.), *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, t. I, vol. I, L.G.D.J, 2009.

GÉNIAUT (B.), *La proportionnalité dans les relations du travail, De l'exigence au principe*, préf. de A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009.

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. de D. TALLON, L.G.D.J, coll. « Bibl. de droit privé », 1980

GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. de Y. LEQUETTE, L.G.D.J, 2009.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912.

GRATTON (L.-K.), *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de thèses, 2011.

GUENZOU (Y.), *La Notion d'accord en droit privé*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 502, 2009.

- I -

IDRISS (A.), *Le contenu contractuel du contrat de travail : contribution à l'étude de la modification du contrat de travail*, thèse, sous la direction de J.-Ph. LHERNOULD, 2007.

- J -

JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 5, 2001.

JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèques de thèse, 2005.

JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, sous la direction de A. ROBERT, Université Jean Moulin, Lyon III, 1975.

JEANSEN (E.), *L'articulation des sources du droit - Essai en droit du travail*, préface de B. TEYSSIE, Economica, 2008.

JESTAZ (Ph.), *Doctrine et jurisprudence, une liaison de 25 siècles*, 4e Conférence Albert-Mayrand, éd. Thémis Montréal, 2000.

JULIEN (M.), *Le contrat de travail, source d'obligation*, Thèse, Université Lumière Lyon 2, 2003.

- K -

KANT (E.) :

- *Critique de la raison pratique*, trad. Picavert, PUF, 1960.

- *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. Delbos, Paris, Vrin, 1980.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, LGDJ, 2^e éd. Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999.

KRISTIE-GRATTON (L.), *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 104, 2011.

- L -

LAFUMA (E.), *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, thèse, préf. de A. LYON-CAEN, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit social, t. 46, 2008.

LAMBERT (E.), *Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, préf. de J.-Fr. FLAUSS, Bruxelles, Bruylant, 1999.

LAULOM (S.), *L'harmonisation en droit social européen: les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, sous la direction de A. LYON-CAEN, Paris X-Nanterre, 1996.

LAURENT-BOUTOT (C.), *La Cour de cassation face aux Traités internationaux protecteurs des droits de l'homme*, thèse, sous la direction de J.-P. MARGUÉNAUD, 2006.

LEBEAU (M.), *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007.

LECOUR (R.), *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. de A. LYON-CAEN, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 408, 2004.

LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995.

- M -

MALPEL-BOUYJOU (C.), *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2014.

MARTINI (A.), *La notion du Contrat de travail : étude jurisprudentielle, doctrinale et législative*, thèse, Ed. Juris-classeur, 1912.

MATHIEU-GÉNIAUT (Ch.), *La vie personnelle du salarié*, thèse, Lyon 2, 2004.

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J, 2002.

MAUCLAIR (St.), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. de Tr. AZZI, LGDJ, 2013.

MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Dalloz, 1973.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

MEYER (N.), *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, L.G.D.J, 2006.

MEYRAT (I.), *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse, sous la direction de J.-M. VERDIER, ANRT, 2004.

MOIZARD (N.), *Harmonisation communautaire et protection nationale renforcée: l'exemple du travail français*, Préf. de P. RODIÈRE, PU Aix-Marseille, 2000

MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^e éd., 2010.

MOUTEL (B.), *L'«effet horizontal» de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la Conv. EDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse, sous la direction de J.-P. MARGUÉNAUD, Limoges, 2006.

MORIN (M.-L.), *Le droit des salariés à la négociation collective. Principe général du droit*, L.G.D.J, 1994

- N -

NEAU-LEDUC (Ph.), *La réglementation de droit privé*, thèse, Montpellier, Litec, 1998.

- O -

ORESME (N.), *Livre du Ciel et du Monde*, éd. A. D. MENUT, University of Wisconsin Press, 1941.

OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002.

- P -

PARTYKA (P.), *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, thèse, sous la direction de M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Montpellier I, 2004.

PERES-DOURDOU (C.), *la règle supplétive*, préf. de G. VINEY, L.G.D.J, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

PICHARD (M.), *Le droit à. Étude de législation française*, préf. de M. GOBERT, Economica, 2006.

POUMAREDE (M.), *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. SAINT-ALARY-AOUIN, Toulouse I, 2003.

PICOD (Y), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. de G. COUTURIER, L.G.D.J, 1989.

PORTA (J.), *La réalisation du droit communautaire – Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, LGDJ – Fondation Varenne, 2 tomes, 2007.

- R -

RAULT (O.), *La formation du contrat de travail, Essai sur la liberté contractuelle*, thèse, Paris II, 1999.

RÉMY (P.), *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, thèse, sous la direction de A. LYON-CAEN, Paris X Nanterre, 1999.

RENET (Th.), *La force de travail*, thèse, Montpellier 1991, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 28, 1992.

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J, 1955.

ROUHETTE (G.), *Contribution critique à l'étude de la notion de contrat*, thèse dactyl., Paris, 1965.

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.), *Le juge et le contrat de travail – Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, Préf. de B. TEYSSIÉ, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit social, t. 62, 2014.

- S -

SCHMITT (M.), *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Avant propos A. SUPIOT, préf. Fr. MEYER et R. de QUENAUDON, presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, sous la direction de J. DERRUPPE, Bordeaux I, 1986.

SALVAT (O.), *Le revirement de jurisprudence. Etude comparé de droit français et de droit anglais*, thèse, Paris II, 1983.

SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. de J.-L. AUBERT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997.

SCHMITT (M.), *L'autonomie collective des partenaires sociaux dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du principe de subsidiarité*, Thèse, Strasbourg, 2007.

SUPIOT (A.) :

- *Critique de droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2002.

- *Le juge et le droit du travail*, thèse Bordeaux, 1979.

- *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

- V -

VERGE (P.), TRUDEAU (G.) et VALLÉE (G.), *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006.

- W -

WAQUET (Ph.), *L'entreprise et les libertés du salarié*, Éd. Liaisons sociales, 2003.

WOLMARK (C.), *La définition prétorienne - Étude en droit du travail*, préf. de G. BORENFREUND, Dalloz, Coll. Nouvelles Bibliothèques de thèses, 2007.

- Y -

YAMAGUCHI (T.), *La théorie de la suspension du contrat de travail et les applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté européenne*, L.G.D.J, 1963

III/ ARTICLES ET CHRONIQUES :

- A -

ADAM (P.) :

- « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », RDT 2011, p. 116.
- « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », *in La volonté du salarié*, dir. T. SACHS, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 31.
- « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? », *Dr. ouvrier* 2013, p. 431.

AKANDJI-KOMBÉ (J.-Fr.) :

- « Discutable et équivoque application des sources européennes du droit social, brèves observations sur l'arrêt du 29 juin 2011 », *Sem. Soc. Lamy*, Supplément, 12 septembre 2011, n° 1504, p. 24.
- « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. social* 2012, p. 1014.

ALLANT (D.), «L'applicabilité directe du droit international du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame?», *R.G.D.I.P* 1998, p. 204.

AMSELEK (P.) :

- « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RD publ.* 1978, p. 5.
- « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » » *in Sources du droit*, APD, t. XXVII, Sirey, 1982, p. 251.

ANCEL (P.) :

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771.
- « La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001, Université Lille II, dir. Chr. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVA (J.), «La subsidiarité devant la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme», *RAE* 1998/ n°1 et 2, p. 28.

ANTONMATTEI (P.-H.) :

- « Bref retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation », *in Mélanges Christian MOULY*, t. 1, Litec, 1998, p. 3.
- « Les éléments du contrat de travail », *Dr. social* 1999, p. 330
- « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », *Dr. social* 2012, p. 672.
- « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. social* 2013, p. 794.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.), « L'incidence d'une modification de la durée et de l'aménagement du temps de travail sur le contrat de travail », JSL 2001, p. 81.

ATIAS (Chr.),

- « La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique », D. 1997, p. 44.

- « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », RTD civ. 2007, p. 23.

AUBERT (J.-L.),

- « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993, p. 263.

- « Le formalisme (Rapport de synthèse) », defrénois, 2000, p. 931.

AUBERT (M.), BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.), « Chronique de jurisprudence de la CJUE », AJDA 2014, p. 336.

AUBRÉE (Y.), « Contrat de travail (clauses particulières) », Répertoire de droit du travail, janvier 2014, n°8.

AUBRY (É.), « L'article L.1 du Code du travail : dialogue social et démocratie politique », Dr. social 2010, p. 517.

AUZERO (G.), « L'articulation de la démission et de la prise d'acte », RDT 2007, p. 452.

AZOULAY (L.), « La Constitution et l'intégration – Les deux sources de l'Union européenne en formation », RFDA, septembre-octobre 2003, p. 863.

- B -

BARGAIN (G.), N. FERRACI, « Le CDI intérimaire : outil de sécurisation ou de flexibilité ? », RDT 2014, p. 522.

BARTHÉLÉMY (J.),

- « Les rapports nouveaux de l'accord d'entreprise avec la loi et la convention de branche », Cahiers Droit de l'Entreprise, n° 1/86 p. 2.

- « Négociation d'entreprise : dérogations et concessions », Dr. social 1988, p. 554.

- « L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail », Dr. social 1994, p. 156.

- « Durée du travail », J.-Cl. Travail, 1995, Fasc. 21-10, n° 1, p. 3.

- « modalités concrètes de résolution des conflits de normes », Sem. soc. Lamy 2001, p. 8.

« Modalités concrètes de résolution des conflits de normes », Sem. soc. Lamy, 22 octobre 2001, n° 1047.

- « Le droit du travail peut être aussi une technique d'organisation de l'entreprise », *in Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de J. PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 25 « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », Dr. social 2003, p. 25.

- « Vers un droit plus contractuel et moins règlementaire – La convention collective, acte et source de droit », Cah. DRH 2008, n°139, p. 29

- « Refondation du droit social », Les cah. du DRH, n°161-161, Janvier-Février 2010, p.75.

- « Modulation des horaires et contrat de travail », Dr. social 2011, p. 151.
- « Ordre public et droit du travail, deuxième partie », cah. du DRH, n° 172, janvier 2011, p. 41.
- « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du code du travail et à la décision des sages du 13 juin 2013 », Dr. social 2013, p. 673.

BARTHÉLÉMY (J.), CETTE (G.),

- « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », Dr. social 2006, p. 24.
- « Quelle articulation entre contrat de travail et accord collectif ? » Cahiers du DRH, 2011, n° 181, p. 23.
- « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Dr. social 2013, p. 17.

BATIFFOL (H.), « Préface », *APD*, t. 27, Les sources du droit, Sirey, 1982, p. 2.

BEIGNIER (B.), « Les arrêts de règlement », *Droits*, n° 9, 1989, p. 45.

BEIGNIER (B.) et MOUTON (St.), « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001, chron. p. 1636.

BÉLIER (G.) :

- « Les dérogations au droit du travail », Dr. social 1986, p. 49.
- « Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination », Dr. social 1998, p. 530.

BELLET (P.), « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », *RIDC* 1980, p. 293.

BELLIVIER (Fl.), « La génétique », *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 133, 01/01/2005.

BERAUD (J.-M.) :

- « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », Dr. ouvrier 1997, p. 529.
- « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 61.
- « La singularisation face aux exigences de non-discrimination et d'égalité », in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD, et A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 79.

BERGEL (J.-L.), « Introduction générale », in *Actes du colloque L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 29 et 30 avril, septembre 2006, p. 17.

BERNAUD (V.), « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », Dr. social 2015, p. 4.

BLAISE (H.), « De la difficulté de rompre avant son terme le contrat à durée déterminée », Dr. social 1993, p. 41.

BLANC-JOUVAN (X.), « L'entreprise et le droit du travail : l'exemple du droit américain », Dr. social 2005, p. 152.

BOBBIO (N.), « Kelsen et les sources du droit », in *"Sources du droit"*, APD, t. VIII, Sirey 1982, p. 135.

BOCQUILLON (F.) :

- « Que reste-t-il du 'principe de faveur' ? », Dr. social 2001, p. 255.
- « Vraies fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail) », in *Le droit social – Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire P. ORTSCHIEDT*, PU Strasbourg, 2003, p. 25. BOCQUILLON, « De l'autorité du principe de faveur », RJS 2002, chron. p. 9.
- « Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail), in *Le droit social – Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de P. ORTSCHIEDT*, PUS, 2003, p. 25.
- « La place de la norme étatique en droit du travail », in *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail?*, dir. J. BARREAU, PUR, coll. « des sociétés », 2003, p. 143
- « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », D. 2005, chron., p. 803.

BONNEAU (Th.), « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », D. 1995, chron. p. 24.

BONNECHÈRE (M.) :

- « L'ordre public en droit du travail », JCP, 1974, éd. CI. 11604. BONNECHÈRE, « L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », Dr. Ouvrier 1988, p. 171.
- « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », Dr. social 1990, p. 40.
- « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail: quelques repères », Dr. ouvrier 2001, p. 411.

BONNETETE (M.-Cl.) et LYON-CAEN (G.), « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », Dr. social 1973, p. 493.

BORENFREUND (G.) :

- « La résistance du contrat de travail à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », Dr. social 1990, p. 626.
- « La résistance du salarié à l'accord collectif », Dr. social 1990, p. 626.
- « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. ouvrier 1997, p. 514.
- « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316.

BORENFREUND (G.), SOURIAU (M.-A.), « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Dr. social 2003, p. 72.

BOSSU (B.), « Les méthodes de production des normes en droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Economica, coll. Etudes juridiques t. 35, 2011, p. 167.

BOUBLI (B.) :

- « Mise en œuvre de la modification du contrat de travail », Dr. social 1990, p. 493.

- « Sur la modification du contrat de travail », Sem. Soc. Lamy 1997, n° 835, 14 avril 1997, p. 4 , p. 3.
- « Le juge, la norme et le droit du travail », *in Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, PUF, Droit éthique société, 1998, p. 29.

BOULMIER (D.), « Brèves réflexions sur les contextes de la rupture conventionnelle », JCP S 2013, act. 53.

BOURRIER (Chr.), BOUCHE (N.), «La sanction des clauses contractuelles contraires à une convention collective», Rec. D. 1999, p. 159.

BRAUN (A.), «L'ANI tente de briser la capacité de résistance des salariés», Sem. soc. Lamy 2013, n° 1568, p. 9.

BUISSON (J.-M.), « Nécessaire intention malicieuse de l'employeur », JSL 2012, n° 325.

- C -

CADIET (L.), « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in Le droit contemporain des contrats*, dir. L. CADIET, Economica, 1987, p. 7.

CALAIS-AULOY (J.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239.

CAMERLYNCK (G.-H.), «la renonciation du salarié», Dr. social 1960, p. 628.

CANUT (Fl.), « Modulation du temps de travail et contrat de travail : la bergère n'a pas dit son dernier mot », RDT 2013, p. 771.

CARBONNIER (J.), « La Bible et le droit », *in La révélation chrétienne et le droit*, Ann. Fac. Droit Strasbourg, t. IX, 1961, p. 115.

CARAPANO (É.), « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges entre personnes privées : à propos du droit à l'information et à la consultation des travailleurs », Revue Lamy droit des affaires 2014, p. 93.

CASSIA (P.) :

- « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », Europe décembre 2004, p. 6.
- « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », RFDA 2007, p. 1105.

CAYLA (O.), « Lire l'article 55 de la Constitution – Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 1999, n° 7, p. 77.

CESARO (J.-Fr.) :

- «L'articulation de la norme interne et de la norme internationale», *in l'articulation des normes en droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIE, Economica, 2011, p. 226.
- « La résiliation conventionnelle des contrats de travail », Dr. social 2011, p. 640.

CHALARON (Y.) :

- « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243.
- « Conventions et accords collectifs », J.-Cl. Travail, fasc. 19-20, 1989, p. 4.
- « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail*, Études offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz, Paris, 1989, p. 243.
- « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », Dr. social 1998, p. 355.
- « Négociations et accords collectifs de branche et d'entreprise. Problèmes d'articulation », in *Le droit privé français à la fin du XXe s, étude offerte à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 883.

CHALTIEL (Fl.), « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité – Développements récents », AJDA 2009, p. 1650.

CHAPUIS (M.), « Le principe de faveur résiste sur la base du contrat de travail », Option, octobre 2013, n° 590, p. 37.

CHAUMETTE (P.), « Le temps de travail du capitaine de navire clarifié par l'effet direct de la convention n° 180 de l'OIT », Dr. social 2013, p. 287.

CHAUSSADE (A.), « L'aménagement du temps de travail sur tout ou partie de l'année », option finance, n° 1028, 11 mai 2009, p. 30.

CHAMPEAUX (Fr.), « La rupture conventionnelle élude des dispositions d'ordre public sur les AT/MP », Sem. soc. Lamy 2014, n° 1647, p. 12.

CHASSAGNARD-PINET (S.), **VERKINDT (P.-Y.)**, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », JCP S 2008, p. 1365.

CHAZAL (J.-P.) :

- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 du Code civil », RTD Civ. 2001, p. 265.
- « ‘Relire Josserand’, oui mais... sans le trahir », D. 2003, p. 1777.

CHEVALLIER (J.), « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1984, p. 7.

CHEVILLARD (A.) :

- « La notion de disposition plus favorable », Dr. social 1993, p. 363.
- « Les conflits de normes », Sem. soc. Lamy, Suppl. n°1361, 7 juillet 2008, p. 25.

CHONNIER (J.-M.), « 'L'étrange cas' de la modification du contrat de travail », D. 2005, p. 2912.

CLERGERIE (J.-L.), *Le principe de subsidiarité*, Ellipse, Paris, 1997.

CONSTANTINESCO (VI) :

- « Le principe de subsidiarité, un passage obligé », in *Mélanges BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 35
- « Les rapports entre les traités et la Constitution : du droit interne au droit communautaire », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, p. 463.

CORRIGNAN-CARSIN (D.), « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges offerts à H. BLAISE*, Paris, Economica, p. 125.

COUSSIRAT-COUSTERE (V.), «Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: primauté et effet direct», in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Némésis, 1992, p. 15.

COUTURIER (G.) :

- « Les techniques civilistes et le droit du travail », chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues, D. 1975. Chron. p.151.
- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. FLOUR*, Paris, Defrénois, 1979, p. 95.
- « La faute lourde du salarié », Dr. social 1991, p. 105.
- « L'intérêt de l'entreprise », in *Mélanges J. SAVATIER*, 1992, p. 143.
- « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », Dr. social 1998, p. 375.
- « La rémunération élément du contrat de travail », Dr. social 1998, p. 523.
- « Pot pourri autour des modifications du contrat de travail », Dr. social 1998, p. 878.
- « La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif », in *La négociation du contrat de travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 7.
- « Les ruptures d'un commun accord », Dr. social 2008, p. 923.
- « Les ruptures conventionnelles, ruptures paisibles ? », RDT 2009, p. 205.
- «De quoi le salaire est-il la contrepartie?», Dr. social 2011, p. 10.
- « Petites histoires de nullités du licenciement », Dr. social 2011, p. 1218
- « Accords de maintien de l'emploi », Dr. social 2013, p. 805.

COUTURIER (G.), PERULLI (A.), « Droit des contrats et droit du travail (2^{ème} partie) », RDT 2007, p. 407.

CREPLET (A.-C.), VERNAC (St.), SACHS (T.), COTHENET (A.), DABOSVILLE (B.), « Variations autour de la prise d'acte », RDT 2007, p.159.

CREPLET (A.-C.), J. DIRRINGER, Y. FERKANE, T. SACHS, E. PESKINE, M. SWEENEY, « Variations sur la période d'essai », RDT 2008, p.515

CRISTAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002, Chron. p. 2814.

CUBERTAFOND (B.), « Du droit enrichi par ses sources », RD publ. 1992, p. 353.

CUCHE (P.) :

- « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », Rev. Crit. 1913, p. 412.
- « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », D. 1932. Chron. 101.

- D -

DALMASSO (R.), « La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle », in *La volonté du salarié*, dir. T. SACHS, Dalloz, 2012, p.221

DAUGUAREILH (I.), «Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », Dr. social 1996, p. 128.

DEAKIN (S.), « Lavoro standard e lavori atipici nell'esperienza inglese » in M. PEDRAZZOLI (dir.) *Lavoro subordinato e dintorni Comparazioni e prospettive*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 213.

de FONTBRESSIN (P.), « Un pacificateur par le droit », in *Mélanges offerts à P. DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 47.

de BÉCHILLON (D.), « Le gouvernement des juges: une question à dissoudre », in *Gouvernement des juges et démocratie, Publications de la Sorbonne*, dir. S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, Paris, 2001, p. 341.

DE BECHILLON (D.), **MOLFESSIS (N.)**, « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit », – Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16 (Dossier : le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit) – juin 2004.

DECAUX (E.), «Article 60», in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2e éd., 1999, p. 897.

DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », RTD civ. 1907, p. 245.

DÉPREZ (J.) :

- « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation, « Sois juge et tais-toi » (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », RTD civ. 1978, p. 503.

- « Naissance de la norme dans l'entreprise ; interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage », Dr. social 1987, p. 637.

- « Évolutions récentes de la jurisprudence en matière disciplinaire », RJS 6/1991, p. 351.

- « La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire : le cas de la rétrogradation », JCP, éd. E, 1992. I, p. 148.

DERO (D.), « Le livre vert de la Commission européenne », RTD eur. 2005, p. 81.

DESPAX (M.) :

- « L'entreprise et le droit du travail », in *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, t. XIII, fasc. 2, 1965, p. 127.

- « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », in *Mélanges LYON-CAEN*, 1989, p. 267.

- « L'exercice du droit d'opposition », Dr. social 1991, p. 292.

DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge*, APD, 2007, p. 49.

DOCKÈS (E.) :

- « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. social 1997, p. 140.
- « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », Droit ouvrier 1997, p. 503
- « Le pouvoir dans les rapports de travail », Dr. social 2004, p. 620.
- « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, mélanges en l'honneur de J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 203.
- « Notion de contrat de travail », Dr. social 2011, p. 546.
- « Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier », Dr. social 2012, p. 147.

DOUCHY-OUDOT (M.), « L'office du juge », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, L.G.D.J./Dalloz, 2009, p. 99.

DOURNAUX (Fr.), « La densification normative, processus d'évolution du droit », in C. THIBIERGE et ali, *La densification normative, découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 187.

DRIGUEZ (L.), « Une brèche dans le rempart contractuel de la rémunération des salariés », D. 2014, p. 1628.

DROSS (W.) :

- « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », D. 2006. Chron. 472.
- « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », RTD civ. 2014, p. 1.

DUBOIS (L.), « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *Mélanges BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 205.

DUBOUT (E.), **NABLI (B.)**, « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », RFDA 2010, p. 1021.

DUMONT (Fr.), « Réflexions sur la construction jurisprudentielle de la prise d'acte », RJS 2014, p. 898.

DUMORTIER (G.), « Refus d'une modification disciplinaire du contrat de travail et autorisation de licenciement. Conclusions du rapporteur public » Dr. social 2013, p. 925

DUPEYROUX (J.-J.) :

- « Quelques questions », Dr. social 1990, p. 9.
- « Avant-propos, Droit civil et Droit du travail: l'impasse », Dr. social, 1988, p. 371.

DUPEYROUX (C.), « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit » in *Mélanges offerts à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463.

DUPLAT (J.), « La rupture abusive de la période d'essai », Sem. soc. Lamy, 3 décembre 2007, n° 1331, p. 7.

DUQUESNES (F.), « Les emplois-jeunes et la grève », Dr. social 2001, p. 71.

DURAND (P.) :

- «Le dualisme de la convention collective», RTD civ. 1939, p. 353, spéc. p. 356.
- « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD civ. 1944, p. 73.
- « Le particularisme du droit du travail », Dr. social 1945, p. 298.

- E -

EISENMANN (Ch.), « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », *in Mélanges G. MARTY*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1976, p. 477.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.) :

- « Sur la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », Dr. social 2002, p. 1064.
- « Usage abusif par l'employeur de la clause de mobilité », D. 2008, somm. p. 84.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.), REBER (D.), « Les contrats de travail à durée déterminée. Étude comparée des droits allemand et français à la lumière du droit de l'union », RDT 2001, p. 457.

ESMEIN (A.), « La jurisprudence et la doctrine », RTD civ. 1902, p. 5.

EUDIÉ (Fr.), « La nature du pouvoir du juge de rectifier un fondement juridique inadéquat invoqué par le demandeur », D. 1996, p. 247.

- F -

FABRE (A.) :

- « Rupture conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi », RDT 2010 p. 369
- « Les droits fondamentaux à l'assaut des changements d'horaires », Sem. soc. Lamy, 19 décembre 2011, n°1518, p. 11.
- « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », RDT 2013, p. 184.
- « Changements d'horaires : et si le salarié avait son mot à dire ? », Cah. soc. 2014, p. 336.
- « Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture? », Sem. sociale Lamy 2014, n° 1640, p. 6.

FABRE-MAGNAN (M.) :

- « Travail et droit des contrats », *in Le travail en perspective*, dir. A. SUPIOT, L.G.D.J, 1998, p. 101.
- « Le droit du travail vue du droit civil : l'unité du droit des obligations », *in Regards croisés sur le droit social*, Sem. soc. Lamy, suppl. n° 1095, 28 oct. 2002, p. 31.
- « Le forçage du consentement du salarié », Dr. ouvrier 2012, p. 459.

FAGES (B.), « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », D. 2003. Chron. p. 2386.

FANTONI-QUINTON (S.), « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », p. 395

FAVENNEC-HÉRY (Fr.) :

- « Les 35 heures et le travail à temps partiel », *Dr. social* 1998, p. 382.
- « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », *RJS* 12/99, p. 819.
- « Le contrôle judiciaire du contrat de travail », in *La négociation du contrat de travail, Actes dir. B. TEYSSIÉ*, Dalloz, 2004, p. 85.
- « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », *Dr. social* 2008, p. 660.
- « Le droit de la durée du travail, la fin d'une époque », *Dr. social* 2009, p. 251.
- « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail », *Sem. soc. Lamy*, suppl, n° 1477, 31 janvier 2011, p. 137.
- « Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », *Sem. soc. Lamy*, 16 avril 2012, n° 1534, p. 4.
- « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1592, p. 47.
- « Modulation du temps de travail, les juges résistent ! », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1602, p. 9
- « Qualité de vie au travail et temps de travail », *Dr. social* 2015, p. 113.

FAVENNEC (Fr.) :

- « L'ANI du 31 octobre 1995 sur l'emploi », *Dr. social* 1996, p. 20.
- « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », *Sem. Sociale Lamy*, 9/03/2015, suppl. n° 1667.

FAVENNEC-HERY (Fr.) et MAZEAUD (A.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan », *JCP éd. S* 2009, p. 1314.

FAVOREAU (L.), « Bloc de constitutionnalité », in *Dictionnaire constitutionnel*, sous la direction de DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), Paris, PUF, 1992, p. 87.

FERREIRA MACEDO D'ISEP (Cl.), « La certification environnementale comme instrument de gestion du risque écologique à l'égard du droit brésilien », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de M. PRIEUR*, 2007, p. 1239.

FIESCHI-VIVET (P.), « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *RJS* 7/91, p. 414, n°19.

FLORÈS (Ph.) :

- « Le forfait en jours et l'effectivité des garanties offertes », *Sem. soc. Lamy* 1^{er} juin 2014, n° 1635.
- « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail : les nouveaux atours de la jurisprudence », *RDT* 2014, p. 447.

FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études Ripert*, 1950, t. I, p. 95.

FLÜCKIGER (A.), « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°21, dossier : la normativité, janvier 2007.

FORRAY (V.), « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RTD civ.* 2009, p. 463.

FRAGISTAS (V.), « Les précédents judiciaires en Europe continentale », *in Mélanges MAURY*, 1960, t. II, p. 139.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

- « Application de la loi par le juge », *JcL civil*, Article 5, 1995, n°13.
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD*, 1995, p. 573.
- « Les offices du juge », *in Écrits en hommage A J. FOYER, Jean FOYER auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit*, PUF, 1997, p. 463.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANÈS (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, n° 23, p. 364.

FROIN (J.-Y.) :

- « Licéité et existence de la période d'essai », *CSB* 1995, p. 239.
- « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2010, p. 1087.

FROMONT (Y.), « L'avenir des clauses de mobilité géographique », *Dr. social* 2011, p. 919.

FROSSARD (S.) :

- « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions collectives de champ d'application plus large », *Dr. social* 2000, p. 617.
- « Rupture du contrat de travail, prise d'acte par l'employeur ou le salarié », *RJS* 2003, p. 647.
- « Les incidences des transformations du temps de travail », *Dr. social* 2006, p. 999.
- « Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié », *RDT* 2007, p. 150.
- « La suppléativité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.
- « La dimension contractuelle de la modulation du temps de travail », *D.* 2011, p. 2019.
- « Les caractères de la sanction disciplinaire », *RDT* 2012, p. 685.

- G -

GABA (H. K.), « Changement des conditions de travail : règles de mise en œuvre et régime juridique du refus du salarié », *D.* 2005, p. 1678.

GARAUD (É.), « Clause de mobilité assortie d'une contrainte domiciliaire : la Cour de cassation se réfère à la Conv. EDH pour définir les critères de validité de la stipulation », *RJPF* 1999, n° 3, p. 8.

GAUDIN (H.), « Primauté absolue ou primauté relative ? », *in Droit constitutionnel et droit communautaire – Vers un respect réciproque mutuel ?*, sous la direction de H. GAUDIN, Paris/Aix-Marseille, Economica/PUAM, 2001, p. 97.

GAUDU (Fr.) :

- « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. social* 1990, p. 606
- « L'influence du droit communautaire sur la politique de l'emploi », *Dr. social* 1993, p. 801.
- « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. social* 1998, p. 367.

- « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à J. GHESTIN*, L.G.D.J 2001, p. 366.
- « Érosion ou refondation du droit du travail ? », Dr. social 2008, p. 271
- « Les ruptures d'un commun accord », Dr. ouvrier 2008, p. 594.
- « Le salaire et la hiérarchie des normes », Dr. social 2011, p. 24.

GAUTIER (P.-Y.), « Les interactions du droit civil et du droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, p. 129.

GAURIAU (B.), « Le référendum, un préalable nécessaire ? », Dr. social 1998, p. 338.

GÉA (Fr.) :

- « La prise d'acte de la rupture », RJS 2010, p. 559.
- « Rompre. Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat » in *La volonté du salarié*, dir. T. SACHS, Dalloz, 2012, p. 133.
- « Et maintenant des accords de maintien de l'emploi "offensifs" ? », RDT 2014, p. 760.
- « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence? », Sem. sociale Lamy 2014, n° 1625, p. 10
- « Le projet de Loi Macron et l'emploi (III) : simplifier, sécuriser, libérer, délivrer... », RDT 2015, p. 254.

GÉNIAUT (B.), « Le contrat de travail et la réalité », RDT 2013, p. 90.

GÉLINEAU-LARRIVET (G.), « Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », Dr. social 1998, p. 380.

GHESTIN (J.) :

- « La notion de contrat », Revue Droits n° 12, 1990, p. 7.
- « Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'économie industrielle, n° 92 2^e et 3^e trimestre 2000, p. 81.
- « Les données positives du droit », RDT civ. 2002, p. 11.

GOBERT (M.), « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », RTD civ. 1992, p. 344.

GOMY (M.), « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », in *Étude sur le droit de la concurrence, Mélanges Y. SERRA*, Dalloz, 2006, p. 199.

GOSSELIN (H.), «Le temps de travail», Dr. social 2010, p. 374.

GOSSELIN (H.) et GÉA (Fr.), « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », RDT 2009, p. 688.

GÖZLER (K.), « La question de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles » in *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, Vol. XXXII, n° 48, 1998, p. 65.

GRANET (Fr.), « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 41.

GRÉVISSE (S.), « Le renouveau de la Charte sociale européenne », Dr. social 2000, p. 884.

GRÉVY (M.), HENRIOT (P.), « Le juge, ce gêneur... », RDT 2013, p. 173.

GRUMBACH (T.), « Syndicalisme de proposition et de transformation sociale », in *Mélanges VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 43.

GUASTINI (R.), « Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Economica, 2006, p. 453.

GUIOMARD (Fr.), « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », RDT 2006, p. 222.

- H -

HAMON (L.), « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dr. social 1983, p. 155.

HANNOUN (Ch.), « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », RDT 2008, p. 288.

HAUSER (J.), « La notion de salaire et le droit privé », in *Mélanges M. DESPAX*, PU Toulouse, 2002, p. 373.

HAUTEFORT (M.), « Salaire, usage et modification du contrat de travail », JSL, n° 24/98, p. 6.

HÉBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges COUZINET*, 1974, p. 329.

HENNION-MOREAU (S.), « L'influence du droit social communautaire sur le droit interne », Dr. social 1992, p. 736.

HEUZÉ (V.), « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », JCP 2005, I. 130, p. 671.

- J -

JAMIN (Chr.) :

- « L'oubli et la science », RTD civ. 1994, p. 815.

- « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Dr. et patr. 1998, p. 46.

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 441.

JAVILLIER (J.-Cl.) :

- « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : “normalisation” du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Mélanges G. H. CAMERLYNCK*, Dalloz 1978, p. 101.
- « le statut des médecins du travail », *Dr. social* 1980, p. S. 40.
- « Le patronat et les transformations du travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p.193.

JEAMMAUD (A.) :

- « Sur l'applicabilité en France des Conventions internationales de travail », *Dr. social* 1986, p. 399.
- « Les polyvalences du contrat de travail », in *Étude offerte à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 299.
- « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », *Dr. social* 1999, p. 115
- « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail », *Dr. social* 2001, p. 227.
- « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », in *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003,
- « le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 299.
- « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 15.
- « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », in *Le pouvoir de l'employeur*, Sem. Soc. Lamy, 11 février 2008, suppl. n° 1340, p. 15.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), LYON-CAEN (A.), « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, *Chron.* p. 359.

JESTAZ (Ph.) :

- « La jurisprudence, réflexion sur un malentendu », *D.* 1987, *Chron.* III.
- « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 73.
- « Réflexion sur un malentendu », *D.* 1997, p. 15

JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Chr.), « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD civ.* 2002, p. 1.

JÉOL (M.), « la Cour de cassation, juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, La Documentation française, 1994, p. 37.

JOSSERAND (L.) :

- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1.
- « L'essor moderne du concept contractuel », in *Mélanges Fr. GENY*, t. 2, Sirey, 1938, p. 333.

JOHANSSON (A.), *La détermination du temps de travail effectif*, L.G.D.J, 2006 ; « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps "à disposition" ? », *D.* 2006. *Chron.*, p. 1711.

JOUBERT (A.), « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. social* 2010, p. 367.

- K -

KAHN-FREUND (O.), « Legal Framework » in *The system of industrial relations in Great Britain : its history, laws and institutions*, dir. A. FLANDERS et H. A. CLEGG, B. Blawckwell, 1954, p. 42.

KELLER (M.), LYON-CAEN (G.),

- « Droit du travail : sources », *Encyclopédie Dalloz travail* 1992 p. 16.

- « Les sources du droit du travail », *Répertoire de droit du Travail* n° 134, janvier 1992 (dernière mise à jour janvier 2012).

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », in *Écrits français de droit international*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 2001, p. 85.

KOVAR (R.), « Ordre juridique communautaire – Immédiateté du droit communautaire », *J.-Cl. Europe*, fasc. 432, à jour 3, 1991, n° 18.

- L -

LABETOULLE (D.), « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'état de droit, Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Dalloz, 1996, p. 403.

LABORDE (J.-P.), « Conflits collectifs et conflits de lois », *Dr. social* 2001, p. 715.

LAGARDE (X.) :

- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170.

- « Aspect civiliste des relations individuelles de travail », *RTD civ.* 2002, p. 435.

LAGESSE (P.) et BOUFFIER (N.), « Les frontières de la rupture conventionnelle », *Droit social* 2012, p. 14.

LAMARCHE (Th.), « La notion d'entreprise », *RTD com.* 206, p. 709.

LAMY (B.) et DEUMIER (P.), « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *LPA* 9 octobre 2000, p. 8.

LANDRAUD (D.), « A propos des revirements de jurisprudence », *D.* 1982, I, 3093.

LANGLOIS (Ph.) :

- « contre la suspension du contrat de travail », *D.* 1992. *Chron.*, p. 141

- « Europe sociale et subsidiarité », *Dr. social* 1993, p. 201.

- « Approche critique des principales dispositions du projet de loi (II) », *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1153, p. 9.

- « La doctrine de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. social* 2006, p. 1084.

- « Une loi négociée », *Dr. social* 2008, p. 346.

LARDY-PÉLISSIER (B.), « L'information du salarié », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de J. Péliissier*, Dalloz, coll. Études Mélanges, 2004, p. 331.

LASSERRE-KIESOW (V.), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, chr. p. 2279.

LAULOM (S.),

- « La stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation ? », *RDT* 2007, p. 643.

- « Harmonisations législatives et stratégie européenne pour l'emploi », *RDT* 2007, p. 710.

- « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219.

- « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT* 2011, p. 298.

- « Le droit de l'Union européenne menace-t-il la finalité du droit du travail? » in *13 Paradoxes du droit du travail*, sous la direction de Ph. WAQUET, Lamy, coll. Axe Droit, 2012, p. 199.

LAULOM (S.), **MERLEY (N.)**, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219.

LE TOURNEAU (Ph.), « Bonne foi », *Rép. civ.* Dalloz, n° 31.

LEBEN (C.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », in *Revue Droits*, t. 33, *Ordre juridique* 1/, p. 25.

LECLERC (O.), **PASQUIER (T.)**, « La dépendance économique en droit du travail: éclairages en droit français et en droit comparé », *RDT* 2010, p. 83.

LEGAC-PECH (S.), « La figure contractuelle en droit du travail », *D.* 2005, p. 2250.

LEGRAND (H.-J.), « Les accords collectifs de maintien de l'emploi : entre deux frontières de la négociation collectives », *Dr. social* 2013, p. 245.

LEHOT (M.), « Proposition pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2336.

LENAERTS (K.) et **VAN YPERSELE (P.)**, « Le principe de subsidiarité et son contexte », *Cah. Dr. eur.* 1994.

LEPAGE (A.), « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. social* 2006, p. 364.

LEROY (Y.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *RJS* 2012 p. 249.

LHERNOULD (J.-Ph.) :

- « Le temps de travail en quête de nouveaux repères », *RJS* 12/04 p. 871.

- « Le salarié peut en principe librement choisir son domicile », *JSL* 2012, 20 avril 2012, p. 10.

LHERNOULD (J.-Ph), MOIZARD (N.), « Actualité du droit de l'harmonisation sociale en matière de rapport d'emploi », *Dr. social* 2005, p. 509.

LIBCHABER (R.) :

- « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD Civ.* 1997, p. 792.
- « La vision du monde de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2000, p. 672.
- « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », *in Le titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE, G. KOUBI, Economica, coll. Études juridiques, 2003, p. 143.
- « Réflexion sur les effets du contrat », *in Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 211.

LIBCHABER (R.), MOLFESSIS (N.), « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'état », *RTD. civ.* 1999, p. 231.

LOISEAU (Gr.) :

- « Le contrat, la bonne foi, la personne », *D.* 2007, p. 1480.
- « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S* 2009, p. 1013.
- « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. social* 2010, p. 297.
- « Les ruptures conventionnelles pour motif économique », *Dr. social* 2011, p. 681.
- « La rupture conventionnelle du contrat de travail : regards sur le contentieux quatre ans après sa mise en place », *RJS* 2012, p. 249.

LOKIEC (P.) :

- « Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. social* 2009, p. 127.
- « L'accord du salarié », *Dr. social* 2010, p. 140.
- « La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », *D.* 2010, p. 1427.
- « Le changement d'horaires : une nouvelle approche ? », *D.* 2012, p. 92
- « La face cachée des accords de mobilité interne », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1587, p. 5.
- « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1592.
- « Avis de tempête sur le droit du travail », *RDT* 2014, p. 738.

LOKIEC (P.), PORTA (J.), «Droit du travail, relations individuelles de travail juin 2010 - février 2012», *D.* 2012 p. 901.

LOKIEC (P.), ROBIN-OLIVIER (S.), ANDERMAN (S.), REMY (Ph.), ZUMFELDE (M.), BRINO (V.), « La clause de non-concurrence », *RDT.* 2007, p. 674.

LOKIEC (P.), ROBIN-OLIVIER (S.), HENSSLER (M.), REMY (Ph.), MARTIN PUEBLA (E.), MZID (N.), TARCHOUNA (M.), « La modification du contrat de travail », *RDT* 2009, p. 256.

LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER et autres, « Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié », *RDT* 2006, p. 196

LOUIS (J.-V.), « la primauté, une valeur relative? », *Cah. dr. eur.* 1995, p. 23.

LYON-CAEN (A.) :

- « Le recours au travail à durée limitée », Dr. social 1983, p. 5.
- « Actualité du contrat de travail », Dr. social 1988, p. 540
- « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche, déclin ou renouveau ?*, CEREQ, 1993, p. 53.
- « L'emploi comme objet de la négociation collective », Dr. social 1998, p. 316.
- « La chasse aux juges », RDT 2013, p. 1.

LYON-CAEN (G.) :

- « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD civ. 1946, p. 83.
- « Le lock-out », Dr. ouvrier 1950, p. 55.
- « Défense et illustration du contrat de travail », APD 1968, t. 13, p. 59.
- « Négociation collective et législation d'ordre public », Dr. social 1973, p. 89.
- « Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », RTD civ. 1974, p. 229
- « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1977, p. 35.
- « Critique de la négociation collective », Dr. social 1979, p. 350.
- « La bataille truquée de la flexibilité », Dr. social 1985, p. 801.
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », D. 1989, chron. p. 289.
- « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », Dr. social 1995, p. 489.
- « Subsidiarité et droit social européen », in *Études en l'honneur de Lord Wedderburn*, Dr. social 1997, p. 382.
- « Le juge et l'entreprise », in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, actes du colloque du 27 novembre 1998, Paris, la Documentation française, 2000, p. 98.
- « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », Dr. social 2001, p. 1031.

- M -

MARQUET DE VASSELLOT (L.) :

- « La représentativité syndicale, la dérogation à la loi et l'emploi », RJS 8.9/96 p. 563
- « Annualisation et droit d'opposition », RJS 12/96 p. 799

MALAURIE (Ph.) :

- « La Bible et le droit », RTD civ. 2000, p. 525.
- « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence (l'échec du projet de Constitution européenne) », Defrénois 2005, n° 38203, p. 1205. « La révolution des sources », Defrénois 2006, p. 1552.

MARGUÉNAUD (J.-P.), «L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations», in *Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'association Henri Capitant*, t. 1, Lille, LGDJ, 1997, p. 45.

MARGUÉNAUD (J.-P.), J. MOULY (J.), «Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité», D. 1999, p. 645.

MARTENS (P.), « L'irrésistible ascension du principe du principe de proportionnalité », *in Présence du droit public et des droits de l'Homme, Mélanges offerts à J. Velu*, Bruylant 1992, t. 1, p. 49.

MARTIN (Ph.), « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *RTD eur.* 1994, p. 609.

MARTINON (A.), « L'articulation des convention et accords collectifs et des contrats de travail », *in L'articulation des normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, Economica, 2011, p.29.

MASSE-DESSEN (H.), « Genèse et objectifs de l'article L. 1 du Code du travail », *Dr. social* 2010 , p. 494.

MATHIEU (B.) :

- « La modification du règlement intérieur ne peut supprimer des avantages prévus par le contrat de travail qui y fait référence », *D.* 1992, p. 378.

- « Constitution et sécurité juridique », *Table ronde in AIJC* 1999, p. 185.

- « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », *RFDA* 2004, p. 224.

MATHIEU (Ch.), « Volonté du salarié et temps de travail », *RDT* 2012, p. 677.

MATHIEU (Ch.) et NICOD (C.), « L'individu confronté à l'organisation collective du travail », *in Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 51.

MAUCLAIR (St.), « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », *in La force normative*, sous la dir. de C. THIBIERGE, L.G.D.J-Bruylant, 2009, p. 223.

MAYER (P.), « Existe-t-il des normes individuelles ? », *in L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de M. TROPER*, Economica, 2006, p. 679.

MAZEAUD (A.) :

- « La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire », *Dr. social* 1991, p. 16.

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *in Mélanges Fr. TERRÉ*, Paris, Dalloz, 1999, p. 603.

- « Contractuel, mais disciplinaire », *Dr. social* 2003, p. 164.

- « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la position commune du 16 juillet 2001 », *Dr. social* 2003, p. 361.

- « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. social* 2006, p. 744.

MEKKI (M.), « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail? », *RDT* 2006, p. 292.

MESTRE (J.) :

- « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER*, PUF, 1986, p. 40.
- « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. social* 1988, p. 405.

MINET (A.), « Le statut particulier du droit de l'Union européenne sur le droit français », *RFDA* 2013, p. 1199.

MOIZARD (N.) :

- « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français », *Dr. social* 1999, p. 916.
- « Le principe d'égalité de traitement peut-il faire l'objet d'une QPC ? », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1517, p. 10.

MOLFESSIS (N.) :

- « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, t. I 1996, LGDJ, Association H. CAPITANT, p. 65.
- « La nature juridique des recommandations patronales », *RTD civ.* 2000, p. 200.
- « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État », *RTD civ.* 1999, p. 232.

MONIN (M.), « 1989 : Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes », *D.* 1990, *chron.* p. 27.

MORAND (M.) :

- « Accord dérogatoire et contrat de travail », *Droit du Travail* 1994, hors série, p. 41.
- « Les salariés protégés et la modification du statut individuel ou collectif », *TPS*, février 1996, *chron.* p. 3.
- « Mise à pied disciplinaire et salariés protégés », *TPS*, octobre 1999, p. 5.
- « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », *JCP éd. Entr.* 2003, p. 796.
- « Licenciement *sui generis*, entre précisions et interrogations », *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1260, p. 7.
- « Rapports entre accords collectif et relations individuelles de travail », *Dr. social* 2009, p. 900.
- « L'adaptabilité contractuelle par l'accord collectif », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1592.

MORAND (M.), DOCKÈS (E.), « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », *RDT* 2007, p. 144.

MOREAU (M.-A.) :

- « Temps de travail et charge de travail », *Dr. social* 2000, p. 263.
- « Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail », *RJS* 4/2000, p. 247.
- « Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale », *in Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, Études de l'IRDEIC, PU Toulouse 1 Capitole, 2013.
- « Cinquante ans d'analyse des mutations des normes du travail en Amérique du Nord », *Dr. social* 2015, p. 196.

MOREL (C.), « Le droit coutumier social dans l'entreprise », Dr. social 1979, p. 279.

MORIN (G.) :

- « Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts », RTD civ. 1937, p. 553.

- « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », APD 1940, p. 7.

MORIN (M.-L.) :

- « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in Droit négocié, droit imposé, dir. Fr. OST, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1996, p. 643.

- « Le Conseil constitutionnel et la négociation collective », Dr. social 1997, p. 25.

- « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », Dr. social 1998, p. 419.

MORVAN (P.) :

- « En droit, la jurisprudence est une source de droit », RRJ, 2001-1, n° 62, p. 107.

- « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », Rec. D. 2005, p. 247.

- « Le nouveau droit de la rémunération », Dr. social 2008, p. 643.

- « L'articulation des normes sociales à travers les branches », Dr. social 2009, p. 679.

- « L'articulation des conventions et accords collectifs – Essai d' « ostéopathie » juridique », in L'articulation des normes en droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, coll. Etudes juridiques n° 44, 2011, p.7

MOULY (Chr.) :

- « Rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Doc. fr., 1994, p. 123.

- « Le revirement pour l'avenir », JCP éd. G 1994, I, 3776, p. 325.

- « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles et Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement », LPA, n° 33 et 53, 18 mars et 4 mai 1994.

MOULY (J.) :

- « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement », D. 1999, chron. p. 359.

- « Disciplinaire, donc non contractuel », Dr. social 2003, p. 395.

- « 'Coup de vent' sur le statut des salariés protégés », Dr. social 2005, p. 861.

- « Une innovation ambiguë : la réglementation de la période d'essai », Dr. social 2008, p. 288.

- « Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés à l'aune des jurisprudences judiciaire et administrative. Légitime divergence d'appréciation ou contrariété de jurisprudence ? », Dr. social 2011, p. 108.

- « La règle réputant non écrites les stipulations illicites d'une clause de non-concurrence est une règle jurisprudentielle non éligible à la QPC », Dr. social 2013, p. 173.

- « Le refus d'une rétrogradation disciplinaire par le salarié : de nouvelles causes d'interruption de la prescription », Dr. social 2013, p. 277.

- « La non-rétroactivité de la loi Warsmann sur la modulation du temps de travail », Dr. social 2014, p. 71.

- « La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée », *Dr. social* 2014, p. 1066.
- « La prise d'acte : un mode de rupture à préserver », *Dr. social* 2014, p. 821.
- « La neutralité de la rupture conventionnelle à l'égard du pouvoir disciplinaire de l'employeur », *Dr. social* 2015, p. 376.

MOUSSERON (P.-H.), « le lieu de travail, territoire de l'entreprise », *Dr. social* 2007, p. 1110.

- N -

NADAL (S.), « Égalité en droit du travail : quelques réflexions », in *Égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, coll. « Recherches », La Découverte, 2000, p. 223.

NORMAND (J.) :

- « Le juge et le fondement du litige », in *Mélanges P. HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595.
- « Le relevé d'office des moyens qui ne sont pas de pur droit. Obligation ou faculté ? », *RTD. civ.* 1992, p. 175
- « La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation » in *La procédure dans tous ses états*, in *Mélanges J. BUFFET*, LPA 2004, Paris, p. 357.

NOGUERO (D.), « Le devenir de la période d'essai », *Dr. social* 2002, p. 592.

- O -

OGIER-BERNAUD (V.), « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1111, p. 6.

OLIVIER (J.-M.), « Les conflits de sources en droit du travail interne », in *les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p.194.

OPPETIT (B.), « L'apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 113.

ORTSCHEIDT (P.), « Pour un renforcement de la protection pénale des représentants conventionnels », in *Mélanges en l'honneur du professeur H. SINAY*, Francfort, Berne, Peter Lang, 1994, p. 247.

OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, p. 509.

OST (Fr.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *APD*, 1986, t. 31, Le système juridique, p. 133.

PAGNERRE (Y.) :

- « L'intérêt de l'entreprise », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, 2010, p. 63.
- « L'articulation des normes spéciales et générales en droit du travail », in *L'articulation des normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Economica, 2011, p. 45.

PAUTRAT (R.), « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement », D. 1992, p. 332.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.), « Prise d'acte et résiliation judiciaire », Dr. social 2012, p. 29.

PÉLISSIER (J.) :

- « Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail », in *Études de droit du travail* offertes à A. BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 427.
- « Travail à durée limitée et droits des salariés », Dr. social 1985, p. 17.
- « La liberté du travail », Dr. social 1990, p. 19.
- « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », D. 1992, chron., p. 30.
- « Le licenciement disciplinaire », Dr. social 1992, p. 751.
- « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges dédiés à Michel Despax*, USST, 2002, p. 389.
- « La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié », D. 2003, p. 2396.
- « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS 2004, p. 3.
- « La détermination des éléments essentiels du contrat de travail », Dr. ouvrier 2005, p. 92.
- « La modernisation de la rupture du contrat de travail », RJS 2008, p. 679.
- « Conditions de validité des clauses de non concurrence », D. 2002, p. 3110
- « L'insécurité contractuelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de J. HAUSER*, Bordeaux, 2012, p. 985.

PERRIN (L.), « Rupture d'une période d'essai : portée du respect du délai de prévenance », D. 2013, p. 313.

PESKINE (E.) :

- « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », RDT 2013, p. 168.
- « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », Dr. social 2014, p. 438.

PETIT (Fr.), « L'ordre public dérogatoire », RJS 2007, p. 391.

PETTITI (Chr.), « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la protection du domicile du salarié », Travail et protection sociale 1999, chron., p. 6.

PHILBERT (A.), « À propos du droit d'opposition », CSBP 96, p. 185.

PICOD (Y.) :

- « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57.
- « La normativité du droit communautaire », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : la normativité) - janvier 2007.

- « Bonne foi et droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, Litec-Dalloz 2011, p. 121.

PIGNARRE (G.) :

- « Rapport introductif » in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Dir. G. PIGNARRE, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 1.

- « L'office du juge dans la sécurisation des conventions de forfait en jours », RDT 2014, p. 746.

POIRIER (M.), « La clause dérogatoire in pejus », *Dr. social* 1995, p. 885.

POLLAUD-DULIAN (F.), « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 487.

PONTIF (V.), « Les rythmes de travail », *RDT* 2012, p. 208.

PORTA (J.) :

- « Le contrôle du juge sur la validité du plan social », *D.* 2002, p. 771.

- « Égalité, Discrimination et égalité de traitement - À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », 1ère partie, *RDT* 2011 p. 290.

- « Égalité, discrimination, égalité de traitement - À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », 2e partie, *RDT* 2011 p. 354.

- « L'applicabilité des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RDT* 2011, p. 590.

- « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l'égalité », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, sous la direction de G. BORENFREUND et I. VICARIE, Dalloz, 2013, p. 9.

- « Le jugement d'efficacité devant le juge de l'Union européenne », in *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelles normes, nouvelle normativité*, Dir. P. HAMMJE, L. JANICOT, S. NADAL, coll. LEJEP (Laboratoire d'Etudes Juridiques et Politiques), Université de Cergy-Pontoise, Lextenso éditions, 2013.

PRÉTOT (X.) :

- « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. social* 1991, p. 197.

- « Principes généraux du droit et accords dérogatoires », *RJS* 12/94, p. 819.

- « Les bases constitutionnelles de la négociation collective - Travail et protection sociale », janvier 1997, p. 4.

- « Les sources du droit du travail au regard du droit public », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p. 150.

PUIG (P.), « Hiérarchie des normes: du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749.

PUIGELIER (C.) :

- « Le rôle du juge dans l'imputabilité de la rupture du contrat de travail », *D.* 2001, p. 963.

- « Temps et création jurisprudentielle », in *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, APD, t. 50, 2006, p. 89.

RADÉ (Chr.) :

- « Le principe d'égalité et les politiques d'emploi catégorielles », *Constitutions* 2011, p. 373.
- « L'autonomie du droit du licenciement », *Dr. social* 2000, p.178.
- « Des critères du contrat de travail », *Dr. social* 2013, p. 202.
- « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », *Dr. social* 2001, p. 624.
- « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », *Dr. social* 2000, p. 381.
- « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. social* 2002, p. 931.
- « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. social* 2001, p. 802.
- « À 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. social* 2000, p. 828.
- « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. social* 2001, p. 802.

RANGEON (Fr.), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », in *Le préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURA, PUF, 1996, p. 182.

RAY (J.-E.) :

- « Les accords sur le temps de travail », *Dr. social* 1988, p. 99
- « La flexibilité du temps de travail », in *Le droit du travail : hier et demain*, Congrès européen de droit du travail, Paris 12-15 septembre 1989, Société de législation comparée, p. 183.
- « Mutation économique et changement du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail*, Études offertes à A. LYON-CAEN, Dalloz, 1989, p. 11.
- « Résiliation : succès statistique, doute judiciaire », *Liaisons soc.* févr. 2012, p. 50.
- « Une relégitimation nécessaire de la (vraie) prise d'acte », *Dr. social* 2014, p. 397.

REMY (Ph.) :

- « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *le droit contemporain des contrats*, dir. L. CADIET, Economica, 1987, p. 271.
- « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ? », *RDT* 2012, p. 133.

REVET (Th.) :

- « L'objet du contrat de travail », *Dr. social* 1992, p. 859.
- « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Dir. Chr. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999, p. 31.

REYNÈS (B.), « Mise à pied conservatoire et nature disciplinaire du licenciement ? », *D.* 2010, p. 1536.

RIALS (St.), « L'office du juge », in *La fonction de juger*, *Droits*, n° 9, Puf, 1989, p. 6.

RICHARD de la TOUR (J.), « Le droit du travail dans le droit de l'Union européenne », in *13 Paradoxes du droit du travail*, Dir. Ph. WAQUET, Lamy, coll. Axe droit, 2012, p. 203.

RITLENG (D.) :

- « Le principe de primauté du droit de l'Union », *Rev. trim. de Dr. eur.* 2005, p. 285.

- « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union, les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », RTD eur. 2013, p. 267.

RIVEL (G.), «Retour sur la difficile intégration du droit communautaire par le juge administratif français», L.P.A., 22 décembre 2006, p. 8.

RIVÉRO (J.) :

- « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968, I, doct., p. 15.

- « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *Mélanges R. CASSIN*, Pédone, 1971, t. III, p. 301.

RONGERE (P.), « La réforme du droit de licenciement », *Économie et humanisme*, sept.-oct. 1973.

ROSSETTO (J.), «ordre constitutionnelle interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie», in *Le droit administratif: permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de J.-Fr. LACHAUME*, Dalloz, 2007, p. 889.

ROTSCHILD-SOURIAC (M.-A.), « Le contrôle de la légalité interne des conventions et des accords collectifs », *Dr. social* 1996, p. 395.

ROUHETTE (G.) :

- « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à R. RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 247.

- « La force obligatoire du contrat, Rapport français » in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, dir. D. TALLON et D. HARRIS, L.G.D.J, 1987, p. 27.

ROUMIER (W.), « Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ? », *TPS*, 2003, n° 2, p. 4.

ROUSSEAU (D.), « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, p. 12.

ROUSSEL (Fl.), « Contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et office du juge administratif », *Dr. social* 2015, p. 221.

- S -

SACHS (T.), « La volonté du salarié en actes », in *La volonté du salarié*, dir. T. SACHS, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 47.

SARAMITO (Fr.) :

- « Vers un déclin du contrat de travail à durée déterminée », *Dr. ouvrier* 1982, p. 403.

- « Le droit du travail en question », *Dr. ouvrier* 1986, p. 39.

- « Les accords dérogatoires », *Droit ouvrier* 1990, p. 253.

SARGOS (P.), « La prise en compte des grands paramètres de la décision judiciaire », in *Actes du Colloque « L'office du juge »*, Les colloques du Sénat, 29 et 30 avril, septembre 2006, p. 318.

SAURET (A.) :

- « Négociation sur le temps de travail », Cahiers Droit de l'Entreprise n° 1/86.
- « Le concept de dérogation en droit du travail », Droit du Travail 1994, hors série, p. 35

SAUVEL (V.), « Essai sur la notion de précédent », D. 1955. Chron., p. 93.

SAVATIER (J.) :

- « Modification de contrat de travail et respect des engagements contractuels », Dr. social 1988, p. 136.
- « La liberté dans le travail », Dr. social 1990, p. 49.
- « La solution du conflit de normes entre Code du travail et statuts des entreprises publiques par l'application de la règle la plus favorable aux salariés » Dr. social 1996, p. 1054.
- « La procédure des licenciements disciplinaires et la sanction de son inobservation », Dr. social 1997, p. 690.
- « Application à la durée d'une période d'essai de l'effet immédiat des conventions collectives », Dr. social 1998, p. 12.
- « Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales », Dr. social 1998, p. 330.
- « Sanctions disciplinaires et contrat de travail », in *Mélanges P. COUVRAT*, 2001, PUF, p. 211.

SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. III, Sirey, 1934, p. 400.

SCHOENBERGER (Fr.), « Temps et lieu de la vie personnelle, temps et lieu de la vie professionnelle », Dr. social 2010, p. 31.

SERGENNE (A.), « Le précédent judiciaire au Moyen Âge », Rev. hist. droit 1961, p. 224.

SERIAUX (A.), « Le juge au miroir, l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Chr. MOULY*, 1998, p. 171.

SERRA (Y.), « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », D. 2002, p. 2491.

SERVERIN (E.), « La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », RDT 2012, p. 110.

SIAU (B.), « La mobilité professionnelle », Dr. social 2011, p. 883.

SILHOL (B.), « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », Dr. social 1997, p. 931.

SINAY (H.), « La résurgence des arrêts de règlement », D. 1958, Chron., p. 85.

SINAY (H.) et JAVILLIER (J.-Cl.), « La grève ne reste un droit efficace que si le lock-out, lui, n'est pas érigé en droit », in *La grève*, dir. G. H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, Dalloz, 1984, p. 462.

SIRO (J.), « Rupture conventionnelle : rétractation du salarié et licenciement disciplinaire », D. actualité, 30 mars 2015.

SOULAS de RUSSEL (D.) et RAINMBAULT (P.), « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », RID comp. 2003, p. 85.

SOULIER (P.), « L'objet de la négociation », Dr. social 1990, p. 596.

SOURIAC (M.-A.) :

- « Pouvoir et convention collective », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, dir. J. PÉLISSIER, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 57.

- « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », Dr. social 2001, p. 705.

- « L'articulation des accords de branche et d'entreprise: une question de principe(s) », Sem. soc. Lamy suppl. n°1084, 15 juillet 2002, p. 7.

- « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. social 2004, p. 579.

- « Les réformes de la négociation collective », RDT 2009, p. 14.

SOURIAC (M.-A.), BORENFREUND (G.), « La négociation collective, entre désillusion et illusions » in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2000, p. 181.

SOYER (J.-CL.), « Loi nationale et Convention EDH », in *Mélanges J. FOYER*, 1997, PUF, p. 125.

STROZZI (G.), « Le principe de subsidiarité...une énigme et beaucoup d'attentes », RTD eur. 1994, p. 373.

STRUILLOU (Y.), « La nature du contrôle de l'inspecteur du travail sur les demandes d'autorisation de licenciement des salariés protégés », Dr. social 2010, p. 306.

SUPIOT (A.) :

- « Le juge et le contrat de travail – compte rendu d'une recherche », Dr. social. 1980, numéro spécial mai, p. 59.

- « Délégation, normalisation et droit du travail », Dr. social 1984, p. 296

- « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », Dr. social 1989, p. 195.

- « Le temps de travail : pour une concordance des temps », Dr. social 1995, p. 947.

- « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. social 2000, p. 131.

- « Revisiter les droits d'action collective », Dr. social 2001, p. 687.

- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », Dr. social 2003, p. 59.

SURREL (H.), « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux », JPC G, 10 mars 2014, p. 319.

- T -

TAURAN (T.), « Que faut-il entendre par système en matière juridique ? (Remarques personnelles sur les critères permettant de définir la notion de système) », RRJ 2001-3, p. 1529.

TEBOUL (G.), « Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle du droit », RDP 1993, p. 939.

TERNEYRE (Ph.), « Droit constitutionnel social. Inventaire en guise d'ouverture », RFDC2 1990, p. 339.

TERRÉ (Fr.) :

- « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ, Puf, 1998, p. 15.

- « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », in *La création du droit par le juge*, APD, t. 50, Dalloz, 2006, p. 305.

TEYSSIÉ (B.) :

- « Les contrats de travail à durée déterminée », JCP CI 1982, p. 13830.

- « Propos autour d'un projet d'autodafé », in *Faut-il brûler le Code du travail ?*, Dr. social 1986, p. 559.

- « Remarques sur le droit du travail », in *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 495.

- « Le droit de Lock-out », Dr. social 1994, p. 795.

- « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », D. 2004, p. 1680.

- « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », Dr. social 2005, p. 45.

THÉRY (Ph.) :

- « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 366.

- « Le droit à une législation figée ? », RTD civ. 2004, p. 341.

THÉZÉ (M.), « Les potentialités de l'article L. 120-2 du Code du travail », Sem. soc. Lamy, 29 juillet 2002, p. 6.

THIBIERGE (C.) :

- « Au cœur de la norme, le tracé et la mesure », APD 2008, t. 51, L'égalité, p. 341.

- « Le droit souple », RTD civ. 2003, p. 599.

- « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ*, 2006, p. 519.

- « La densification normative », D. 2014, p. 834.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357.

THUILLIER (H.), « Contribution à la théorie des sources en droit du travail », JCP G 1974, I, 2649.

TIMSIT (G.) :

- « Pour une nouvelle définition de la norme », D. 1988, chron. XLII.
- « L'ordre juridique comme métaphore » Droits 2001, n° 33, p. 3.

TISSANDIER (H.) :

- « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. social 1997, p. 1045
- « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2005, p. 109.
- « Quelle capacité de résistance du contrat de travail face à un accord de réduction du temps de travail ? », RDT 2006, p. 188.
- « L'identification d'un engagement unilatéral de l'employeur », RDT 2008, p. 400.

TOUFFAIT (A.), « Traité et loi postérieure », in *Études M. ANCEL*, 1975, Pédone, t. 1, p. 379.

TOURNAUX (S.), « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », Dr. social 2013, p. 576.

TROPER (M.) :

- « Système juridique et État », APD, Sirey, 1986, T. XXXI, p. 29.
- « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit*, le droit, l'Etat, PUF, 2001, p. 69.

- U -

URBAN (Q.), « La "bonne foi", un concept utile à la régulation des relations de travail », in *Le droit social - Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de P. ORTSCHIEDT*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, p. 330.

- V -

VACHET (G.) :

- « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Dr. social 2009, p. 896.
- « Les deux faces de la mobilité », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1570, p. 7

VANDERLINDEN (J.), « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », RTD civ. 1995, p. 69.

VASSEUR-LAMBRY (F.), « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », LPA, 17 mars 2000, n°389, p. 4.

VATINET (R.), « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », Dr. social 1998, p. 534.

VEDEL (G.), « La place de la Déclaration de 1789 dans le ‘bloc de constitutionnalité’ » *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : Colloque des 25 mai et 26 mai au Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989, p. 35.

VERDIER (J.-M.) et LANGLOIS (Ph.), « Aux confins de la théorie des sources du droit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *Rec. D.* 1972, chron. p. 253.

VÉRICEL (M.) :

- « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », *Dr. social* 1991, p. 120.
- « Effets de la référence du contrat de travail aux dispositions du règlement intérieur », *Dr. social* 2004, p. 834.
- « Le sort des engagements unilatéraux en cas de conclusion postérieure d'un accord collectif », *Dr. social* 2010, p. 1092.

VERKINDT (P.-Y.) :

- « La modification du contrat de travail du salarié protégé », *in Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur H. SINAY*, 1994, Peter Lang, p. 281.
- « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *Dr. social* 1998, p. 321.
- « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », *in La nouvelle crise du contrat*, dir. Chr. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 197.
- « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. social* 2006, p. 720.
- « L'interprétation des accords collectifs », *Sem. soc. Lamy suppl.*, 7 juillet 2008, n° 1361, p.45.
- « Les conventions de forfait », *Dr. social* 2010, p. 387.
- « Les mobilités », *JCP S* 2013, p. 1261.

VICARIE (I.), «La renonciation du salarié», *Dr. social* 1990, p. 757.

VIGNEAU (Chr.), « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. social* 2004, p. 706.

VULLIERME (J.-L.), « Les anastomoses du droit (spéculations sur les sources du droit) », *APD*, Sirey, 1982, T. XXVII, p. 5.

- W -

WAQUET (Ph.) :

- « Contrat de travail et statut collectif », *Chron.*, RJS 6/94, p. 399.
- « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p. 791.
- « La cause de la modification du contrat de travail », *Liaisons soc.*, mensuel, n° 132 oct. 1998, p. 62.
- « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 383.
- « Le temps de repos », *Dr. social* 2000, p. 288.
- « La vie personnelle du salarié », *in Mélange en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 513.
- « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. social* 2003, p. 276.
- « La vie personnelle du salarié », *Dr. social* 2004, p. 23.

- « Libertés et contrat de travail », RJS, 5/09, p. 347.
- « Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier », Dr. social 2009, p. 1177.
- « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », Dr. social 2010, p. 14.
- « Qu'est ce que juger ? », Dr. social 2010, p. 1015.

WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Dalloz, 1996, p. 575.

WOLMARK (C.), « La négociation collective – Les conventions et accords collectifs de travail », RDT 2007, p. 631.

- Z -

ZÉNATI (Fr.) :

- « La jurisprudence », D. 1991, p. 154.
- « La saisine pour avis de la Cour de cassation », D. 1992. Chron. p. 247
- « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », D. 2002, p. 15.

ZÉNATI-CASTAING (Fr.), « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », D. 2007, p. 1553.

IV/ ŒUVRES COLLECTIVES, RAPPORTS, RESOLUTIONS, PROTOCOLES :

AKANDJI-KOMBÉ (J.-Fr.), S. LECLERC (S.), *La Charte sociale européenne*, Actes des 1ères Rencontres européennes de Caen, 17 mars 2000, Bruylant, collection Rencontres européennes Bruxelles, 2001.

ALLAND (D.) et RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003.

BARTHÉLÉMY (J.), CETTE (G.), *Réformer le droit du travail*, Odile Jacob, 2015.

BERAUD (J.-M.) et JEAMMAUD (A.) (Dir.), *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006.

BORENFREUND (G.) et I. VICARIE (I.) (Dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, 2013.

COMBREXELLE (J.-D.), « La négociation collective, le travail et l'emploi », Rapport au Premier ministre, 2015.

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, concernant le réexamen de la directive 93/104/CE sur certains aspects de l'aménagement du temps de travail, Document COM (2003) 843 final.

DUHAMEL (O.) et MENY (Y.) (Dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.

JAMIN (Chr.) et MAZEAUD (D.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.

JESTAZ (Ph.), THOMASSET (Cl.), VANDERLINDEN (J.), *François Gény, Mythe et réalités : méthodes d'interprétation et sources en droit privé, essai critique*, Blais, 2000.

LARCHER (G.), *Conseil des ministres*, Séance du 1er mars 2005, JO débats Sénat, p.1077.

Le CROM (J.-P.) (Dir.), *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, éd. de l'Atelier, 1998.

MOLFESSIS (N.) (dir.), *Rapport sur les revirements de jurisprudence, remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005.

PERELMAN (Ch.) (Dir.), *Les antinomies en droit*, E. Bruylant, Bruxelles, 1965.

PETIT (C.), conseiller rapporteur, rapport sur l'arrêt Cass. Plen. 27 février 2009, Bull., Assemblée plénière, n° 2 : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/petit_premier_12319.html#.

PIGNARRE (G.) (Dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005.

REMY-CORLAY (Ph.) et FENOUILLET (D.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.

REMET (Th.) (dir.), *L'ordre public dans les relations de travail, L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.

REMET (Th.) et MAZEAUD (D.), *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, Actes du colloque du 25 octobre 2005, L.G.D.J, 2006.

TEYSSIÉ (B.) (Dir.) :

- *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998.

- *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011.

THIBIERGE (C.) (Dir.), *La force normative - naissance d'un concept*, Bruylant/L.G.D.J, 2009.

THOMASSET (Cl.), VANDERLINDEN (J.) et JESTAZ (Ph.) (dir.), *François Gény, mythe et réalités - 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Les Éditions Yvon Blais Inc, 2000.

SACHS (T.) (Dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012.

V/ NOTES SOUS ARRÊTS :

AKANDJI-KOMBÉ (J.-Fr.), « Discutable et équivoque application des sources européennes du droit social, brèves observations sur l'arrêt du 29 juin 2011 », Sem. Soc. Lamy, Supplément, 12 septembre 2011, n° 1504, p. 24.

BÉRAUD (J.-M.) :

- «Le contrat nouvelles embauches et la Convention n° 158 de l'OIT», RJS 2008, p. 775.
- « L'influence de la suspension du contrat de travail sur les relations institutionnelles dans l'entreprise », Dr. social 1980, p. 151.

BOUAZIZ (P.), GOULET (I.), « À propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité », Cass. soc., 23 février 2005, Dr. social 2005, p. 634.

CHEVILLARD (A.), «La non-conformité de l'ordonnance instituant le contrat "Nouvelles embauches" à la convention numéro 158 de l'OIT : suite et fin ?», Rev. Lamy, Dr. des affaires 2009, p. 51.

CHIREZ (A.), «Florilèges de beaux principes autour d'un CNE désamorcé», Dr. ouvrier 2008, p. 512.

DECHRISTÉ (C.), «Les limites de la nature «réglementaire» de la convention collective», D. actualité 05 avril 2007, note sous Cass. soc., 21 mars 2007, n° 05-13341, Bull. civ. V, n° 54.

DUMONT (Fr), «Contrat nouvelles embauches: suite et fin», JCP. S. 2008, p. 21.

DUPLAT (J.), «Le contrat nouvelles embauches et les normes internationales du travail», RDT 2008, p. 504.

ENCINAS de MUNAGORRI (R.), « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », note sous TGI Marseille, 15 avril 2004, RJS 6/2004, n° 729, RTD civ. 2004, p. 594.

FAVENNEC-HÉRY (Fr.), « La validité du forfait-jours : le grand écart », RJS 8-9/11, p. 587.

HALLER (M.-C.), «L'ordre public social permet-il à un salarié de renoncer à une clause conventionnelle ?», JSL 1998, p. 12.

LARDEUX (G.), « “Specialia generalibus derogant” ou la simplicité apparente des fausses évidences », obs. sur Civ. 3e, 28 mai 2008, RDC 2008, p. 1251.

LAULOM (S.), « Une interprétation de la charte préjudiciable aux droits des salariés », obs. sous CJUE, 18 juillet 2013, Alemo-Herron, aff. C-426/11, Sem. soc. Lamy 2013, p. 10.

LHERNOULD (J.-Ph.), «Le refus d'un changement des conditions de travail ne caractérise pas une faute grave », note ss Cass. soc, 20 novembre 2013, n° 12-30100 et n° 12-16370, JSL 2014, n° 358, p. 7.

LYON-CAEN (G.), « Les pochettes-surprises de la chambre sociale : l'arrêt Aventis Pharma » Sem. soc. Lamy 2004, n° 1154, p. 6.

MAILLARD (S.) :

- «Le contrat 'nouvelles embauches' est contraire à la Convention n° 158 de l'OIT», D. Sirey, 31 juillet 2008, n° 29, p. 1986.

- « Principe de faveur et indemnités de mise à la retraite », note sous arrêt, Cass. soc., 30 septembre 2009, n° 08-40353, Bull. civ. V, n° 214.

MAZARS (M.-F.), FLORÈS (Ph.), «La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours», Sem. Soc. Lamy n° 1499, p. 5.

MAZEAUD (A.), « Contrat de travail. Statut collectif. Engagement unilatéral. Renonciation. Disposition contractuelle plus favorable. », note sous arrêt, Cass. soc., 18 octobre 2006, Mme Grosjean c/ CGAER du Gard, n° 04-44602, Bull. civ. V, n° 314 p. 301, Dr. social 2007, p. 108.

MORAND (M.), « Le forfait en jours sous condition », JCP S n° 28, 12 juillet 2011, p. 1333, p. 14.

MOULY (J.), « La nouvelle jurisprudence sur la prise d'acte à l'épreuve du harcèlement moral ou sexuel », Dr. social 2015, p. 384.

PIGNARRE (G.) :

- « L'autonomie du statut collectif et du contrat aux prises avec la nature contractuelle de la rémunération », note sous Cass. soc., 11 janvier 2000, n° 97-44148, Bull. civ. V, n° 17, p. 13, D. 2000, p. 893.

- « Faux conflits et vraies distinctions : « les rapports entre contrat de travail et accord collectif postérieur réglés par référence au principe de l'intangibilité contractuelle », note sous Cass. soc., 7 novembre 2007, n° 06-40115, n° 06-40116 et n° 06-40117, RDT 2008, p. 31.

RADÉ (Chr.) :

- « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », note sous Cass. soc., 16 juin 1998, Sté Hôtel le Berry, Dr. social 1999, p. 3.

- « Le principe d'égalité et les politiques d'emploi catégorielles », Constitutions 2011, p. 373.

RADÉ (Chr.), WILLMANN (Chr.), «La jurisprudence de la Cour de cassation rendue en 2008 à la lumière du Rapport de la Cour de cassation : contrat de travail», Lexbase Hebdo, éd. sociale, 30 avril 2009, n° 348.

RAY (J.-E.) :

- « Mutation économique et changement du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 11.

- « Restructurations et statut collectif », Dr. social 1989, p. 56.

- « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », Dr. social, no spécial juin 1992, p. 535.

- « Contrat de travail : modification et droit de révision », Liaisons sociales, Le Mensuel, mai 1997, pp. 56 et 57.

- « Employeur. Engagement unilatéral. Défaut de dénonciation régulière. Opposabilité. Licenciement », note sous arrêt Cass. soc., 18 novembre 1998, Mme Puzin c./ M. Mireur, n° 96-42932, Bull. civ. V, n° 495, p. 369, Dr. social 1999, p. 97.
- « Forfait jours, pas forfait nuits et week-ends », Liaisons soc. magazine, septembre 2011, p. 64.
- « Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles », Dr. social 1998, p. 347.

RODIÈRE (P.), « Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014, Association de médiation sociale », Sem. Soc. Lamy, n°1618 du 17 février 2014.

SANDERS (A.), BRILL-VENKATASAMY (T.), « Regard : Le droit disciplinaire, vu du droit anglais », RDT 2014, p. 490.

SAVATIER (J.) :

- « Distinction entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail. Refus par le salarié d'une modification des conditions de travail. Absence de faute grave », note sous Cass. soc., 9 avril 2002, Capella c./Société GMA, n° 99-45155, Bull. civ. V, n° 123, p. 130, Dr. social 2002, p. 665.
- « Contrat de travail. Obligation d'exécution de bonne foi. Violation justifiant la résiliation judiciaire demandée par le salarié », obs. sous Cass. soc. 10 mai 2006, Melle Luca c./ Société Gecoma, n° 05-42210, Bull. civ. V, n° 169 p. 164, Dr. social 2006, p. 803.

SURREL (H.), « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux », JPC G, 10 mars 2014, p. 319.

TINIÈRE (R.), « L'invocabilité des principes de la charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », commentaire de CJUE, 15 janvier 2014, Association de médiation sociale (AMS), RDLF 2014, Chron. n° 14.

TISSANDIER (H.), « Quelle capacité de résistance du contrat de travail face à un accord de réduction du temps de travail ? », note sous Cass. soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 04-45.537, Rev. trav. 2006, p. 188.

VACHET (G.), « Modulation du temps de travail et contrat de travail », note sous Cass. soc., 28 septembre 2010, Semaine juridique - entreprise et affaire, n° 29, 21 juillet 2011, p. 52.

VARIN (Chr.), « Clause de résidence : la Cour de cassation persiste et signe », RDT 2012, p. 225.

WAQUET (Ph.), « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail », note ss Cass. soc., 16 juin 1998, Sté hôtel le Berry, Dr. social 1998.

WILLMANN (Chr.), « Après le législateur, la Cour de cassation invalide à son tour le CNE », Lexbase Hebdo, éd. sociale, 31 juillet 2008, n° 315.

VI/ JURISPRUDENCES :

- 1866 -

- Cass. civ., 14 février 1866, les sabots, Bull. civ. n° 34 p. 46 ; D. 1866. I. p. 84.

- 1931 -

- Cass. civ., 6 juillet 1931, DP 1931. 1. 121, note P. PIC ; GADT, n° 1. 3.

- 1932-

- Cass. civ., 22 juin et 1er août 1932, DP 1933, 1, note P. PIC.

- 1938 -

- Cass. civ., 25 juillet 1938, DH 1938, p. 530. 4.

- 1946 -

- Riom, 21 octobre 1946, D. 1947, p. 90, note J. CARBONNIER.

- 1948 -

- Cass. civ., section sociale, 3 juin 1948, *Sté des entrepôts Raymondis c/ Pernot*, Bull. civ. III, n° 557 ; D. 1948, p. 51 ; Dr. social 1948, p. 98 ; Droit ouvrier 1948, p. 441.

- 1955 -

- Cass. soc., 24 février 1955, Bull. civ. IV, n° 172.

- 1956 -

- Cass. soc. 31 mai 1956, *Brinon*, JCP 1956, II, 9397, note ESMEIN ; D. 1958, p. 21, note LEVASSEUR.

- 1960 -

- Cass. soc., 15 janvier 1960, Bull. civ. V, n° 49.

- 1961 -

- Cass. soc., 20 mars 1961, Bull. civ V, n° 377 ; Dr. social 1961, p. 464, note J. SAVATIER.

- 1962 -

- Cass. soc., 11 janvier 1962, n° 60-40224, Bull. civ. V, n° 54, Dr. social 1962, p. 290, obs. J. SAVATIER.

- 1963 -

- CJCE, 5 février 1963, Van Gend & Loos, n° 26/62, Rec. p. 1 ; Gaz. Pal. 1963, 1er sem., p. 220 ; JCP G 1963, II, 13177, note F.-Ch. JEANTET.
- Cass. soc., 20 mars 1963, JCP 1963, II, 13357, note G.-H. CAMERLYNCK ; Dr. social 1963, p. 419, obs. J. SAVATIER.

- 1964 -

- CA Rouen, 9 janvier 1964, JCP 1964, II, n° 13772, note A. ROUAST.
- CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ Enel, aff. 6/64, Rec. p. 1141, concl. M. LAGRANGE.
Cass. soc., 2 décembre 1964, Bull. civ. IV, n° 809 ; GADT, n° 200.

- 1965 -

- Cass. soc., 29 avril 1965, n° 64-40350, Bull. civ. IV, n° 326 ; Dr. social 1965, p. 511, obs. J. SAVATIER.

- 1968 -

- Cass. soc., 24 janvier 1968, Bull. civ. V, n° 51 ; D. 1968, p. 285 ; Dr. ouvrier 1968, p. 190 ; GADT, 4e éd., n° 202.
- Cass. soc., 7 février 1968, n° 65-40622, Bull. civ. V, n° 67.

- 1970 -

- Cass. soc., 17 mars 1970, n°69-40223, Bull. civ. V, n° 198.
- CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

- 1971 -

- Cass. soc., 27 janvier 1971, n° 70-40120, Bull. civ. V, n° 54, p. 69.
- Cass. soc., 17 mars 1971, n° 70-40149, Bull. civ. V, n° 216.
- Cass. soc., 23 juin 1971, n° 70-40538, Bull. civ. V, n° 467.

- Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, Liberté d'association ; Les grandes décisions du - Conseil constitutionnel, Dalloz, 16e éd., 2011, p. 50, n° 6.
- CJCE, 14 décembre 1971, Politi, n° 43/71, Rec. p. 1039.

- 1972 -

- Cass. soc., 27 janvier 1972, Bull. civ. V, n° 74
- Cass. soc., 14 juin 1972, n° 71-12508, Bull. civ. V, n° 425 ; GADT, 4e éd., n°148.
- Cass. soc., 20 octobre 1972, D. 1972. Somm, p. 172.
- Cass. soc., 18 décembre 1972, n° 72-40068, Bull. civ. V, n° 695, p. 636.

- 1973 -

- Cass. soc., 10 janvier 1973, n° 71-40804, Bull. civ. V, n° 8, p. 8.
- CE, 22 mars 1973, avis n° 310108 ; Dr. ouvrier 1973, p. 190 ; Dr. social 1973, p. 190.
- Cons. const., 27 décembre 1973, n° 73-51 DC, loi de finances pour 1974.

- 1974 -

- CJCE, 30 janvier 1974, BRT c. SABAM, n° 127/73, Rec. p. 51.
- CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. 41/74, Rec., p. 1337.
- CE, 16 décembre 1974 ; RJS 1995, n° 128.

- 1975 -

- Cass. soc., 5 mars 1975, Petrelluzzi, n° 73-40552, Bull. civ. V, n° 112 ; GADT 4e éd., Dalloz, n° 43.
- Cass. Mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre, Bull. Ch. mixte n° 4, D. 1975, p. 497, concl. A. TOUFFAIT.

- 1976 -

- Cass. soc., 1er juin 1976, n° 74-40650, Bull. civ. V, n° 338, p. 279.
- Cass. soc. 10 juin 1976, n° 75-40272, Bull. civ. V, n° 358 ; Dr. social 1977, p. 21, note J. PÉLISSIER.
- Cass. Ass. plén., 18 juin 1976, CPAM de la Côte-d'Or et autre c. SA Hebdo-Presse, n° 74-11210, Bull. civ. Ass. plén., n° 9, p. 13 ; D. 1977, p. 173, note A. JEAMMAUD.
- Cass. soc., 9 juillet 1976, S.A.R.L. Dental Laboratoire C. Willmann, n° 75-40662, Bull. des arrêts Cour de Cass. Chambre sociale, n° 451, p. 371 ; Dr. social 1977, note sous arrêt M. CRIONNET, p. 338.
- Cass. soc., 8 décembre 1976, n° 75-40777, Bull. civ. V, n° 646, p. 526.

- 1977 -

- Cass., ass. plén., 14 octobre 1977, JDI 1978, p. 304, note G. LYON-CAEN ; Grands arrêts, n° 23.

- 1978 -

- CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, n° 106/77, Rec. p. 629.

- 1979 -

- Cass. soc., 7 mars 1979, n° 77-41195, Bull. civ. V, n° 209.
- CJCE, 5 avril 1979, Ratti, n° 148/78, p. 1629.
- CEDH, 9 octobre 1979, Airey, n°6289/73.

- 1980 -

- Cass. soc., 6 mars 1980, n° 78-41417, Bull. civ. V, n° 231.

- 1981 -

- Cons. const., 21 janvier 1981, n° 80-128 DC.
- Cass. Ass. plén., 27 février 1981, n° 78-13796, Bull. civ. Ass. plén., n° 1.
- Cass. soc., 2 avril 1981, n° 79-40526, Bull. civ. V, n° 315.
- Cass. soc., 4 novembre 1981, n° 80-13381, Bull. civ. V, n° 859.

- 1982 -

- Cons. const, n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, Nationalisations, rec. p. 18, § 70.
- CJCE, 25 mai 1982, aff. 96/81.

- 1983 -

- Cass. soc., 23 février 1983, n° 80-41596, Bull. civ. V, n° 101.
- Cass. Ass. Plén., 4 mars 1983, n° 81-11647, Bull. civ. n° 3, D. 1983, p. 381, concl. J. CABANNES ; D. 1984, IR p. 164, obs. J.-M. BÉRAUD.

- 1984 -

- CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann c/Land Nordrhein-Westfalen*, aff. 14/83, Rec. p. 1891.
- Cass. soc., 3 mai 1984, n° 82-40410, Bull. civ. V, n° 166.

- 1985 -

- Cour. EDH, 26 mars 1985, arrêt X et Y c. Pays-Bas, Req n°8978/80, §23, série A, n° 91 ; RSC 1985, p. 629, obs. L.-E. PETTITI; JDI 1986, p. 1082, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER ; CDE 1988, p. 462, obs. G. COHEN JONATHAN.
- Cass, soc, 17 avril 1985, Bull. civ. n°171.
- CJCE, 23 mai 1985, aff. 29/84.
- Cass. soc., 13 novembre 1985, n° 84-41104, Bull. civ. IV, n° 526, p. 383.

- 1986 -

- CJCE, 26 février 1986, Marshall, n° 152/84, Rec. p. 723.
- Cass. soc., 5 mars 1986, n°83-44804, Bull. civ. V, n° 56.
- CA Versailles, 9 mai 1986, D. 1987. 5, note J.-P. KARAQUILLO.
- CJCE, 15 mai 1986, Marguerite Johnston c. Chief constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 222/84, Rec., p. 1651, concl. M. DARMON.
- Cass. crim., 14 octobre 1986, n° 85-96369, Bull. crim. n° 287.

- 1987 -

- Cass. soc., 5 mars 1987, n° 85-43331, Bull. civ. V, n° 115.
- Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 84-41902, Bull. civ. V, n° 541 ; Dr. social 1988, p. 141, obs. J. SAVATIER ; GADT, 4e éd., n° 49, p. 263.

- 1988 -

- Cass. soc., 4 février 1988, n° 85-45000, Bull. civ. V, n° 96.
- Cass. soc., 25 février 1988, Deschamps, Bull. civ. V, n° 139, p. 92 ; Dr. social 1989. p. 86, note A. PENNEAU ; D. 1988 som. com. p. 320, obs. A. LYON-CAEN.
- Cass. Ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40083, Bull., A.P., n° 3 p. 3 ; D. 1989, p. 221, note J.-P. CHAUCHARD ; Dr. ouvrier 1988, p. 518, note S. BALLETT ; GADT, n°173.
- Cass. soc., 24 mars 1988, n° 86-41600, Bull. civ. V, n° 203, p. 132.
- CJCE, 24 mars 1988, Commission c. Italie, n° 104/86, Rec. p. 1799.
- Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41804, Bull. civ. V, n° 257 ; D. 1988, p. 437, note WAGNER, Dr. social 1988, p. 429, concl. H. ECOUTIN, obs. G. COUTURIER ; G. LYON-CAEN, Dr ouvrier 1987, p. 97; J.-M. VERDIER, D. 1988, Chron., p. 63.
- Cass. soc., 13 octobre 1988, JCP éd. E 1989, II, n° 15474 ; D. 1989, p. 122, note Y. SERRA.
- Cass. soc. 20 décembre 1988, n° 88-60135, Bull. civ., V, n° 675, p. 434.

- 1989 -

- Cass. soc., 12 janvier 1989, n° 86-40345.
- Cass. soc., 18 janvier 1989, D. 1989, p. 320 note A. JEAMMAUD ; Dr. social 1989, p. 249, concl. G. PICCA ; Cah. soc. Barreau, 1989, A 9 ; RTD civ. 1989, p. 374, n° 1, obs. J. NORMAND ; Dr. ouvrier 1989, p. 300, note M. RICHEVAUX.
- Cass. soc., 20 avril 1989, n° 86-42234, Bull. civ. V, n° 299, p. 178.

- CE, 30 mai 1989, Ministre du tourisme, D. 1992, somm. p. 156, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.
- Cons. Const., 8 juillet 1989, n° 89-258 DC, Rec., p. 48.
- CE, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. Lebon, p. 190, D. 1990, p. 135 note P. SABOURIN.
- CJCE, 23 novembre 1989, Torfaen Borough Council c. B. et Q PLC, aff. 145/88, Rec. p. 3851.
- Cass. soc., 12 décembre 1989, n° 89-81428, RJS 1/1990, n° 48.
- CEDH, 28 octobre 1989 : RJS 1/00, n° 87.

- 1990 -

- Cass. soc., 21 février 1990, Saint Michel, n° 87-44326, Bull. civ. V, n° 74 ; Dr. social 1991, p. 16, note A. MAZEAUD
- Cass. soc., 20 mars 1990, n° 86-45356.
- Cass. soc., 4 avril 1990, Dr. social 1990, p. 803, note J. SAVATIER ; GADT, 4e éd., n° 176. E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », Dr. social 1994, p. 227.
- CJCE, 12 juillet 1990, Foster, aff. C-188/89, Rec. I. p. 3314.
- CJCE, 13 novembre 1990, Marleasing SA, aff. C-106/89, Rec. I. 4135Cass. soc., 21 mars 1990, n° 86-44190, Bull. civ. V, n° 131, p. 77 ; D. 1990, p. 99. Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-40618, Bull. civ. V, n° 599, p. 360 ; Dr. social 1991, p. 107
- Cass. soc., 29 novembre 1990, Fertray, n° 87-40184, Bull. civ. V, n° 597, p. 359 ; D. 1991, p. 190, note J. PÉLISSIER ; note Fr. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », Dr. social 1992, p. 32 ; CSBP janvier 1991 n° 21 A 5 p. 11 ; RJS 1/91 n° 16 p. 15 ; Dr. ouvrier 1991, p. 66.
- Cass. soc., 12 décembre 1990, n° 87-43988, Bull. civ. V, n° 667, p. 403 ; D.1991 IR 22, RJS 1/1991, n° 55.
- Cass. soc., 19 décembre 1990, n° 89-43856, Bull. civ. V, n° 696, D.1991 IR 21.

- 1991 -

- Cass. soc., 26 février 1991, n° 88-44908, Bull. civ. V, n° 97, p. 60.
- Cass. soc., 17 avril 1991, n° 88-40121, Bull. civ. V, n° 200.
- Cass. soc., 16 mai 1991, n° 89-44485 ; Dr. social 1994, p. 863, obs. J. MOULY.
- Cass. soc., 19 juin 1991, n° 87-45597, Bull. civ. V, n° 308.
- Cass. soc., 25 juin 1991, n° 88-42737, Bull. civ. V, n° 324.
- Cass. soc., 17 juillet 1991, n° 88-40201, Bull. civ. V, n° 373 p. 230, RJS 10/91 n°1072.
- CJCE, 25 juillet 1991, Stoeckel, Aff. C-345/89, AJDA 1992, p. 253, chron. J.-D. COMBEXELLE, E. HONORAT et C. SOULARD ; D. 1991, p. 443, note J.-G. HUGLO ; Dr. social 1992, p. 174, note M.-A. MOREAU ; RSC 1992, p. 155, obs. C. SOULARD ; RTD eur. 1993, p. 81, chron. E. TRAVERSA.
- Cass. soc., 25 septembre 1991, *Unigrains*, n° 87-42396, Bull. civ. V, n° 381 ; Dr. social 1992, p. 24.
- Cass. soc., 9 octobre 1991, Cie internationale des wagons-lits, n° 87-45326, Bull. civ. V, n° 400 ; D. 1992, p. 30, chr. J. PÉLISSIER.
- Cass. soc., 10 octobre 1991, Méchine c/ Olympia, n° 90-41671.
- Cass. soc., 5 novembre 1991, Sahagum c/ SARL Reverbel, n° 90-41288 ; V. I. GALLOT, « Les causes de licenciement non disciplinaires », Dr. social 1992, p. 758.

- 1992 -

- Cass. soc., 22 janvier 1992, RJS 3/92, n° 373, Bull. civ. V, n° 25, n° 16.
- Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41634, Bull. civ. V, n°122, p. 74 ; Dr. social 1992, p. 379, RJS 4/1992, n° 421, D. 1992, I. R. 108, D. 1992, Somm. 294, obs. A. LYON-CAEN ; D. 1992, p. 390, note M. DEFOSSEZ.
- CE, Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*.
- Cass. soc., 1er avril 1992, *Assurance Mutuelle Universitaire*, Bull. civ.
- Cass. soc., 8 avril 1992, Jardin, Bull. civ. V, n° 258 ; Dr. social 1992, p. 626. V, n° 228.
- Cass. soc., 14 mai 1992, n°89-45300, Bull. civ. V, n° 309 p. 193 ; GADT, 4e éd., n° 45 ; D. 1992, p. 350 note Y. SERRA ; JCP éd. E 1992, II, n° 21889, note J. AMIEL-DONAT ; Y. AUGUET, « La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail », Petites Affiches 1998, n° 75, p. 17.
- Cass. soc., 23 septembre 1992, n° 89-45656, Bull. civ. V, n° 479, p. 301 ; RJS 11/92, n° 1318.
- Cass. soc., 23 septembre 1992, n° 90-45106, Bull. civ. V, n° 477.
- CEDH, 16 décembre 1992 : D. 1993, somm. p. 386, obs. J.-Fr. RENUCCI.
- Cass. soc., 16 décembre 1992, Bull. civ. V, n° 592 ; GADT, 4e éd., n° 208 ; Dr. social 1993, p. 291, note J. SAVATIER ; D. 1993. Somm. p. 265, obs. E. DOCKÈS ; RJS 1993, p. 119, n° 174 ; CSB 1993, p. 37, A. 8.

- 1993 -

- Cass. soc., 17 février 1993, n° 88-45539, Bull. civ. V, n° 55, p. 39 ; D.1993, p. 618, obs. J. MOULY.
- Cass. soc., 24 février 1993, n° 90-45434.
- Cass. soc., 17 mars 1993, *Association des foyers de Paris*, n°89-40716 : RJS 1993, n° 527.
- Cass. soc., 17 mars 1993, n° 90-41556, Bull. civ. V, n° 93, RJS 4/1993, n° 423.
- Cass. soc., 5 mai 1993, n° 92-40835, Bull. civ. V, n° 127.
- Cass. soc., 16 juin 1993, n° 91-45462, Bull. civ. V, n° 169 ; D. 1993, p. 174.
- Cass. soc. 16 juin 1993, n° 91-45004.
- Cass. soc., 22 juin 1993, n° 91-41983, Bull. civ.,V, n° 176, RJS 8-9/1993, n° 902.
- Cass. soc., 30 juin 1993, n° 89-45479, Bull. civ. V, n° 192, D. 1994, somm. 299, obs. J.-M. VERDIER.
- Cass. soc., 16 novembre 1993, n° 90-45945, D. 1994. 457, note B. BOSSU.
- Cass. soc., 16 novembre 1993, RJS 1/94 n° 3 : 30 mars 1994 ; Dr. social 1994, p. 521.

- 1994 -

- CJCE, 24 février 1994, Comitato di coordinamento per la difusa della cava, n° C-236/92, Rec. p. 483.
- Cass. soc., 10 mai 1994 : RJS 6/94, n° 735 ; V. not. Ph. WAQUET, « Contrat de travail et statut collectif » : RJS 6/94, p. 399.
- Cass. soc., 11 mai 1994, n° 90-40312.
- Cass. soc., 6 juillet 1994, n° 90-45206, Bull. civ. V, n° 226, p. 155.
- CE. ass. 8 juillet 1994, avis n° 105-471, Rec. Lebon, p. 35 ; RJS 1994, n° 1386, note X. PRÉTOT
- CJCE, 14 juillet 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92, Rec. CJCE 1994, I, p. 3325.

- Cass. soc., 11 octobre 1994, n° 91-40322, Bull. civ. V, 1994, n° 265.
- Cass. soc., 19 octobre 1994, n° 90-45928, RJS 12/94, n° 1360.
- CEDH, 25 avril 1996 : D. 1997, p. 363, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.

- 1995 -

- Cass. soc., 14 février 1995, n° 91-40361 ; D. 1995, p. 413, obs. J. MOULY.
- Cass. soc., 14 mars 1995, n° 91-43658, Bull. civ. V, n° 85 ; RJS 7/1995, n°756.
- Cass. soc., 22 mars 1995, RJS5/1995, no 539.
- Cass. soc., 30 mars 1995, *Europa discount c./ Pradon*, n° 91-44079, Bull. civ. V, n° 117, p. 84 ; Dr. social 1995, p. 502 ; D. 1995, IR p. 112.
- Cass. soc., 12 avril 1995, n° 89-44088 ; Dr. social 1995, p. 651, obs. J. SAVATIER.
- Cass. soc., 12 avril 1995, n° 91-44014.
- Cass. soc., 5 juillet 1995, n° 93-20402, Bull. civ. V, n° 232, p. 169.
- Cass. soc., 4 octobre 1995, n° 94-40387 et n° 94-40803, Dr. social 1995, p. 1044
- Cass. soc., 25 octobre 1995, RJS 12/1995, n° 1260.
- Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, quatre arrêts, Bull. civ., n° 7 (2 arrêts), 8 et 9 ; D. 1996, p. 13, concl. M. JÉOL, note L. AYNES ; JCP 1996, II. 22565, note J. GHESTIN ; RTD Civ. 1996, p.153, obs. MESTRE ; JCP éd. E, II, 776, note L. LEVENEUR, CCC 1996, chr. 1 ; RTD civ. 1996, p. 153 ; Defrénois 1996, p. 748, obs. DELE-BECQUE ; LPA, 27 décembre 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS. V. égal., A. LAUDE, « La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap », Dalloz Affaires 1996, pp. 3 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », RJDA 1996, n° 1, p. 3.
- Cass. soc., 6 décembre 1995, n° 92-41398, Bull. civ. V, n° 330.
- CJCE, 7 décembre 1995, *Rockfon*, aff. C-449/93, Rec. I, p. 4291.
- CJCE, 7 décembre 1995, *Spano E.A.*, aff. C-472/93, Rec. I, p. 4321.

- 1996 -

- Cass. soc., 17 janvier 1996, n° 93-20066, Bull. civ. V, n° 15, p. 10 ; Dr. social 1996, p. 643, obs. J. BARTHELEMY.
- Cass. soc., 13 février 1996, n° 93-42309, Bull. civ. V, n° 53, p. 37 ; D. 1996, IR p. 75 ; RJS 1996, n° 4, n° 481.
- Cass. soc., 28 février 1996, n° 93-40883, Bull. civ. V, n° 74.
- CJCE, 7 mars 1996, El Corte Inglés, aff. C-192/ 94, Rec. CJCE 1996, I, p. 1281.
- CE, 6 mai 1996, Marchand, n° 151585, Lebon, au Lebon T, p. 1193.
- Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45115, Bull. civ. V, n° 215.
- Cass. soc. 18 juin 1996, n° 94-42997, Bull. civ V, n° 246.
- Cass. soc., 18 juin 1996, *Felizot c./ SA Litwin*, n° 94-44653, Bull. civ. V, n° 248, p. 174 ; Dr. social 1996, p. 979, obs. H. BLAISE.
- Cass. soc., 10 juillet 1996, *Le Berre*, n° 93-41137 et n° 93-40966, Bull. civ. V, n° 278 ; GADT, 4e éd., n° 50 ; D. 1996. IR 199 ; Dr. social 1996, p. 976, obs. H. BLAISE ; RJS 1996, p. 580, n° 900 ; JCP 1997. II. p. 22768, Note Y. SAINT-JOURS ; Dr. ouvrier 1996, p. 457, note MOUSSY ; Cass. soc., 30 septembre 1997, n° 95-43187, Bull. civ. V, n° 289, p. 211 ; Dr. social 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY ; RJS 1997, p. 748, n° 1202.
- CJCE, 14 juillet 1996, *Facini Dori*, aff. C-91/92, Rec. CJCE p. I-3325 ; D. 1994, p. 192 ; RTD eur. 1995, p. 11, étude Fr. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO.

- Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 93-46494, Bull. civ. V, n° 289.
- Cass. soc., 17 juillet 1996, EDF, n° 95-41745, Bull. civ. V, n° 296, p. 208.
- Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 95-41313, Bull. civ. V, n° 297, p. 209 ; GADT, 4e éd., 2008, n° 180.
- Cass. soc., 17 juillet 1996, SNCF, n° 95-41313, Bull. civ. V, n° 297, p. 209 ; Dr. social 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, note J. SAVATIER ; GADT, n° 174.
- Cass. soc., 8 octobre 1996, n° 92-44361, Bull. civ. V, n° 315 ; Dr. social 1996, p. 1046, note J. SAVATIER.
- Cass. soc., 9 octobre 1996, n° 93-45668, Bull. civ. V, n° 318.
- CJCE, 12 novembre 1996, Royaume-Uni c. Conseil, aff. C-84/94, Rec. I, p. 5755.
- Cass. soc., 13 novembre 1996, Société Générale, n° 94-13187, Bull. civ. V, n° 386, p. 275 ; RJS 1996, n° 1320 ; Dr. social 1996, p. 1067, note J.-J. DUPEYROUX ; JCP E 1997, II, p. 911, note J. BARTHÉLÉMY ; TPS 1997, comm. n° 20, obs. X. PRÉTOT ; Dr. et Patrimoine 1997, n° 1, p. 72, obs. P.-H. ANTONMATTEI.
- Cass. soc., 26 novembre 1996, Marquis hôtels limited c./ Alia et autres, n° 93-44811, Bull. civ. V, n° 406, p. 289 ; Dr. social 1997, p. 103, obs. G. COUTURIER.
- Cass. soc., 3 décembre 1996, n° 94-19466, Bull. civ. V, n° 412 p. 296 ; Dr. social 1997, p. 102, obs. Ph. WAQUET ; GADT, 4e éd., n° 172.
- Cass. soc., 10 décembre 1996, n° 94-40300, Bull. civ. V, n° 430, p. 311 ; Dr. social 1997, p. 200, obs. G. COUTURIER.
- Cass. soc., 10 décembre 1996, Bull. civ. V, n° 430 ; Dr. social 1997, p. 200, obs. G. COUTURIER, RJS 1/1997, n° 6, D. 1997.591, note C. PUIGELIER

- 1997 -

- Cass. soc., 8 janvier 1997, Bull. civ. V, n° 8 ; Dr. social 1997, p. 323.
- Cass. soc. 22 janvier 1997, n° 93-43742 et n° 93-43743, RJS 9/97, n° 247.
- Cass. soc., 4 février 1997, n° 95-41468 et n° 95-41471, Bull. civ. V, n° 47, p. 31 ; Dr. social 1997, p. 416, obs. G. COUTURIER.
- Cass. soc., 5 février 1997, n° 94-40948, Bull. civ. V, n° 53 ; D. 1997, p. 75 ; Dr. social 1997, p. 318.
- Cass. soc., 12 février 1997, n° 96-40972, 96-40973, 96-40977, 96-40980, 96-40983, 96-40986 et 96-40987, Bull. civ. V, n° 62, p. 42, Dr. social 1997, p. 430, obs. J. SAVATIER.
- Cass. soc., 19 février 1997, Bull. civ. V, n° 265.
- Cass. soc., 19 février 1997, *Compagnie de Géophysique*, n° 94-45286, Bull. civ. V, n° 70, p. 48 ; Dr. social 1997, p. 432, obs. G. COUTURIER.
- Cass. soc., 19 février 1997, n° 93-44053, Bull. civ. V, no 69 ; RJS 4/1997, no 368
- Cass. soc., 25 février 1997, n° 93-44923, D. 1997, Jur. p. 426, note J. MOULY ; JCP 1997, IV, 865.
- Cass. soc., 5 mars 1997, Bull. civ. V, n° 95.
- Cass. soc., 30 avril 1997, no 95-40573, Bull. civ. V, no 154
- Cass. soc., 14 mai 1997, *Dumoulin c./ Société Normabarre*, n° 94-43712, Bull. civ. V, n° 177, p. 128 ; Dr. social 1997, p. 740, obs. Fr. FAVENNEC-HERY.
- Cass. soc., 10 juin 1997, n° 94-43889, Bull. civ. V, n° 210.
- CA Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, D. 1998, 2, p. 546, note S. FARNOCCHIA ; CA Versailles, 23 novembre 2006, RJS 2007, n° 697.
- Cass. soc., 30 septembre 1997, Sté Onet c./Mme Nedjar, n° 95-43187, Bull. civ. V, n° 289 p. 211 ; Dr. social 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY ; RJS 1997, p. 748, n° 1202.
- Cass. soc., 9 octobre 1997, n° 95-44645.

- Cass. soc., 28 octobre 1997, n° 94-42.054, Bull. civ. V, n° 340 ; Dr. social 1998, p. 15, obs. J. SAVATIER ; RJS 1997, n° 1379.
- Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 94-44784, Bull. Civ. V, n° 384, p. 277 ; RJS 1/1998, no 36.
- Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 95-40280, Bull. civ. V, n° 386.
- Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 95-41260, Bull. civ. V, n° 383.
- Cass. soc., 19 novembre 1997, Société Suisse d'Assurances Générales sur la Vie Humaine c./ M. Fayet, n° 94-44784, Bull. civ. V, n° 384, p. 277 ; Dr. social 1998, p.198, obs. C. MARRAUD.
- Cass. soc., 25 novembre 1997, n° 94-42727, Bull. civ. V, n° 406, p. 290 ; RJS 1/1998, n° 67
- CJUE, 4 décembre 1997, Kampelmann, C-253/96 à C-258/96, Rec. p. I-6907
- Cass. soc., 18 décembre 1997, n° 95-43409, Bull. civ. V, n° 459

- 1998 -

- Cass. soc., 13 janvier 1998, *Société européenne de sélection (SES) c/ Mme Saddok*, n° 95-41480, Bull. civ. V, n° 6, p. 5 ; D. 1999, p. 159, note Chr. BOURRIER et N. BOUCHE.
- Cass. soc., 20 janvier 1998, n° 95-41575, Bull. civ. V, n° 23.
- Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-40275, Bull. civ. V, n° 40 ; D. 1998, p. 65 ; Dr. social 1998, p. 523, note G. COUTURIER ; Dr. social 1999, p. 566, étude Ph. WAQUET
- Cass. soc., 3 février 1998, n° 94-44503, Bull. civ. V, n° 59, p. 43 ; TPS 1998, comm. p. 113.
- Cass. soc., 25 février 1998, Qaisi, n° 95-45171, Bull. civ. V, n° 104, p. 75 ; RJS 1998, n° 497.
- Cass. soc., 25 février 1998, n° 95-45171, Bull. civ. V, n° 104 ; Liaisons soc., légis. n° 7882, p. 7.
- Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43779, Bull. civ. V, n° 110, p. 81.
- Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43274, Bull. civ. V, n° 109 ; RJS 1998, n° 417.
- Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43247, Dr. social 1998, p. 529, note G. COUTURIER.
- Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-42885, Bull. civ. V, n° 156
- Cass. soc., 25 mars 1998, n° 94-20780, Bull. civ. V, n° 176.
- Cass. soc., 31 mars 1998, n° 96-41878 et n° 96-44100, Bull. civ. V, n° 184, p. 134.
- Cass. soc., 7 avril 1998, n° 95-42992, Bull. civ. V, n° 206 ; D. 1998, Somm. p. 255, obs. B. GAURIAU ; Dr. social 1998, p. 623, obs. J. SAVATIER.
- Cass. soc., 7 avril 1998, n° 95-42992, Bull. civ. V, n° 206, p. 153 ; JSL 19 mai 1998, n° 14-6 ; Cass. soc., 31 janvier 1996, n° 93-42008.
- Cass. soc., 14 mai 1998, n° 96-43800, Bull. civ. V, n° 251.
- Cass. soc. 19 mai 1998, n° 96-41573, Bull. civ. V, n° 265, p. 202.
- Cass. soc., 26 mai 1998, RJS 7/98 n° 840.
- Cass. soc., 26 mai 1998, n° 96-40617.
- Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-40929 et 96-41278, Bull. civ. V, n° 282, RJS 7/1998, n° 826.
- Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, JO 14 juin 1998, p. 1093, RTD civ. 1998, p. 796, obs. N. MOLFESSIS.
- Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45033, Bull. civ. V, n° 320 ; D. 1999 p. 125 , note C. PUIGELIER ; *ibid.* 171, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; *ibid.* 359, chron. J. MOULY ; Dr. social 1998. p. 803, rapp. Ph. WAQUET ; *ibid.* 1999. 3, note Chr. RADÉ ; GADT, 4e éd., n° 67 ; JCP 1998. II. 10161, note D. CORRIGNAN-CARSIN.
- Cass. soc., 16 juin 1998, Société Hotel Le Berry, n° 95-45033, Bull. civ. V, n° 320, p. 243 ; Dr. social 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET ; JCP 1998, II, p. 10161, note D. CORRIGNAN-CARSIN; Dr. social 1999, p. 3, chr. Chr. RADÉ ; D. 1999, p. 125, note C. PUIGELIER ; *ibid.*

somm. p. 171, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; ibid p. 359, chr. J. MOULY ; JCP E 1999, p. 2058, note M. MORAND.

- Cass. soc., 16 juin 1998, Hôtel Le Berry, n° 95-45033, Bull. civ. V, n° 320 ; D. 1999, p. 125, note C. PUIGELIER ; D. 1999, p. 171, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; D. 1999, p. 359, chron. J. MOULY ; Dr. social 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET ; Dr. social 1999, p. 3, note Chr. RADÉ ; JCP 1999, E, p. 2058, note M. MORAND ; GADT, 4e édition, 2008, n° 67.

- Cass. soc., 7 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 373, D. 1999, Somm., p. 185, obs. I. DESBARATS

- Cass. soc., 7 juillet 1998, n° 96-40256, Bull. civ. V, n° 367.

- Cass. soc. 16 juillet 1998, n° 95-45363, Bull. civ. V, n° 393, p. 298

- Cass. soc., 20 octobre 1998, Mme Joëlle Bonimond c/ Sté La Maille Souple, n° 96-40614, Bull. civ. V, n° 433, p. 325 ; Dr. social 1998, p. 1045, obs. Ph. WAQUET.

- Cass. soc., 20 octobre 1998, M. Didier Courcelles et autres c/ Caisse régionale d'assurance mutuelle agricole, n° 95-44290, Bull. civ. V, n° 435, p. 326, D. 1999, p. 525, note F. JAULT-SESEKE et M. MOREAU.

- Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 95-44290, Bull. civ. V, n° 435 ; D. 1999, Jur. p. 525, note F. JAULT-SESEKE et M. MOREAU.

- Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 96-40614, Bull. civ. V, n° 433, p. 325.

- Cass. soc. 20 octobre 1998, n° 96-40757, Bull. civ. V, n° 431.

- CJCE, 22 octobre 1998, *IN. CO. GE. '90 et autres*, n° C-10 à 22/97, Rec. p. I-6307.

- Cass. soc, 28 octobre 1998, n° 96-43282, TPS 1999, comm. p. 13.

- CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher* ; RFDA 1999, p. 89, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; D. 2000, Jur. p. 152, obs. E. AUBIN.

- Cass. soc., 25 novembre 1998, n° 96-44164.

- Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-42382, Bull. civ. V, n° 530.

- Cass. soc., 16 décembre 1998, n° 96-40227, Bull. civ. V, n° 558, RJS 1999, n° 157.

- Cass. soc., 9 décembre 1998, n° 96-41911 ; JSL 16 février 1999, n° 30.

- Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-40576, Bull. civ. V, n° 186 ; GADT, n° 51.

- Cass. soc., 8 juin 1999, *Sté Coop Atlantique c/ Veluet*, n° 97-42284, Bull. civ. V, n° 269, p. 194 ; Dr. social 1999, p. 852, obs. J. SAVATIER.

- 1999 -

- Cass. soc., 12 janvier 1999, *Spileers c. SARL Omni Pac*, n° 96-40755, Bull. civ. V, n° 7 p. 4 ; D. 1999, jur., p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; RTD civ. 1999, p. 358, obs. J. HAUSER ; RTD civ. 1999, p. 395, obs. J. MESTRE ; Dr. social 1999, p. 287, note J.-E. RAY ; RJPF mai 1999, n° 3, p. 8, note É. GARAUD.

- Cass. soc., 3 février 1999, n° 97-40606, Bull. civ. V, 1999, n° 56 p. 42.

- Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-43718, Bull. civ. V, n° 103 ; Dr. social 1999, p. 630, obs. P.-H. ANTONMATTEI.

- Cass. soc., 6 avril 1999, n° 97-40058, Bull. civ. V, n° 156 ; RJS 1999, n° 671.

- Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45652, Bull. civ. V, n° 208.

- Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45673, Bull. civ. V, 1999, n° 199, p. 145 ; JCP E 2000, p. 88, note C. PUIGELIER.

- Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-42248, Bull. civ. V, n° 306.

- Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-41132, Bull. civ. V, n° 311 ; RJS 1999, p.759, n° 1223.

- Cass. soc., 6 juillet 1999, n° 96-45512.

- Cass. soc., 5 octobre 1999, n° 97-45733, n° 97-45734 et n° 97-45735, Bull. civ. V, n° 361 p. 265.

- Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-45457, Bull. civ. V, 1999, n° 398, p. 292 ; Dr. social 2000, p. 381, note Chr. RADÉ.
- Cass. soc., 16 novembre 1999, n° 97-42069, Bull. civ. V, n° 440.
- Cass. soc., 24 novembre 1999, n° 97-43054.
- Cass. soc., 7 décembre 1999, n°96-43987, Bull. civ. V, n° 478.
- Cass. soc., 15 décembre 1999, n° 97-44431, RJS 2000, n° 264.

- 2000 -

- Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-41154, Bull. civ. V, n° 4.
- CJCE 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff. C-285/98, Rec. p. I-69.
- Cass. soc., 13 janvier 2000, n° 97-17766, Bull. civ. V, n° 20.
- Cass. soc., 18 janvier 2000, n° 96-44578 et n° 96-44586, Bull. civ. V, n° 27, p. 21.
- Cass. soc., 22 février 2000, n° 97-44339, Bull. civ. V, n° 67, p. 55 ; D. 2000, IR 82 ; JCP 2000. II. p. 10321, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; RJS 2000, p. 270, n° 374 ; CSB 2000, p. 515, A. 19, obs. C. CHARBONNEAU.
- Cass. soc., 22 février 2000, n° 97-44339, JCP G 2000, II, p. 10321, note D. CORRIGNAN-CARSIN.
- Cass. soc., 21 mars 2000, Dr. social 2000, p. 648.
- Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-44373, Bull. civ. V, n° 134.
- Cass. soc., 16 mai 2000, n° 97-45256, Bull. civ. V, 2000, n° 181, p. 139.
- Cass. ass. plén. 2 juin 2000, *Fraisse*, n° 99-60274, Bull. Ass. Plén. n° 4, p. 7 ; obs. A. RIGAUX et D. SIMON, « Droit communautaire et Constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, à propos de l'arrêt Fraisse du 2 juin 2000 », Europe, août septembre 2000, p. 3.
- CJCE, 8 juin 2000, n° C-258/98, Carra, Rec. I p. 4217.
- Cass. soc., 15 juin 2000, *Bensoussan*, n° 98-43400, Bull. civ. V, n° 233, p. 182.
- Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43400, Bull. civ. V, n°233.
- Cass. soc., 27 juin 2000, Bull. civ. V, n° 247, p. 193 ; Chr. RADÉ, « Les limites du tout contractuel », Dr. social 2000, p. 828.
- Cass. soc., 4 juillet 2000, n° 97-44846 et n° 98-44959, Bull. civ. V, n° 263.
- Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 98-41261, RJS 2000, n° 1117.
- CJCE, 3 octobre 2000, aff. C-303/98, Rec. p. I-7963, Dr. social 2001 p. 76 note J. BARTHÉLÉMY ; Dr. social 2001 p. 1097 note Fr. BARON.
- Cass. soc., 11 octobre 2000, no 98-42772.
- Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-42264, Bull. civ. V, 2000, n° 328, p. 254, JCP 2001, p. 889, note D. CARRIGNAN-CARSIN.
- Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-42018, Bull. civ. V, n° 334.
- Cass. soc., 17 octobre 2000, RJS 2000, n°1214.
- Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-42371, Bull. civ. V, 2000, n° 367, p. 281.
- CEDH, 14 novembre 2000 : D. 2001, p. 2787, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.
- Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 99-43270, Bull. civ. V, n° 373.
- Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-42371, Bull. civ. V, n° 367.
- Cass. soc., 29 novembre 2000, *Société SEP c/ Grisard*, n° 98-44283.
- Cass. soc., 19 décembre 2000, *Labanne*, n° 98-40572, Bull. civ. V, n° 437, p. 337 ; GADT, 4ème édition, Dalloz 2008, n° 3 ; Dr. social, 2001, p. 227, note A. JEAMMAUD.
- CE, 29 décembre 2000 ; D. 2001, p. 1918, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT, RJS 3/2001, n° 316.
- Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437, JO du 24 décembre 2000, p. 20576.

- 2001 -

- Cass. soc., 27 février 2001, *Sté GAN Vie c/ Rouillot*, n° 99-40219, Bull. civ. V, n° 60 ; Dr. social 2001, p. 514.
- Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45735, Bull. civ. V, n° 87 ; Dr. social 2001, p. 1117, obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU.
- Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44292, Bull. civ. V, n° 106.
- Cass. soc., 27 mars 2001, *Sté Aciéries et Laminoirs de Rives*, n° 99-40068, Bull. civ. V, n° 109, p. 85 ; Dr. social 2001, p. 667.
- Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44292, Bull. civ. V, n° 106, p. 82.
- Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-44624, Bull. civ. V, n° 149, p. 119 ; RJS 7/2001, n° 889.
- Cass. soc., 9 mai 2001, *Emmaüs de Pointe-Rouge*, n° 98-46158, Bull. civ. V, n° 155, p. 124 ; RJS 2001, n° 825, JCP E et A 2001, n° 45, p. 1777, note D. BOULMIER ; Dr. social 2001, p. 798, note J. SAVATIER, D. 2002 p. 1705, note E. ALFANDARI.
- Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41838 et n° 99-41970, Bull. civ. V, 2001, n° 180, p. 142.
- Cass. soc., 30 mai 2001, n° 00-60194, Bull. civ. V, n° 197, p. 154, Dr. social 2001, p. 901, obs. J. SAVATIER.
- Cass. soc., 6 juin 2001, n° 99-43929, RJS 8-9/2001, n° 981.
- Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41695, Bull. civ. V, n° 219.
- Cass. soc., 26 juin 2001, n° 99-42489, Bull. civ. V, n° 229, p. 182 ; D. 2001 IR 2177 ; D. 1999 IR 204 ; D.1999 IR 199 ; D.1998 IR 212 ; D.1996 IR 124 ; D.1999 IR 185 ; D.1999, p. 185, obs. I. DESBARATS.
- Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42462, Bull. civ. V, n° 234, p. 187.
- Cass. soc., 3 juillet 2001, n° 99-40641, RJS 10/01, n° 1113.
- Cass. soc., 3 juillet 2001, n° 99-42363 ; Dr. social 2001, p. 1020, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.
- Cass. soc., 10 juillet 2001, n° 98-42808, Bull. civ. V, n° 260.
- Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-41574, Bull. civ. V, n° 265.
- Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-42710, Bull. civ. V, n° 264, p. 213 ; RJS 2001, p. 762, n° 1111 ; TPS 2001, n° 358.
- Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-41574, Bull. civ. V, n° 26.
- Cass. soc., 17 juillet 2001, *Mazellier c/ UAP et AXA c/ Mazellier*, n° 98-42310 et n° 98-42369, Bull. civ. V, n° 273, p. 219 ; Dr. social 2001, p. 1017, obs. Chr. RADÉ ; RJS 11 janvier, n° 1282.
- CE, 27 juillet 2001, n° 220067, RJS 2002, n° 107, note F. BOCQUILLON.
- Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-42942, Bull. civ. V, n° 291 ; D. 2001, p. 3148, et les obs., note P.-Y. GAUTIER ; D. 2001, p. 3286, interview P. LANGLOIS ; D. 2002, p. 2296, obs. C. CARON ; Dr. social 2001, p. 915, note J.-E. RAY ; D. social 2002, p. 84, étude A. MOLE ; RTD civ. 2002, p. 72, obs. J. HAUSER ; GADT n° 70 ; Dr. ouvrier 2002, p. 276, note A. de SENGA.
- Cass. soc., 13 novembre 2001, n° 99-42978, Bull. civ. V, n° 340.
- Cons. const. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, cons. 13 ; n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 10.
- Cass. soc., 27 novembre 2001, n° 99-45163, Bull. civ. V, n° 360, D. 2002, IR 255.
- Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-42586, Bull. civ. V, n° 378.
- Cass. soc., 18 décembre 2001, n° 99-43351, Bull. civ. V, 2001, n° 392, p. 314, Dr. social 2002, p. 353, note J. BARTHÉLÉMY.
- Cass. soc., 18 décembre 2001, RJS 2/2002, n° 145
- Cass. soc., 18 décembre 2001, n° 98-46160, Bull. civ. V, n° 388.

- 2002 -

- CEDH, 10 janvier 2002 : D. 2003, p. 939, 1ère espèce, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.
- Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002.
- Cass. soc., 29 janvier 2002, *Croix rouge française*, n° 99-42697, Bull. civ. V, n° 38, p. 35.
- Cass. soc., 29 janvier 2002, n° 99-44604, Bull. civ. V, n° 39.
- Cass. soc., 5 février 2002, n° 99-45861, Bull. civ. V, n° 53.
- Cass. soc. 13 février 2002, n° 00-40.387.
- Cass. soc., 6 mars 2002, n° 99-45244 .
- Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-40321 : RJS 6/02, n° 672.
- Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-45155, Bull. civ. V, n° 123, p. 130 ; D. 2002. IR 1529; Dr. social 2002, p. 665, obs. J. SAVATIER.
- Cass. soc. 6 mai 2002, n° 00-42054.
- Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42909, Bull. civ. V, N° 169 p. 167 ; Dr. social 2002, p. 902, obs. J. SAVATIER ; V. J.-P. CHAUCHARD, Dr. social 1989, p. 388, P.-H. MOUSSERON ; ibid. p. 479.
- Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42098.
- Cass. soc., 22 mai 2002, n° 00-42213, Bull. civ. V, n° 175.
- Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-42280, Bull. civ. V, n° 188, p. 185 ; RJS, 8-9/02, n° 942.
- Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-44279.
- Cass. soc., 5 juin 2002, n° 00-44327.
- Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-44663, RJS 10/02, p. 1075.
- Cass. soc., 2 juillet 2002, *Saucier*, n° 00-13111, Bull. civ. V, n° 229 ; Dr. social 2002 p. 998, obs. Chr. RADÉ, D. 2003 Somm. p. 391, obs. V. WAQUIER, GADT, 4e éd., n°54.
- Cass. soc., 3 juillet 2002, n° 00-44422.
- Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42368.
- Cass. soc, 10 juillet 2002, Barbier, n° 00-45135, n° 99-43334 et n° 99-43336, n° 00-45387, Bull. civ. V, n° 239, p. 234; Dr. social 2002, p. 949, chron. R. VATINET ; D. 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; D. 2002, p. 3111, note J. PÉLISSIER ; GADT n°46 ; JCP 2002, II, 10162, note Fr. PETIT ; RDC 2003, p. 148, note Chr. RADÉ.
- Cass. soc, 10 juillet 2002, Moline et a. c/ Sté MSAS cargo international, 3 arrêts, n° 99-43334 et 99-43336, Bull. civ. V, n° 239 ; D. 2002, Jur. p. 2491, note Y. SERRA, Somm. p. 3111, obs. J. PÉLISSIER, et 2003, Somm. p. 1222, obs. B. THULLIER ; RJS 10/02, n° 1119 ; Sem. sociale Lamy, n° 1085, p. 9, obs. A. CHIREZ ; R. VATINET, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia », Dr. social 2002, p. 949 ; G. P. QUÉTANT, « Contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, revirement et rétroactivité, les prud'hommes font de la résistance », Lamy Social 2003, n° 132, p. 4.
- Cass. soc., 16 octobre 2002, n° 00-459635.
- Cass. soc., 29 octobre 2002, , M. Louardi Meddour c/ Société Former, n° 00-45074
- Cass. soc., 26 novembre 2002, RJS 2/2003, n° 158.

- 2003 -

- Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC ; GADT, 4e éd., 2008, n° 181 ; Dr. social 2003, p. 264.
- Cass. soc., 22 janvier 2003, n° 00-43826, Bull. civ. V, n° 177 ; D. 2003, p. 1659, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL.
- Cass. soc., 4 février 2003, n° 01-40384, Bull. civ. V, n° 40 ; D. 2003, Somm., p. 1658, obs. S. FROSSARD.
- Cass. soc., 4 février 2003, n° 01-40066, Bull. civ. V, n° 38, p. 34.
- Cass. soc., 4 février 2003, n° 01-40476, Bull. civ. V, n° 37, p. 34 ; D. 2003 IR 665 ; RJS 4/2003, n° 412, Semaine soc. Lamy n° 1110, 17 févr. 2003, p. 12, JSL n° 119, 11 mars 2003, p. 19.
- Cass. soc., 1er avril 2003, *Société Sermic c/ M. Rameau*, n° 01-40389 ; Dr. social 2003, p. 666, obs. A. MAZEAUD.
- Cass. soc. 19 février 2003, n° 00-46188 ; RJS 5/2003, n° 606.
- Cass. soc., 25 février 2003, n° 01-40588, Bull. civ. V, n° 64 ; RJS 5 mars, n° 567.
- Cass. soc., 2 avril 2003, n° 01-40032, Bull. civ. V, n° 131 ; RJS 2003, n° 746
- Cass. soc., 24 avril 2003, n° 00-45404.
- Cass. soc. 30 avril 2003, *Velmon c/ Association Groupe Promotrans*, n° 00-44811, Bull. civ. V, n° 152, p. 149 ; D. 2004, p. 178, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; Dr. social 2003, p. 827, obs. B. GAURIAU ; GADT, 4e éd., n° 104 ; RJS 2003, p. 557, avis J. DUPLAT, p. 557 ; Dr. social 2003, p. 827, note B. GAURIAU ; D. 2004, Somm. p. 178, obs. B. LARDY-PÉLISSIER.
- Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273, Bull. civ. V, n° 178 ; Dr. social 2003, p. 808 obs. Ph. WAQUET ; D. 2003, p. 2718, note F. GUIOMARD ; D. 2004, p. 176, obs. A. POUSSON ; RTD civ. 2003, p. 680, obs. J. HAUSER.
- Cass. soc., 3 juin 2003, n° 01-43573, Bull. civ. V, n° 185, p. 181, Dr. social 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER ; JCP 2003, II, 10165, note M. VÉRICEL ; L. LEBERRE et F. CHAUTARD, « Les définitions du lieu de travail », JCP éd. E 2003, p. 1247 ; D. 2004, Jur. p. 89 , note C. PUIGELIER ; RDC 2004, p. 237, obs. J.-P. CHAZAL, et p. 381, obs. Chr. RADÉ.
- Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-40235, Bull. civ. V, n° 208, p. 211 ; RJS 8-9/03, n° 994, Dr. social 2003, p. 817, 5èemesp., obs. G. COUTURIER et J.-E. RAY, avis P. LYON-CAEN.
- Cass. soc., 25 juin 2003, *Technoram*, n° 01-43578, Bull. civ. V, n° 203 et 209 ; GADT, 4e éd., n° 86 ; D. 2003. Jur. 2396, note J. PÉLISSIER ; Dr. social 2003, p. 824, note G. COUTURIER.
- Cass. soc., 3 juillet 2003, n° 01-44522, n° 01-44717 et n° 01-44718, Bull. civ. V, n° 214, D. 2004, Somm. p. 180, obs. B. REYNES ; JCP E 2004, p. 563
- Cass. soc. 8 juillet 2003, n° 01-40464, Bull. civ. V, n° 217, p. 224.
- Cass. soc., 1er octobre 2003, n° 01-43008.
- Cass. soc., 4 novembre 2003, n° 01-44884.
- CJCE, 20 novembre 2003, n° C-296/01, *Commission des Communautés européennes c/France*, D. 2003, p. 3006, Rec. I 13909, pt 55.
- Cass. soc., 25 novembre 2003, n° 01-17501, Bull. civ. V, n° 294, p. 296 ; Dr. social 2004, p. 170, note J. SAVATIER.
- Cass. soc., 26 novembre 2003, n° 01-42977, Bull. civ., V, n° 298, p. 299.
- Cass. soc., 2 décembre 2003, *Crédit Lyonnais et Société Étienne Lacroix*, n°s 01-46176 et 01-46540, Bull. civ. V, n°s 308 et 309 ; D. 2004, p. 106, et les obs. ; Dr. social 2004, p. 279, étude Fr. FAVENNEC-HÉRY ; Dr. social 2004, p. 318, obs. J. SAVATIER.

- CJCE, 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02, Rec. CJCE p. I-723.
- Cass. soc., 25 février 2004, n° 02-41306, RJS 2004, n°532.
- Cass. soc., 2 mars 2004, n° 02-16554.
- Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-46886, Bull. civ. V, n° 77, p. 70.
- Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44750 : Bull. civ. V, n° 80, p. 72.
- Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44750, RJS 6/2004, n° 646, JCP 2004. II. 10088, note D. CORRIGNAN-CARSIN.
- Cass. soc., 31 mars 2004, n° 01-46960 et n° 01-46961.
- TPI Ord. 2 avril 2004, Gonnelli, aff. T-231/02.
- Cass. soc., 7 avril 2004, n° 02-41486, Bull. civ. V, n° 107, p. 95.
- Cons. const. 29 avr. 2004, n° 2004- 494 DC (à propos de la L. du 4 mai 2004).
- Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004- 494 DC CJCE, 29 avril 2004, n° C-194/01, *Commission c/ Autriche*, Rec. I 4579, pt 39.
- Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC.
- Cons. Const., déc. n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, D. 2004, p. 3029, obs. X. PRÉTOT et D. CHELLE 2005, p. 1125, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; RFDA 2005, p. 409, note L. DARDALHON ; RTD civ. 2005, p. 93, obs. P. DEUMIER.
- Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41224, RJS 7/2004, n° 792, Dr. social 2004, p.786, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.
- Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, JCP 2004. II. 10116, note J.-C. ZARKA, et adm. coll. terr. p.1620, note O. GOHIN ; AJDA 2004, p. 1385, tribune P. CASSIA ; AJDA 2004. p. 1497, tribune M. VERPEAUX ; AJDA 2004, p. 1534, note J. ARRIGHI DE CASANOVA ; AJDA 2004, p. 1537, note M. GAUTIER et F. MELLERAY ; AJDA 2004, p. 1937, note D. CHAMUSSY ; AJDA 2004, p. 2261, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT ; RFD adm 2004, p. 651, chron. B. GENEVOIS ; RD publ. 2004, p. 869, comm. coord. H. OBERDOFF, 878, chron. J.-P. CAMBY, 889, chron. A. LEVADE, et 912, chron. J. ROUX, Petites affiches 14-15 juill. 2004, p. 3, étude F. CHALIEL, Europe, août-sept. 2004, p. 6, étude X. MAGNON ; Dr. adm. 2004, n° 130, note M. VERPEAUX, chron. D. BAILLEUL ; RJF 2004, n° 1148 ; RTD eur. 2004, p. 580, note J.-P. KOVAR ; V. aussi D. CHAGNOLLAUD, « La Constitution française ne peut pas être révisée par voie de directives », D. 2005, p. 100.
- Cass. soc., 16 juin 2004, n° 01-43124, Bull. civ. V, n° 166
- Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-43755, Bull. civ. V, n° 167 ; RJS 2004, n° 1049 ; Dr. social 2004, p. 1023, obs. Chr. RADÉ.
- Cass. soc., 7 juillet 2004, *M. Piton c/ Sté Saint-Gobain Vitrage*, n° 02-44476, Bull. civ. V, n° 193 ; RJS 10/2004, n° 1038 ; JCP 2005. I. 122 (§ 15), obs. A. MARTINON.
- Cass. soc., 13 juillet 2004, *Gruart c./ Soc. Computic Micro Center*, n° 02-43015, Bull. civ. V, n° 206, p. 191 ; Dr. social 2004, p. 1038, obs. J. MOULY.
- Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-43015.
- Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-43026, RJS 2004, n° 1052.
- CJCE, 5 octobre 2004, Pfeiffer, aff. C-397/01 à C-403/01, Rec. CJCE p. I-8835 ; AJDA 2004, p. 2261, chron. J.-M. BELORGEY, St. GERVASONI et Chr. LAMBERT.
- Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-44883, Bull. civ. V, n° 249.
- Cass. soc., 13 octobre 2004 n° 02-45285, Bull. civ. V, n° 256.
- Cass. soc., 17 novembre 2004, n° 02-46100, Bull. civ. V, n° 292 ; Dr. social 2005, p. 227, obs. Chr. RADÉ.
- Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505, DC, JO 24 novembre 2004, p. 19885.

- Cass. soc., 15 décembre 2004, *Société Histoire d'Or c/ Georget*, n° 02-44714, Bull. civ. V, n° 336, p. 301, D. 2005, p. 242, obs. E. CHEVRIER ; Dr. social 2005, p. 337, obs. J. MOULY.
- Cass. soc., 17 décembre 2004, SA SAMSE c. M. Christian Bresch, n° 03-40008, Bull., civ. V, n° 346, p. 310 ; JCP G. 2005, n° 1-2.

- 2005 -

- Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 03-45018, Bull. civ. V, n° 12 ; J.-Y. FROUIN, Sem. soc. Lamy 2005, n° 1119.
- Cass. soc., 15 février 2005, n° 04-45584.
- Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43402, Bull. civ. V, n° 52 ; RJS 5/2005, n° 469, Liaisons soc., Quot., 7 mars 2005, n° 898, jur., A. 1, Sem. soc. Lamy 2005, n° 1205, p. 10, CSB 2005, n° 170, A. 40, p. 224, obs. C. CHARBONNEAU.
- Cass. soc., 22 février 2005, n° 02-45879, Bull. civ. V, n° 57, p. 50.
- Cass. soc. 23 février 2005, n° 03-42018, Bull. civ. V, n° 64 ; Dr. social 2006, p. 634, note P. BOUAZIZ et I. GOULET.
- Cass. soc., 23 février 2005, n° 03-42018, JCP E 2005, p. 1069, note D. CORRIGNAN-CARCIN.
- Cass. soc., 23 février 2005, n° 04-45463, Bull. civ. V, n° 64 p. 56, note P. GUIOMARD, « Modification des conditions de travail du salarié, la bonne foi de l'employeur est présumée », Rec. D. 2005, p. 1678 ; obs. B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER ; RTD civ. 2005, p. 395, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Cass. soc., 23 février 2005, n° 03-42018, Bull. civ. n° 64 ; Dr. social 2006, p. 634, note P. BOUAZIZ et I. GOULET.
- Cass. soc., 2 mars 2005, n° 03-42321.
- Cass. soc., 20 avril 2005, n° 03-41721.
- CE, 3 mai 2005 : RJS 8-9/05, n° 858.
- Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-44347, RJS 10/2005, n° 943.
- Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44412, Bull. civ. V, n° 219 ; D. 2005, p. 2565, obs. E. CHEVRIER, note A. BUGADA ; D. 2006. 29, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL, Université Lumière Lyon 2 ; Dr. social 2005, p. 971, note J. SAVATIER.
- Cass. soc., 25 octobre 2005 n° 02-45158 ; Dr. social 2006, p. 110, obs. J. SAVATIER.
- Cass. soc., 15 novembre 2005, n° 03-47546, Bull. civ. V, n° 321.
- Cass. soc., 16 novembre 2005, n° 04-40339, Bull. civ. V, n° 329.

- 2006 -

- CEDH, 11 janvier 2006 : JCP S 2006, p. 1118, note J. CAVALLINI.
- Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-44918, Bull. civ. V, n° 26.
- Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47481, Bull. civ. V, n° 53.
- Cass. soc., 15 mars 2006, nos 05-42946, 04-40504 et 04-41935, D. 2006, p. 946, obs. J. PÉLISSIER, B. LARDY-PÉLISSIER et B. REYNÈS ; RDT 2006, p. 96, obs. M. VÉRICEL.
- Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-45031, Bull. civ. V, n° 109.
- CEDH, 28 mars 2006 : JCP S 2006, p. 1431, note J. CAVALLANI.
- Cass. soc., 28 mars 2006 n° 04-41016.
- Cass. soc., 5 avril 2006, n° 05-43061, JCP S 2006, p. 1425, obs. DUMONT ; RJS 2006, n° 738 ; Cass. soc., 3 novembre 2005, n° 03-45.838, RJS 2006, n° 52.

- Cass. soc., 26 avril 2006, n° 05-43005.
- Cass. soc., 3 mai 2006, n° 04-46141, Bull. civ. V, n° 162, p. 157 ; Dr. social 2006, p. 929 (1^e esp.), obs. Ph. WAQUET, JCP S 2006. 1694, note B. BOSSU.
- Cass. soc., 3 mai 2006, JCP S 2006, 1666, note B. BOSSU.
- Cass. soc., 17 mai 2006, n° 05-43265.
- Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-41595, JCP S 2006, p. 1577, obs. P.-Y VERKINDT, JS Lamy 2006. 193-6.
- CE, 7 juin 2006, n° 285576.
- Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45846, Bull. civ. V, n° 209 ; D. 2006, p. 3041, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; GADT, 4^e éd. 2008, n° 52 ; RDT 2006, p. 313, obs. J. PÉLISSIER ; RTD civ. 2007, p. 110, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Dr. social 2006, p. 926, obs. Fr. FAVENNEC-HÉRY ; RJS 2006, p. 683, n° 920 ; JS Lamy 2006, n° 193-4 ; JCP E 2006, p. 2443, note BÉAL.
- Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-41969, JCP S 2006, p. 1841.
- CJUE, 4 juillet 2006, Adelenor, aff. C-212/04, pt 94, AJDA 2006, p. 2271, chron. E. BROUSSY, Fr. DONNAT et Chr. LAMBERT ; D. 2006, p. 2209 ; Dr. social 2007, p. 94, note Chr. VIGNEAU.
- Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-47949.
- Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-45396, Bull. civ. V, n° 241 ; RDT 2006, p. 313, obs. J. PÉLISSIER.
- Cass. soc., 21 septembre 2006, n° 05-41155, Bull. civ. V, n° 285.
- Cass. soc., 27 septembre 2006, n° 04-47484.
- Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-44602, Bull. civ. V, n° 314, p. 301 ; A. MAZEAUD, « Contrat de travail. Statut collectif. Engagement unilatéral. Renonciation. Disposition con Cons. const., 30 novembre 2006, n° 2006-543, JO du 8 décembre 2006, p. 18544.

- 2007 -

- Cass. soc., 4 avril 2007, n° 05-44104 ; RDT 2007, p. 505 note G. PIGNARRE.
- Cass. soc., 15 mai 2007, n° 06-41277, RDT 2007, p. 449, obs. V. BONNIN.
- Cass., Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, Bull., Chambre mixte, n° 3 ; D. 2007, Jur. p. 2137, obs. J. MOULY ; Sem. soc. Lamy 2007, n° 1310, note Ph. WAQUET ; RDT 2007, p. 527, obs. Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, JCP 2007. II., p. 10129, obs. G. LOISEAU ; D. 2007, Pan. p. 3037, obs. Ch. GENIAUT ; Dr ouvrier 2008, p. 25, note S. DUCROCQ.
- Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK, D. 2007, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER, JCP G 2007. II, p.10154, note D. HOUTCIEFF.
- CE, 23 décembre 2010, n° 335738.
- CJCE, 7 juin 2007, Carp., aff. C-80/06, Rec. CJCE p. I-4473.
- Cass. soc., 10 juillet 2007, n° 05-45610, RTD 2008, p. 108, obs. R. De QUENAUDON.
- Cass. soc., 17 juillet 2007, n° 06-42937, JCP S 2007, p. 1911, note Th. LAHALLE .
- Cass. crim., 11 septembre 2007, n° 06-82410.
- Cass. soc., 3 octobre 2007, n° 06-45478 ;
- Cass. soc., 31 octobre 2007, n° 06-43876, Bull. civ. V, n° 180 ; D. 2007, p. 2876, obs. L. PERRIN ; D. 2008, p. 442, obs. G. BORENFREUND, F. GUIOMARD, O. LECLERC, E. PESKINE, C. WOLMARK, A. FABRE ET J. PORTA ; Dr. social 2008, p. 443, note A. BUGADA ; RDT 2008, p. 110, obs. M. VÉRICEL.
- CJCE 11 décembre 2007, *The international Transports Workers Federation & The Finish Seamen's Union c/Viking Line ABP & OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, AJDA 2008, p. 240, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; D. 2008, p. 2560, obs. L.

d'AVOUT et S. BOLLÉE ; D. 2008, p. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT ; D. 2009, p. 1547, chron. B. EDELMAN ; RDT 2008, p. 80, étude S. ROBIN-OLIVIER et E. PATAUT ; Rev. crit. DIP 2008, p. 356, note H. MUIR WATT ; Rev. crit. DIP 2008, p. 781, étude M. FALLON ; RTD com. 2008, p. 445, obs. G. JAZOTTES ; RTD eur. 2008, p. 47, note P. RODIÈRE ; RTD eur. 2009, p. 511, chron. A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ.

- CJCE, 18 décembre 2007, *Laval & Partneri Ltd c/Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341/05, AJDA 2008, 240, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; D. 2008, p. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT ; D. 2009, p. 1547, chron. B. EDELMAN ; RDT 2008, p. 80, étude S. ROBIN-OLIVIER et E. PATAUT ; Rev. crit. DIP 2008, p. 356, note H. MUIR WATT ; Rev. crit. DIP., p. 781, étude M. FALLON ; RTD com. 2008, p. 445, obs. G. JAZOTTES ; RTD eur. 2008, p. 47, note P. RODIÈRE ; RTD eur. 2009, p. 511, chron. A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ.

Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-44754, Bull. civ. V, n° 219 ; RDT 2008, p. 254, obs. S. BERNARD et T. GRUMBACH.

- 2008 -

- Cass. soc., 9 janvier 2008, n° 06-45100.
- Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 06-43040 et n° 06-44197, Bull. civ., V, n° 16.
- Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 07-40522, *Mme Garcia c/ Sté Distribution Casino*, D. 2008. AJ. 422, obs. B. INÈS ; RDT 2008, p. 174, obs. B. LARDY-PÉLISSIER ; JCP S 2008, p. 1322, note B. BOSSU.
- Cass. soc., 24 janvier 2008, *Sté Jacobs France c/ Didier Thomas*, n° 06-45088, D. 2008. AJ. p. 422.
- Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-46447 à n° 06-46474 ; JCP S 2008, 1274, note, J.-Fr. CESARO
- Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-14218, Bull. civ. V, n° 28.
- Cass. soc., 7 février 2008, n° 06-44869, RJS 2008, n° 431.
- Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-45147, Bull. civ. V, n° 59 ; D. 2008, p. 994 ; RDT 2008, p. 387, obs. A. FABRE ; V. not. Cass. soc., 16 décembre 1992, n° 88-43834, Bull. civ. V, n° 594, p. 374 ; Dr. social 1993, p. 156, note J. SAVATIER, RJS 1993, p. 115, n° 167.
- Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40852, Bull. civ. V, n° 65 ; Dr. social 2008, p. 611, obs. Chr. RADÉ.
- Cass. soc., 26 mars 2008, n° 06-45469 .
- Cass. soc., 9 avril 2008, n° 07-41418, Bull. civ. V, n° 82.
- Cass. soc., 9 avril 2008, n° 07-40668, RJS 2008, n° 645.
- CJUE, 15 avril 2008, Impact, n° C-268/06.
- Cass. soc., 18 avril 2008, n° 06-41874.
- Cass. soc., 15 mai 2008, n° 07-42289.
- Cass. soc. 21 mai 2008, n° 07-41380, Bull. civ. V, n° 109.
- Cass. soc., 1er juillet 2008, n° 07-44124, Bull. civ. V, n° 146 ; D. Sirey 2008, p. 1986, note S. MAILLARD ; JCP E 2008, p. 46 ; A. CHIREZ, « Florilèges de beaux principes autour d'un CNE désamorcé », Dr. ouvrier 2008, p. 512 ; Fr. DUMONT, « Contrat Nouvelle Embauche : Suite et fin », JCP S 2008, p. 21 ; A. CHEVILLARD, « La non-conformité de l'ordonnance instituant le contrat "Nouvelles embauches" à la convention numéro 158 de l'OIT : suite et fin ? », Rev. Lamy Droit des affaires 2009, p. 51.
- Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 07-42488.
- Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523, Bull. civ. V, n° 192 ; D. 2008. AJ. 2672, obs. L. PERRIN ; D. 2009. Pan. 590, obs. A. FABRE ; RDT 2008, p. 731, obs. G. AUZERO.

- Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-43071.
- Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 06-45086.
- CE 14 novembre 2008, Mme Viel, req. n° 306226, et Mme Esteves, req. n° 307544, Lebon T. ; Dr. social 2009, p. 419, concl. M. KELLER
- Cass. soc., 26 novembre 2008, n° 07-43780.
- Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-43283.

- 2009 -

- Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-45562, D. 2009, p. 1799, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; ibid. p. 2128, obs. J. PÉLISSIER, T. AUBERT, M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, B. LARDY-PÉLISSIER et B. REYNÈS; RDT 2009, p. 300, obs. A. DUMERY.
- Cass. soc., 11 février 2009, n° 06-45897, M. Latrasse c/ Sté Sambre et Meuse, n° 06-45897, Bull. civ. V, n° 41, D. 2009, p.1738, obs. S. MAILLARD, note J. MOULY.
- Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44185, D. 2009, p. 2204, note B. REYNES, et Pan., p. 2128, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; JCP S 2009, p. 1199, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; RJS 6/09, n° 534.
- CJUE, 23 avril 2009, Angelidaki e.a., C-378/07 à C-380/07, Rec. p. I-3071.
- Cass. soc, 3 juin 2009, île de la tentation, n° 08-40981, n° 08-40982 et n° 08-40983, Bull. civ. V, n° 141 ; D. 2009, AJ 1530, obs. M. SERNA, Jur. 2517, note B. EDELMAN, et J.-Fr. CESARO et P.-Y. GAUTIER, D. 2009. Chron., p. 2016 ; RDT 2009, p. 507, obs. G. AUZERO ; RTD com. 2009, p. 723, obs. Fr. POLLAUD-DULIAN; Sem. Sociale Lamy n° 1403, rapp. A. FOASSERT, obs. Fr. CHAMPEAUX, J.-E. RAY et A. JEAMMAUD ; JCP S 2009. Actu., p. 305, note P.-Y. VERKINDT.
- Cass. soc., 4 juin 2009, n° 08-41359, D. 2010, p. 342 ; RDT 2009, p. 579, obs. S. TOURNAUX.
- Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44570, Bull. civ. V, n° 152.
- CJUE, 16 juillet 2009, *Mono Car Styling*, aff. C-12/08, RJS 11/09, p. 783, chron. O. LEVANNIER-GOUËL; Dr. social 2009, p. 1217, note F. KESSLER ; Sem. sociale Lamy 2010, n° 1444, suppl., comm. S. LAULOM.
- Cons. const. 6 août 2009, n° 2009-588 DC, AJDA 2009, p. 1519 et 2120, note J. WOLIKOW ; D. 2010, p. 1508, obs. V. BERNAUD et L. GAY.
- Cass. soc., 22 septembre 2009, n° 08-41352.
- Cass. soc., 23 septembre 2009, Dr. ouvrier 2010, p. 57, obs. P. ITURRIOZ et le rapport ROUILLEAULT, L'emploi au sortir de récession, p. 166 ; RDT 2011, p. 312, obs. M. KOCHER.
- Cass. soc., 29 septembre 2009 n° 07-43441, RJS 2009 n° 907.
- Cass. soc., 14 octobre 2009, n° 08-42878, Bull. civ. V, n° 221 ; RDT 2009, p. 712, note J. PÉLISSIER.
- Cass. soc., 28 octobre 2009, n° 08-41883.
- CE 7 décembre 2009, Sté Auto Grill, req. n° 301563, Lebon T. ; Dr. social 2010, p. 306, concl. Y. STRUILLLOU.
- CE, 7 décembre 2009, Sté Autogrill, n° 301563, Lebon, concl. Y. STRUILLLOU ; AJDA 2009, p. 2376.
- CE, 2 octobre 2009, n° 301034.
- Cass. soc., 14 octobre 2009, n° 08-42878, Bull. civ. V, n° 221 ; D. 2009, p. 2556 ; D. 2010, p. 672, obs. O. LECLERC, E. PESKINE, J. PORTA, L. CAMAJI, A. FABRE, I. ODOUL

ASOREY, T. PASQUIER et G. BORENFREUND ; RDT 2009, p. 712, obs. J. PÉLISSIER ; D. 2010, p. 30, obs. M. VERICEL.

- 2010 -

- CJUE 19 janv. 2010, *Seda Küçükdeveci*, aff. C-555/07, AJDA 2010, p. 248, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; RDT 2010, p. 237, obs. M. SCHMITT ; RTD eur. 2010, p. 113, chron. L. COUTRON ; ibid. 673, chron. S. ROBIN-OLIVIER ; ibid. 2011, p. 41, étude E. BRIBOSIA et Th. BOMBOIS ; RMCUE 2013, p. 313, chron. EKATERINI SABATAKAKIS.
- Cass. soc., 17 février 2010 n° 08-45298, RDT 2010, p. 292, obs. J. PÉLISSIER.
- CE, 19 mars 2010, n° 317225.
- Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-43324.
- Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44236, Bull. civ. V, n° 80.
- CE, 9 avril 2010 : RJS 7/10, n°615.
- Cass. soc. 14 avril 2010, n°09-60426, Bull. civ. V, n°100, D. 2010. AJ, p. 1150, B. INES ; Pan. p. 2029, obs. J. PÉLISSIER, et. Alii ; RDT 2010, p. 276, rappr. J.-M. BÉRAUD ; RDT 2010, p. 374, obs. J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ.
- Cass. soc., 5 mai 2010, n° 07-45409, D. 2010, p. 1290 ; D. 2011, p. 840, obs. Equipe de recherche en droit social de Lyon 2 ; RDT 2010, p. 435, obs. S. TOURNAUX.
- Cass. soc., 12 mai 2010, n° 09-41007, JCP S 2010, p. 1356, note A. MARTINON.
- Cass. soc., 2 juin 2010, n° 09-40215, Bull. civ. V, n° 128.
- Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, Bull. civ. V, n° 197 ; D. 2011, p. 219, obs. C. DECHRISTÉ, note S. FROSSARD ; ibid. p. 1246, obs. G. BORENFREUND, E. DOCKÈS, O. LECLERC, E. PESKINE, J. PORTA, L. CAMAJI, T. PASQUIER, I. ODOUL ASOREY et M. SWEENEY ; Dr. social 2011, p. 151, note J. BARTHÉLÉMY ; RDT 2010, p. 725, obs. Fl. CANUT ; Fr. FAVENNEC, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Sem. soc. Lamy 2014, n° 1643.
- Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, AJDA 2011, p. 705, tribune E. SAGALOVITSCH ; D. 2010, p. 2744, obs. I. GALLMEISTER, note F. CHÉNEDÉ ; ibid. 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU ; ibid, p. 1585, obs. Fr. GRANET-LAMBRECHTS ; ibid., p. 1713, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; ibid. p. 2298, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; AJ fam., p. 2010. 487, obs. Fr. CHÉNEDÉ ; ibid. p. 489, obs. C. MÉCARY ; Constitutions 2011. p. 75, obs. P. CHEVALIER ; ibid. p. 361, obs. A. CAPPELLO ; RTD civ. 2010, p. 776, obs. J. HAUSER ; ibid. 2011. p. 90, obs. P. DEUMIER, Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-40822, Bull. civ. V, n°239 ; Dalloz actualité, 22 novembre 2010, obs. B. INES ; D. 2011. Pan. 1246, obs. E. PESKINE ; JCP S 2010, p. 1507, obs. C. PUIGELIER.
- Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-44594, n° 08-44595 et n° 08-44596, Bull. civ. V, n° 237 ; RDT 2011, p. 119, note Fl. CANUT ; M. MINÉ, « Rythme de travail. Modification. Modification du contrat de travail (non). Modification des conditions de travail (oui) », Dr. social 2011, p. 333.
- Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-42740, Bull. civ. V, n° 243, JCP S 2010, p. 1509, note Fr. BOUSEZ, RJS 1/11, n° 39 ; RDT 2010, p. 719, note A. FABRE, Fr. DUQUESNE, « Légalité disciplinaire dans l'entreprise : l'épilogue ? », RJS, chron. p. 90.
- Cass. soc., 3 novembre 2010, n° 09-65254, Bull. civ. V, n° 252 ; D. 2011, p. 1246, obs. J. PORTA ; Dr. social 2011, p. 95, obs. Chr. RADÉ ; JCP S 2011, p. 1006, obs. J.-Y. FROUIN.
- Cass. civ. 3e, 30 novembre 2010, n° 10-16828, AJDA 2010, p. 2340 ; D. 2011, p. 2298, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; AJDI 2011, p. 160.

- CE, 15 décembre 2010, n° 316.856, Conclusions G. DUMORTIER, RDT 2011, p. 99 ; Sem. soc. Lamy 2011, n° 1481, p. 10, note M-Chr. ROUAULT et Fr. DUQUESNE

- 2011 -

- Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 09-71366.
- Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 09-70838, Bull. civ. V, n°14 ; RDT 2011, p. 445, obs. M. VÉRICEL
- Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 09-40094, Bull. civ. V, n° 25.
- Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-71029.
- Cons. const., QPC, 4 février 2011, n° 2010-98, Constitutions 2011, p. 238, obs. Chr RADÉ
- Cons. const. 4 février 2011, n° 2010-98 QPC.
- Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-43223.
- Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11581, Bull. civ. V, n° 70 ; RJS 2011, p. 347, note G. COUTURIER ; JCP S 2011 1200, note Fr. FAVENNEC-HERY ; RDT 2011, p. 226, rapp. J.-M. BERAUD ; RDT 2011, p. 244, note Fr. GÉA ; Sem. soc. LAMY 2011, n° 1484, p. 7, note J. PÉLISSIER ; JSL 2011, n° 298, p. 8, note M. HAUTEFORT.
- Cass. soc., 23 mars 2011, n° 10-60185.
- Cass. soc. 23 mars 2011, n° 09-69127.
- Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71542, Bull. civ. V, n° 81 ; Sem. soc. Lamy 2011, n° 1490, p. 12, obs. A. MARCON et Fr. CHAMPEAUX.
- Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71542, Bull. civ. V, n° 81 ; D. 2011, p. 1089.
- Cass. soc., 28 avril 2011, n° 09-70619, D. 2011. Actu. p. 1289, obs. J. SIRO ; RJS 7/2011, n° 610 ; JCP S 2011, p. 1284, note D. CORRIGNAN-CARSIN.
- Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-13979, Bull. civ. V, n° 98.
- Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67464, Bull. civ. V, n° 105 ; Sem. soc. Lamy, n° 1492, p. 12 note. Fr. CHAMPEAUX.
- Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-43208, Bull. civ. V, n° 141.
- Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71107, D. 2011. Actu. p. 1830, et 2012. Pan. 901, obs. J. PORTA ; RDT 2011, p. 474, Controverse B. VAN CRAEYNEST et P. MASSON, et 481, étude M.-F. MAZARS, S. LAULOM et C. DEJOURS ; Cass. soc., 11 juin 2014, n° 11-20985, Bull. civ. V, n° 137 ; D. 2014. Actu. p. 1331.
- Cass. civ. 1re, 27 septembre 2011, n° 11-13488, Bull. civ. 1, n° 151, D. 2011, p. 2707, note A. LEVADE ; D. 2012, p. 244, obs. N. FRICERO ; AJDI 2011, p. 880 ; Gaz. Pal. 2011, p. 3601, obs. N. RÉGIS.
- Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 09-68537, Bull. civ. V, n° 196 ; note Fl. CANUT, « Nullité de la clause de non-concurrence et convention collective postérieure », Sem. soc. Lamy, 7 novembre 2011, n° 1512, p. 10.
- Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-15316.
- Cass. soc. , 3 novembre 2011, n° 10-14702, Bull. civ. V, n° 246 ; D. 2012, p. 67, note P. LOKIEC ; ibid. p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; RDT 2012, p. 31, obs. S. TOURNAUX.
- Cass. soc., 3 novembre 2011, n°10-14702 et 10-30033, Bull. civ. V, n°s 246 et 248 ; D. 2012, p. 67, note P. LOKIEC ; ibid. p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. social 2012, p. 147, note E. DOCKÈS ; RDT 2012, p. 31, obs. S. TOURNAUX ; JCP S 2012, p. 1159, p. 17 ; Dr. social 2012, p. 147 ; Sem. soc. Lamy 2011, n° 1518.
- Cass. soc., 8 novembre 2011, n° 10-19339, JCP S 2012, p. 1159, note H. K. GABA.

- Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-17945, D. 2012, p. 226 ; Dr. social 2012, p. 321, obs. J. MOULY ; RDT 2012, p. 150, obs. S. TOURNAUX.
- Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-15481, JCP S 2012, p. 1175, note F. DUMONT.
- Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-14868.
- Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-16655, Bull. civ. V, n° 8 ; D. 2012, p. 291.
- Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-16926, Bull. civ. V, n° 17 ; D. 2012, p. 367.
- CJUE, 24 janvier 2012, Maribel Dominguez, aff. C-282/10, D. 2012. 369 ; D. 2012, p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; RDT 2012, p. 371, obs. M. VÉRICEL ; RDT 2012, p. 578, chron. Ch. BOUTAYEB et E. CÉLESTINE ; RFDA 2012, p. 961, chron. C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLÉMENT-WILZ et Fr. MARTUCCI ; RTD eur. 2012, p. 490, obs. S. ROBIN-OLIVIER ; RTD eur. 2013, p. 677, obs. Fl. BENOIT-ROHMER ; RMCUE 2014, p. 243, chron. EKATERINI SABATAKAKIS ; JCP S 2012, p. 1135, note E. ANDRÉO, J. MISSLIN ; Europe 2012, p. 127, note L. DRIGUEZ ; Europe 2012, p. 115, note D. SIMON.
- CJUE, 26 janvier 2012, *Bianca Küçük c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-586/10, D. actualité 29 février 2012, note L. PERRIN.
- Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-17394, Bull. civ. V, n° 49.
- Cass. soc., 1er février 2012, n° 10-17394 et n° 10-17591, Bull. civ. V, n° 49, D. actualité, 14 février 2012, note A. ASTAIX.
- Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-19505, Bull. civ. V, n° 54 ; D. 2012, p. 559.
- Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-27525, Bull. civ. V, n° 57.
- Cass. soc., 15 février 2012, n° 10-27397.
- Cass. soc., 28 février 2012, n° 10-18308, Bull. civ. V, n° 78 ; D. 2012, p. 744.
- Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, AJDA 2012, p. 574 ; RFDA 2012, p. 528, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; Constitutions 2012, p. 267, chron. J. BENETTI ; v. J.-Fr. AKANDJI-KOMBE, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534, p. 10.
- Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, AJDA 2012, p. 574 ; RFDA 2012, p. 528, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; Constitutions 2012, p. 267, chron. J. BENETTI.
- Cass. soc., 11 avril 2012, Bull. civ. V, n° 122, D. 2012, Actu. p. 1068, et Pan. 2622, obs. J. PORTA ; RTD eur. 2013, p. 292-28, obs. B. Le BAUT-FERRARESE, et 292-31, obs. S. ADALID.
- CE, 11 avril 2012, n° 322326, GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement, au Lebon ; AJDA 2012, p. 735 ; ibid. p. 936 ; ibid. p. 729, tribune Y. AGUILA, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; D. 2012, p. 1712, note B. BONNET ; ibid. 2013, p. 324, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; Dr. social 2012, p. 1014, étude J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ ; RFDA 2012, p. 547, concl. G. DUMORTIER ; ibid. p. 560, note M. GAUTIER ; ibid. p. 961, chron. C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLÉMENT-WILZ et Fr. MARTUCCI ; RDSS 2012, p. 940, note S. BIAGINI-GIRARD ; Constitutions 2012, p. 297, obs. A. LEVADE ; RTD civ. 2012, p. 487, obs. P. DEUMIER.
- Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28512, D. 2012, p. 1341 ; D. 2013, p. 1026, obs. P. LOKIEC et J. PORTA.
- Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-15238, Bull. civ. V, n° 154.
- Cass. soc., 6 juin 2012, n° 11-17489, Bull. civ. V, n° 171, Dalloz actualité, 19 juin 2012, obs. J. SIRO ; D. 2012. Act. p.1620 ; RJS 2012, p. 599, n° 681 ; JSL 2012, n° 327-2, obs. H. K. GABA ; JCP S 2012, p. 1463, obs. D. CHENU.

- Cass. soc., 13 juin 2012, n° 10-27395, Bull. civ. V, n° 184, Dalloz actualité, 17 juillet 2012, obs. INES ; RJS 2012, p. 630, n° 726 ; JSL 2012, n° 326-2, obs. M. HAUTEFORT.
- Cass. soc., 19 septembre 2012, n° 11-22782, n° 11-22783, n° 11-22784, n° 11-22785, n° 11-22786, n° 11-22787, n° 11-22788, n° 11-22789, n° 11-22790, n° 11-22791.
- Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-11444.
- Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-14083, Bull. civ. V, n° 251.
- Cass. soc. 10 octobre 2012, n° 11-10455.
- Cass. soc., 20 novembre 2012, n° 11-22298.
- Cass. soc., 28 novembre 2012, n° 11-17941, D. 2012, p. 2899 ; Dr. social 2013, p. 173, note J. MOULY ; Dr. social 2013, p. 362, chron. G. DUMORTIER, P. FLORES, A. LALLET et Y. STRUILLLOU ; Constitutions 2013, p. 78, obs. Chr. RADÉ et P. GERVIER ; JCP G 2013, p. 332, note B. MATHIEU ; JCP S 2013, n° 10, p. 25, note I. BEYNEX.
- Cass. soc., 28 novembre 2012, n°11-17941, Bull. civ. V, n° 308 ; D. 2012, p. 2899 ; D. 2013, p. 2812, obs. Centre du droit de la concurrence ; Dr. social 2013, p. 173, obs. J. MOULY ; ibid. p. 362, chron. G. DUMORTIER, Ph. FLORES, A. LALLET et Y. STRUILLLOU ; RDT 2013, p. 269, obs. M. SCAGLIA ; Constitution 2013, p. 78, obs. Chr. RADÉ et P. GERVIER.
- Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 11-21849, Bull. civ. V, n° 318.

- 2013 -

- Cass. soc., 15 janvier 2013, *Société Chabrillac*, n° 11-28109, Bull. civ. V, n° 7, D. 2013, p. 255 ; Dr. social 2013, p. 277, obs. J. MOULY ; JCP S 2013, n° 1251, note BUGADA ; Sem. soc. Lamy 2013, n° 338, p. 4, note J.-E. TOURREIL ; CSB 2013, n° 249, p. 57, obs. F.-J. PANSIER.
- Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-20356, Bull. civ. V, n° 16 ; JCP S 2013, p. 1182, note D. CHENU.
- Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-23428, Bull. civ. V, n° 14 ; D. 2013, p. 313, obs. L. PERRIN ; Dr. social 2013, p. 275, obs. J. MOULY.
- Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13865 ; Sem. soc. Lamy 2013, n° 1586, p. 11 ; RDT 2013 p. 480, obs. G. AUZERO ; V., dans le même sens, Cass. soc. 26 juin 2013, n° 12-15208.
- Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, JORF 16 juin 2013, p. 9976 ; RTD civ. 2013, p. 832, obs. H. BARBIER ; Constitutions 2013, p. 400, obs. A.-L. CASSARD-VALEMMBOIS ; JCP 2013, JCP 2013, n° 37, p. 929, note J. GHESTIN, RDC 2013, p. 1285, obs. C. PÉRÈS.
- Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-11867.
- CE, 4e et 5e ss-sect. réun., 3 juillet 2013, n° 348099, Assoc. des paralysés de France, au Lebon ; AJDA 2013, p. 2413 ; Dr. social 2013, p. 925, concl. G. DUMORTIER.
- CJUE, 18 juillet 2013, Alemo-Herron, aff. C-426/11, RDT 2013, p. 789, obs. P. RÉMY ; Sem. soc. Lamy 2013, n° 1611, p. 10, obs. S. LAULOM ; RJS 11/2013, p. 654, obs. J.-Ph. LHERNOULD.
- Cass. soc. 25 septembre 2013, Comptoir du Sud, n°12-17776 et n° 12-17777 ; D. 2013, p. 2277 ; Dr. social 2014, p. 90, obs. P. CHAUMETTE.
- Cass. soc. 25 septembre 2013, M. X c/ Fondation Hopale, n° 12-13965 et n° 12-14351.
- Cass. soc., 23 octobre 2013, n° 11-16032, Bull. civ. V, p. 247, Lexbase Hebdo, éd. soc., n° 547 ; D. 2013, p. 2527 ; Dr. social 2014, p. 11, chron. S. TOURNAUX, et 77, obs. Fl. CANUT.
- Cass. soc., 29 octobre 2013, n° 12-15382, D. 2013, p. 2584 ; RDT 2013, p. 764, obs. Y. LEROY.
- Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 11-17644, n° 11-17645, n° 11-17646, n° 11-17647 ; D. 2013, p. 2703.

- Cass. soc., 20 novembre 2013, n° 12-16370.
- Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-23006, D. 2014, p. 88, Dr. social 2014, p. 292, obs. D. BOULMIER.

- 2014 -

- CJUE, 15 janvier 2014, Association de médiation sociale (AMS), aff. C-176/12, AJDA 2014, p. 336, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et H. CASSAGNABÈRE ; D. 2014, p. 705, note S. de La ROSA ; Dr. social 2014, p. 408, étude J. ICARD ; RDT 2014, p. 312, étude E. CARPANO et E. MAZUYER.
- Cass. soc., 29 janvier 2014, n° 13-40067.
- CE, 10 février 2014, n° 358992, AJDA 2014, p. 380 ; Dr. social 2014, p. 474, obs. J. MOULY.
- Cass. soc., 26 mars 2014 (3 arrêts), n° 12-23634, n° 12-21372 et n° 12-35040, D. 2014, p. 830, et 1115, obs. P. Lokiec ; Dr. social 2014, p. 397, tribune J.-E. RAY ; Fr. GÉA, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ? », Sem. sociale Lamy n° 1625/2014, p. 10.
- Cass. soc., 12 juin 2014, n° 13-11448 ; D. 2014, p. 1628 ; W. FRAISSE, « Résiliation judiciaire : manquements de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail », D. actualité, 25 juin 2014.
- Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 11-21609.
- Cass. soc., 30 septembre 2014, n° 13-16297, D. 2014, p. 2002 ; ibid. 2015, p. 104, chron. E. WURTZ, F. DUCLOZ, S. MARIETTE, N. SABOTIER et Ph. FLORÈS ; ibid. p. 829, obs. J. PORTA et P. LOKIEC ; RDT 2014, p. 684, obs. B. LARDY-PELISSIER ; JCP S 2014, p. 1436, note Gr. LOISEAU ; JCP 2014, p. 1077, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN. Sur le recours par une salariée en période de protection liée à la grossesse ou à la maternité : Cass. soc., 25 mars 2015, n° 14-10149, D. 2015, p. 808.
- Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 11-22251, D. 2014, p. 2118 ; Dr. social 2014, p. 1066, obs. J. MOULY ; RDT 2014, p. 752, obs. L. BENTO DE CARVALHO.
- Cass. soc., 29 octobre 2014, n° 13-11010
- Cass. soc., 13 novembre 2014, n° 13-10721 ; RDT 2015, p. 124, note. Fl. CANUT.
- Cass. soc., 10 décembre 2014, *Mme X. c/ Société Aloha glacier*, n° 13-22134 ; D. 2015, p. 19 ; Dr. social 2015, p. 282, obs. J. MOULY.
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n°13-23230 et n°13-22890, D. 2015, p. 163 ; RDT 2015, p. 195, note G. PIGNARRE.

- 2015 -

- Cass. soc., 3 mars 2015, 2 arrêts : M. X. c/ SAS Bicho Soredis (1er arrêt), SAS Patry auto c/ M. Y. (2e arrêt) ; n° 13-15551 et n° 13-23348 ; D. 2015, p. 632, Dr. social 2015, p. 376, note J. MOULY.
- Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-18603, D. 2015, p. 688 ; Dr. social 2015, p. 384, étude J. MOULY ; RJS 5/ 2015, n° 300 ; Lexbase hebdo, éd. soc., 2015, n° 606.
- Cons. const., 5 août 2015, DC. 2015-715.

Index

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

- A -

Abus : 77, 78, 159, 224, 226, 230, 321, 357, 358, 378, 380, 383, 421, 458, 459, 461, 469.

Accord :

- ~ collectif : 115, 119, 173, 179, 186, 187, 194 s., 202 s., 210, 213, 241, 249, 297, 305, 307, 308, 327, 328, 330, 332, 335, 337, 390 s., 412, 413, 463, 464, 465, 466.
- ~ d'entreprise : 119, 199, 289, 395, 396, 397.
- ~ de branche : 180, 196, 396, 397, 417.
- ~ dérogatoire : 119, 196.
- ~ national interprofessionnel : 79, 110, 331.

Accord de maintien de l'emploi: 187, 335, 391, 465, 466, 469.

- accord du salarié : 187, 465, 466.
- refus du salarié : 206, 207, 466, 467.

Accord de mobilité interne: 187, 306, 307, 338, 339, 467, 468.

Accord de réduction du temps de travail: 200, 202, 203, 206.

Aménagement du temps de travail : 191 s., 327, 327, 330, 335, 381, 383, 385 s., 389 s., 404, 406, 470, 471.

- accord collectif : 195 s., 307.
- lois Auroux : 192, 389.
- répartition des horaires : V. ce mot.
- modification du contrat de travail : 199, 201 s.
- rémunération : 210 s.

Articulation :

- contrat de travail/prise d'acte de la rupture du contrat de travail : V. *Prise d'acte de la rupture du contrat de travail*.
- contrat de travail/rupture conventionnelle : V. *Rupture conventionnelle*.
- définition : 18 s.
- pouvoirs de l'employeur/contrat de travail : 215 s.
- sources conventionnelles/contrat de travail : 173 s.
- sources étatiques/contrat de travail : 91 s.
- sources supranationales/contrat de travail : 37 s.

Autonomie :

- ~ collective : 8, 9.
- ~ de la volonté : 94, 113, 121 s., 170, 198, 218, 326.
- ~ du contrat de travail : 29, 247.

- B -

Bonne foi : 105, 106, 107, 226, 228, 229, 230, 231, 374.

- exécution de ~ : 381, 382, 417.
- obligation de ~ : 374.
- présomption de ~ : 229, 357, 358.

Besoins de gestion de l'entreprise : 383, 386, 388, 389, 390, 406, 409, 417.

- C -

Cause réelle et sérieuse : 203, 206, 227, 254, 258, 353, 357, 369, 370.

- critères de la ~ : 422.
- preuve de la ~ : 424, 425, 426.

Changement des conditions de travail :
7, 13, 310 s., 340, 349.

- salarié protégé : 324, 342 s.
- sanction : 342, 343, 351 s., 356 s.
- pouvoir de direction de l'employeur : 224 s.

Clause :

- ~ de dédit-formation : 157, 456.
- ~ de mobilité géographique : 68, 157, 159, 187, 209, 226, 230, 256, 306, 321, 338.
- ~ de non-concurrence : 64, 157, 163, 164, 166, 188, 189, 209, 456.
- ~ de variation des horaires : 406.
- ~ force obligatoire : V. ce mot.
- ~ informative : 136.

Clause contractuelle contraire :

- nullité (rejet de la) : 188.
- substitution de la ~ : 189, 190.
- suspension de la ~ : 186, 187, 190, 191, 214, 260, 262, 306, 391.

Condition de travail :

- changement des ~ : V. ce mot.

Conseil constitutionnel : 47, 166, 283, 409.

Conseil d'État : 47, 67, 70, 88, 182, 275, 324, 362.

Consentement :

- vices du consentement : 410.

Contrat de travail :

- articulation : V. ce mot.
- bonne foi : V. ce mot.
- champ chronologique : 404, 405.
- champ chronométrique : 404 s., 417.
- contrat à durée déterminée : 332.
- critères : 15, 104, 153 s., 218.
- exécution normale : 226, 381, 459.
- force obligatoire : V. ce mot.
- forme : 2, 26, 50, 93, 97 s., 121, 155, 167, 168, 169, 262, 264, 474.
- inopposabilité : 179.
- intangibilité : V. *Principe d'intangibilité*.
- *intuitu personae* : 2, 11.

- objet : 98 s.
- origines : 11 s.
- prix : 101 s.
- qualification : V. ce mot.
- résistance : V. *Phénomène de résistance*.
- silence du ~ : 179.
- socle contractuel : V. ce mot.
- source du droit : 14.
- suspension du ~ : V. ce mot.

Contractualisation : 124, 137, 171, 180, 208, 301.

- ~ de la durée du travail : 296, 402, 406.
- ~ de la période d'essai : 449.
- ~ de la rémunération : 213.
- ~ des engagements unilatéraux : 245 s.
- ~ des heures supplémentaires : 213.
- ~ des pouvoirs de l'employeur : 256, 364 s.
- ~ du rapport d'emploi : 107, 249, 310, 335.
- surcontractualisation : 325, 326.

Convention collective :

- effet automatique de la ~ : 185, 186.
- force obligatoire de la ~ : 178, 179.
- impérativité de la ~ : 175 s., 208, 272, 328, 329, 332, 335, 391, 395, 475.

Convention de forfait : 87, 197.

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Conv. EDH) : 42, 61 s., 66 s., 80.

Charte sociale européenne : 42, 61, 70, 87, 88.

Charte des droits fondamentaux : 59, 73, 74, 75, 87.

Conflit de normes : 19, 23, 189, 276, 278, 279, 284, 286, 288, 291, 299, 300, 305, 375, 462, 471.

- D -

Démission : 127, 157, 443, 444, 445, 455, 459.

Délai de prévenance :

- ~ et accord de répartition des horaires : 398.
- ~ et dénonciation d'un usage : 250.
- ~ et fin de période d'essai : 455, 457, 460.

Dérogation :

- ~ *in melius* : 172, 181, 182, 183, 208, 276, 277, 300.
- ~ et supplétivité : 395.
- ~ *in pejus* : 119.

Directive :

- effet horizontal : 79.
- ~ et « éléments essentiels » du contrat de travail : 317.
- invocabilité : 45, 73.
- transposition : 44, 47, 54, 55, 73, 76.

Durée du travail :

- aménagement/répartition de la ~ : 211, 225, 391, 398, 404.
- contractualisation de la ~ : 211.
- modification de la ~ : 202.
- modulation du temps de travail : 305.
- réduction de la ~ : 202, 203, 328, 335.
- variation de la ~ : 406.

Droit commun :

- ~ des contrats : 11, 149, 317.
- ~ du licenciement : 328, 371.
- ~/droit spécial : 95 s., 102, 105, 108.

Droit comparé :

- Common law : 5, 20.
- droit romano-germanique : 5, 20, 21.

- E -

Effet direct :

- ~ du droit de l'Union européenne : 43, 76.
- ~ de la Charte sociale européenne : 70, 88.
- ~ horizontal : 66, 72, 73.
- directive : 44, 45.
- présomption d'effet direct : 66.
- règlement : 44.
- Traité : 43.

Effet relatif des conventions : 178.

Engagement unilatéral :

- contractualisation : 245 s.
- création : 237, 260.
- destruction : 250.
- non – incorporation : 241, 242.
- renonciation : 248, 249.
- source du droit : 238.
- transfert : 247.

- F -

Flexibilité :

- ~ des horaires : 406.
- ~ du contrat de travail : 321, 334 s., 340, 341, 342, 348, 371, 374, 375, 401.
- ~ du lieu de travail : 338.
- ~ du temps de travail : 196, 335, 337, 377, 386, 417.
- ~ du travail : 305, 336, 391, 411.

Force de travail : 15, 100, 239.

Force obligatoire :

- ~ de la règle jurisprudentielle : 162.
- ~ de la source conventionnelle : 178, 179.
- ~ des contrats : 133 s., 136, 137, 167, 178, 183, 225, 295, 317, 321, 327, 381, 382, 403, 450.
- ~ du règlement intérieur : 242.

- H -

Heures supplémentaires : 115, 196, 204, 210 s., 213, 381, 382, 398.

Hiérarchie des normes :

- ascenseur hiérarchique : 117.
- dispositif hiérarchique : 24, 26, 29, 30, 32, 35, 36, 46, 49, 94, 134, 167, 169, 173, 261, 262, 283, 298, 309, 473.

Horaires : 136, 216, 226, 383, 413 s.

- répartition des ~ : 180, 194, 196, 204, 213, 308, 335, 390, 395, 398, 399, 412.
- variation des ~ : 406.
- modification des ~ : 406.

- I -

Intention de nuire : 230, 254.

Interprétation conforme : 68, 76 s.

Interprétation jurisprudentielle : 144 s., 162, 166.

Intérêt général : 68, 179, 182, 183, 186, 328, 330.

- de l'entreprise : 216, 228.

Information :

- des représentants du personnel : 440.
- des travailleurs : 73, 136, 243, 317.
- droit à : 74.
- personnelles : 64.

Influence : V. *Phénomène d'influence*

- subsidiaire, 52 s.

Inspecteur du travail :

- arbitrage : 323.
- licenciement des salariés protégés : 324, 342, 343.
- rôle de l' ~ : 323.
- étendue des pouvoirs de l' ~ : 345 s.

- J -

Juge :

- office du juge : 139, 141, 152, 426.
- pouvoir d'interprétation, V. *Interprétation jurisprudentielle*

Jurisprudence :

- « fonction généralisante » : 141, 142.
- « fonction individualisante » : 141, 142.
- *Association de Médiation Sociale* : 73, 74, 76.
- *Barbier* : 157.
- création de critères de validité : 7, 153 s., 156 s.
- définition : 7.
- *Hotel Le Berry* : 215, 256, 362, 365.
- *Jacques Vabre* : 47.
- *Nicolo* : 47.
- *Norbert Dentressangle* : 79.
- *Compagnie de Géophysique* : 289.
- *Nikon France* : 64, 65.
- *Raquin* : 225, 310, 356.
- revirement : 189.
- *Unigrains* : 237.

Jonction des fondements : V. *principe d'application combinée des sources*.

- K -

Kelsen (H.) : 6, 19, 133, 298, 473.

- L -

Libertés fondamentales : 384, 429.

- respect de la vie privée et familiale, V. *vie privée*

Liberté contractuelle des parties : 98, 121, 122, 133, 167, 182, 183, 204, 207, 390, 401, 417, 476.

- exécution contractuelle : 123, 131, 172.
- formation du contrat de travail : 124, 130, 131, 171.
- rupture du contrat de travail : 126, 130.

Licenciement *sui generis* : 203, 354, 371.

Loi :

- ~ dispositive : 110, 113, 114, 117.
- ~ supplétive : 110, 115, 116, 117.
- ~ négociée : 110, 111, 112, 117.
- subsidiarité de la ~ : 393.
- non-rétroactivité de la ~ : 180, 304, 305, 328.

Loi de sécurisation de l'emploi : 151, 186, 198, 303, 391, 447, 462, 463.

Loi « portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail » : 196, 435.

Loi Warsmann : 198, 204, 303, 304, 305.

Licenciement disciplinaire : 204, 232, 252, 253, 254-1, 342, 353, 421.
- ~ du salarié fautif, 254.

Licenciement pour motif économique : 127, 187, 203, 331, 339, 353, 354, 434, 468.
- ~ et rupture conventionnelle : 439 s.

Licenciement pour motif personnel :
- cause réelle et sérieuse, V. ce mot.
- nullité : 430, 432, 452.
- procédure : 127, 227, 253, 254-1, 322, 323, 342, 346, 353, 359, 369, 370, 421, 436.
- prohibitions : 430.
- réintégration : 432.

Lieu de travail : 65, 136, 159, 186, 225, 296, 385, 443, 479.

Lien de subordination : 100, 222, 225, 243, 244, 260, 406, 411.
- critères du ~ : 15, 218.
- ~ et pouvoir de direction de l'employeur : 15, 218, 259, 414, 415.
- état de droit : 218.
- faisceau d'indices : 155.
- qualification du contrat de travail : 15, 99, 154, 218.
- situation de fait : 215, 218, 219.

Loyauté :

- obligation de loyauté : 106, 107.

- M -

Modification du contrat de travail :

- accord préalable du salarié : 199, 225, 305, 311 s., 364.
- aménagement du temps de travail : 120, 198, 201 s., 305, 328, 335, 339.
- disciplinaire : 255 s., 342, 360 s.
- du salarié protégé : 319, 346.
- refus du salarié : 326, 333, 348, 349 s., 367.
- sanction de l'employeur : 355 s.
- sanction du salarié : 369 s.

Modulation du temps de travail : 196, 204, 304, 305, 308, 328, 398, 412 s.

- O -

Obligation de loyauté : V. *Loyauté*.

Obligation de bonne foi : V. *Bonne foi*.

Ordre public :

- ~ absolu : 119, 181, 182, 183.
- ~ de protection : 182.
- ~ social et principe de faveur : 271 s., 277 s., 465.
- ~ dérogeable : 395.
- ~ social : 181, 182, 183, 192, 208, 249, 299, 301, 305, 307, 308, 309, 394, 462, 464, 478.

Organisation hiérarchique : 19, 29, 31, 39, 49, 262.

Ordonnancement des relations de travail : 16.

- P -

Période d'essai : 127, 410, 418, 448, 449.

- définition de la ~ : 450, 451.
- formation de la ~ : 453.
- durée maximale de la ~ : 180.
- renouvellement de la ~ : 180, 188, 450, 451, 460.
- rupture abusive de la ~ : 452, 459.
- liberté de la rupture : 180, 453, 455 s., 460.
- sanction : 452
- encadrement : 448, 451, 453, 455 s., 460.

Principe :

- ~ d'application combinée des sources : 72, 80 s., 89.
- ~ de légalité : 30.
- ~ de non-incorporation : 13, 180, 188, 190, 241, 242 s., 248, 251, 278, 289, 297, 291.
- ~ de primauté : 42.
- ~ de subsidiarité : V. *Influence subsidiaire*
- ~ d'intangibilité : 311.
- ~ hiérarchique : V. *Hiérarchie des normes*

Principe de faveur :

- comparaison analytique : 289.
- comparaison des normes par leur cadre : 287, 290.
- comparaison des normes par leur objet : 288.
- comparaison objective : 291.
- concours de normes : 18, 268, 285, 286, 287.
- cumul des avantages : 270, 278, 288, 289, 302.
- mise à l'écart : 465.

Pouvoir de direction de l'employeur: 9, 215, 235, 252 s., 310, 311, 318, 319, 328, 348, 355, 358, 368, 375, 381, 384, 398, 399, 404, 406, 412, 416, 418, 436, 443, 450.

- ~ et changement des conditions de travail, V. *Conditions de travail*.
- ~ et présomption de bonne foi de l'employeur : 229.

- ~ et suspension du contrat de travail : 220 s.

- limitation du ~ : 327, 342.
- source du droit : 9.

Pouvoir disciplinaire de l'employeur: 9, 215, 255 s., 369, 370, 373.

- définition : 215, 252, 254.
- contractualisation du : 364 s.
- ~ et rupture conventionnelle : 254-1.
- licenciement disciplinaire, V. ce mot.

Pouvoir normatif de l'employeur : 9, 215, 233 s., 243, 244, 248, 251, 254.

- manifestations : 235 s.
- pouvoir réglementaire, V. *Règlement intérieur*.

Pouvoirs de l'employeur :

- définition : 9, 215.
- ~ de direction, V. ce mot.
- ~ de sanction, V. ce mot.
- ~ normateur, V. ce mot.

Phénomène d'influence :

- effectivité : 80,
- caractère contraignant : 167, 262, 263, 379
- définition : 26, 476.
- direct : 38.
- distinction entre dispositif hiérarchique et ~ : 49, 53, 90, 134, 186, 214.
- rôle d'encadrement : 167, 180,
- indirect : 38.
- objectif : 167.
- protecteur : 262, 379.

Phénomène de résistance :

- ~ et contractualisation : 296, 402.
- déclin : 391.
- définition : 28, 264, 267, 475, 478.
- dérogation, V. *Principe de faveur*
- effectivité : 266, 313, 326, 335, 348, 352, 374, 375, 379, 469.
- encadrement : 310, 376, 377.
- flexibilité, V. *Flexibilité du contrat de travail*
- fondements, 318.
- relatif : 376, 377, 417, 469, 470, 471.

Prise d'acte de la rupture du contrat de travail : 343, 354.

- définition : 442, 443.
- effets : 445.
- manquements de l'employeur : 354, 443.
- harcèlement : 443.
- qualification : 443.

Protection :

- ~ du contrat de travail : 180, 341, 378, 380, 389, 396, 398, 412, 436, 476.
- ~ du salarié : 60, 326, 383.

- Q -

Qualification du contrat de travail :

- critères de la ~ : 104, 154 s., 218.
- indisponibilité de la ~ : 218.

Question Prioritaire de

Constitutionnalité : 161, 166.

- R -

Relations collectives : 119, 173.

Repos dominical : 382, 404, 409.

Résistance : V. *Phénomène de résistance*

- perte de, 200, 332, 398, 399, 416, 417.

Rôle du juge : 150, 203, 223, 424,

- application de la loi : 141 s.
- interprétation jurisprudentielle : 144, 145, 146, 147, 162, 166.

Règlement intérieur : 8, 9, 221, 237 s., 254, 260.

- non-incorporation du ~ : 241 s.

Rupture conventionnelle : 127, 129, 434 s., 445, 469.

- ~ et licenciement disciplinaire : 254-1.
- ~ et licenciement pour motif économique : 439 s.
- protection du consentement : 436

Rémunération :

- modification : 213, 354.

- S -

Salarié protégé : 314,

- licenciement : 322 s.
- flexibilité du contrat du ~ : 341 s.
- modification du contrat de travail : 320.
- mise en œuvre de la clause de mobilité géographique du ~ : 321.
- refus d'un changement des conditions de travail : 324.

Sécurisation des relations de travail : 150.

Source du droit :

- négociée, V. *source conventionnelle*
- autonomie des ~ : 13, 18, 22, 24, 28, 247, 266.
- collective, V. *source conventionnelle*
- conventionnelle, V. ce mot
- notion : 3 s.
- sources formelles : 5.
- sources matérielles : 5.
- sources classiques : 6, 8, 20, 21, 26, 32, 262, 476.
- sources spéciales : 6, 8, 26, 28, 32, 262, 335.
- sources professionnelles, V. *sources spéciales*
- articulation, V. ce mot

Source conventionnelle :

- effet automatique : 184 s., 196, 214, 249.
- effet impératif : 172, 179, 186, 196, 200, 214, 260, 262, 300, 465, 466.
- suspension des clauses contractuelles contraires, V. *Clause contractuelle contraire*
- substitution des clauses contractuelles contraires, V. *Clause contractuelle contraire*

Socle contractuel : 13, 212, 225, 407.

Subordination :

- ~ juridique : 15, 218.
- lien de ~, V. ce mot.
- temps de ~ : 377, 378, 413 s.

Subsidiarité de la loi, V. Supplétivité de la loi.

Supplétivité :

- ~ de l'accord de branche : 396, 397.
- ~ de la loi : 393, 396, 417.

Suspension du contrat de travail :

- ~ à titre collectif : 223.
- ~ à titre individuel : 221 s.
- définition : 220.

- T -

Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : 52, 87.

Temps de travail :

- aménagement, V. aménagement du temps de travail
- annualisation du : 398, 399.
- délimitation : 377.
- modulation, V. ce mot

Temps de repos : 413, 414.

Temps partiel : 196.

- volontariat : 409.
- ~ et clause de variation : 406.
- encadrement : 409.

Travail dominical : 381, 409.

- V -

Vie personnelle : 377, 409, 414.

- ~ et aménagement du temps de travail : 383, 384, 398.
- ~ et répartition du temps de travail : 231, 384, 399.
- ~ et clause de mobilité : 229.
- et temps de subordination : 378.
- article 8 Conv. EDH : 65.

Volontariat :

- travail dominical : V. ce mot.

Volonté :

- ~ des parties : 94, 121, 123, 137, 198, 281, 434, 456.
- autonomie de la , V. ce mot.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES
(Les numéros renvoient aux numéros de pages)

Introduction	1
Partie 1. L'influence des sources du droit sur le contrat de travail.....	35
Titre 1. L'influence des sources classiques sur le contrat de travail	39
Chapitre 1. L'influence des sources supranationales sur le contrat de travail	41
Section 1. L'influence imposée	42
§1. Le dispositif hiérarchique écarté	42
A. La hiérarchie en apparence affirmée	42
1. Le principe de primauté du droit supranational sur le contrat de travail..	43
2. L'effet direct du droit de l'Union européenne sur le contrat de travail....	44
B. La hiérarchie en substance contestée	47
§2. L'influence du droit européen acceptée	50
A. L'influence du droit de l'Union européenne	51
1. Une influence subsidiaire	51
2. Une influence fondamentale.....	54
B. L'influence du Conseil de l'Europe.....	57
1. L'influence de la Conv. EDH sur le contrat de travail.....	57
a) L'influence indirecte de la Conv. EDH sur le contrat de travail.....	58
b) L'influence directe de la Conv. EDH sur le contrat de travail.....	61
2. L'influence de la Charte sociale européenne sur le contrat de travail.....	63
Section 2. L'influence appliquée.....	65
§1. L'application limitée de l'effet direct horizontal des droits de l'Union européenne.....	65
A. L'effet direct horizontal limité	65
B. L'interprétation conforme privilégiée.....	68
§2. L'application combinée des sources du droit du travail.....	70
A. Le principe d'application combinée des sources du droit du travail.....	71
B. L'illustration jurisprudentielle de l'application combinée des sources du droit du travail	74
Conclusion du chapitre 1. L'influence des sources supranationales sur le contrat de travail.....	77
Chapitre 2. L'influence des sources étatiques sur le contrat de travail	79
Section 1. L'influence directrice de la loi sur le contrat de travail	80
§1. Les méthodes d'influence de la loi sur le contrat de travail.....	80
A. Les critères dégagés par l'articulation entre droit commun et droit spécial 81	
1. Les critères de forme et de fond	81
a) l'objet du contrat de travail	82
b) le prix du contrat	85
2. Le critère dégagé lors de l'exécution du contrat de travail : la bonne foi 87	
B. la délégation de pouvoir de la loi vers la source négociée	89

1. Les lois permettant la délégation de pouvoir de la loi vers la source négociée.....	89
a) La loi négociée.....	90
b) La loi dispositive.....	91
c) la loi supplétive.....	92
2. La relativité du pouvoir de dérogation offert à la source négociée.....	94
§2. Les conséquences de l'influence de la loi sur l'autonomie de la volonté.....	97
A. La liberté contractuelle maîtrisée.....	98
1. La maîtrise de la liberté contractuelle lors de l'exécution du contrat de travail.....	98
2. La maîtrise de la liberté contractuelle lors de la rupture du contrat de travail.....	100
B. La force obligatoire des clauses contractuelles choisies par les parties....	103
1. Le principe de la force obligatoire du contrat.....	104
2. La relativité de la force obligatoire du contrat.....	106
Section 2. L'influence créatrice du juge sur le contrat de travail.....	108
§1. L'influence du juge déterminée par son rôle.....	108
A. L'obligation d'application et d'interprétation de la loi.....	109
1. L'application de la loi par le juge.....	110
2. L'interprétation de la loi par le juge.....	111
B. L'obligation d'adaptation au contrat de travail.....	114
§2. L'influence du juge déterminée par ses méthodes.....	116
A. La création de critères de validité dégagés par la jurisprudence.....	116
1. Les critères de qualification du contrat de travail.....	116
2. Les critères de validité des clauses contractuelles.....	119
B. La création de règles jurisprudentielles.....	122
1. La définition de la règle jurisprudentielle.....	123
2. La force de la règle jurisprudentielle : l'exemple de la QPC.....	125
Conclusion du chapitre 2. L'influence des sources étatiques sur le contrat de travail.....	127
Conclusion du Titre 1. L'influence des sources classiques sur le contrat de travail.....	128
 Titre 2. L'influence des sources spéciales sur le contrat de travail.....	 129
 Chapitre 1. L'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail.....	 131
Section 1. Les fondements de l'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail.....	133
§1. L'influence fondée sur l'effet impératif de la convention collective.....	134
A. Une impérativité légale.....	134
1. L'impérativité justifiée par la force obligatoire des contrats.....	134
a) La force obligatoire de la convention collective par le droit commun.....	135
b) La force obligatoire de la convention collective par le droit spécial.....	137
2. Les conséquences de l'impérativité légale sur le contrat de travail.....	140
B. Une impérativité d'ordre public.....	142
1. La nécessaire distinction entre ordre public absolu et ordre public social.....	142
2. L'influence de la dérogation <i>in melius</i> sur le contrat de travail.....	144
§2. L'effet automatique de la convention collective sur le contrat de travail....	146
A. La mise à l'écart des clauses contractuelles contraires à la source négociée.....	146

1. La suspension des clauses contractuelles contraires	147
2. Le rejet de la nullité des clauses contractuelles contraires	150
B. La substitution des clauses conventionnelles aux clauses contractuelles ..	152
Section 2. Les manifestations de l'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail	154
§1. Les manifestations de l'influence des accords d'aménagement du temps de travail sur le contrat de travail	155
A. L'influence de l'aménagement du temps de travail déléguée à la négociation collective	155
1. L'influence de l'accord collectif impulsé par la loi	155
2. L'influence de l'accord collectif limitée par l'accord du salarié	159
B. La mise à l'écart de l'accord du salarié	160
1. L'application des accords d'aménagement du temps de travail ne modifiant pas le contrat de travail	161
a) Un régime initialement réservé aux accords de réduction du temps de travail	161
b) Un régime étendu à tous les accords d'aménagement du temps de travail	163
2. Les conséquences du refus du salarié de l'application d'un accord de maintien de l'emploi	165
§2. Les conséquences de l'influence des accords d'aménagement du temps de travail sur la rémunération	168
A. L'influence des accords d'aménagement du temps de travail sur la rémunération du salarié	168
B. L'influence des accords d'aménagement du temps de travail sur la détermination de la rémunération	171
Conclusion du chapitre 1. L'influence des sources conventionnelles sur le contrat de travail.	173
Chapitre 2. L'influence des pouvoirs de l'employeur sur le contrat de travail	175
Section 1. La démonstration de l'influence du pouvoir de direction sur le contrat de travail	178
§1. L'influence du pouvoir de direction lors de la relation de travail	178
A. L'influence du pouvoir de direction dès l'établissement du lien de subordination	179
B. L'influence du pouvoir de direction lors de la suspension du contrat de travail	182
1. La suspension prononcée à titre individuel : la mise à pied conservatoire	183
2. La suspension prononcée à titre collectif : la fermeture de l'entreprise. 185	
§2. L'influence du pouvoir de direction lors du changement des conditions de travail	186
A. Le changement des conditions de travail, un pouvoir octroyé	187
B. Le changement des conditions de travail, un pouvoir renforcé	190
1. La présomption de bonne foi profitant à l'employeur	191
2. La charge de la preuve incombant au salarié	192
Section 2. Les manifestations de l'influence du pouvoir de direction sur le contrat de travail	196
§1. L'influence du pouvoir normatif de l'employeur sur le contrat de travail ...	197
A. La détermination de l'influence du pouvoir normatif de l'employeur	197

1. L'utilité de la production normative de l'employeur	197
2. L'illustration de la production normative de l'employeur	198
a) Le règlement intérieur et les engagements unilatéraux	199
b) Une liste non exhaustive de manifestations	201
B. L'application de l'influence du pouvoir normatif de l'employeur	202
1. La non-incorporation et la contractualisation de la production normative de l'employeur.....	203
a) Le principe de non-incorporation des normes collectives et du règlement intérieur	203
b) L'exception de la contractualisation des avantages issus des engagements unilatéraux	206
2. La renonciation et la destruction de l'engagement unilatéral.....	209
a) L'impossible renonciation du salarié à l'engagement unilatéral.....	209
b) La destruction de l'engagement unilatéral imposée au salarié	210
§2. L'influence du pouvoir disciplinaire de l'employeur.....	212
A. Le licenciement disciplinaire.....	213
1. Licenciement disciplinaire et faute du salarié	213
2. Licenciement disciplinaire et rupture conventionnelle	214
B. La modification du contrat individuel de travail à titre disciplinaire	216
1. Le refus de la modification du contrat de travail à titre disciplinaire.....	216
2. Les conséquences des sanctions imposées par l'employeur	218
Conclusion du chapitre 2. L'influence des pouvoirs de l'employeur sur le contrat de travail.....	219
Conclusion du Titre 2. L'influence des sources spéciales sur le contrat de travail.....	220
Conclusion de la Partie 1. L'influence des sources du droit sur le contrat de travail.....	221

Partie 2. La résistance du contrat de travail aux sources du droit..... 223

Titre 1. L'effectivité de la résistance du contrat de travail aux sources du droit	227
--	-----

Chapitre 1. Résistance et principe de faveur	229
Section 1. Le principe de faveur, source de résistance dans ses méthodes.....	231
§1. La nécessaire définition du principe de faveur.....	231
A. L'exclusion du principe de faveur comme méthode de dérogation	232
1. La confusion entre principe de faveur et ordre public social	232
2. La distinction entre principe de faveur et ordre public social	234
B. L'adoption du principe de faveur comme méthode de résolution de conflits	236
§2. La nécessaire détermination de la méthode de comparaison	238
A. Les méthodes de comparaison exclues.....	238
1. La comparaison des normes par leur objet.....	239
2. La comparaison des normes par leur cadre	241
B. La méthode de comparaison retenue	242
Section 2. Le principe de faveur, outil de résistance dans ses effets.....	244
§1. La hiérarchie des normes bouleversée par le principe de faveur	244
A. Un bouleversement de la hiérarchie des normes avéré	245
1. Le bouleversement de la hiérarchie des normes par les mécanismes du droit du travail	245
a) Les dispositions légales œuvrant en faveur d'une résistance du contrat de travail aux sources du droit.....	245

b) La résistance du contrat de travail par les principes d'incorporation et de non-incorporation des dispositions conventionnelles au contrat.....	247
2. la question de la survie de la hiérarchie des normes	248
B. La résistance du contrat de travail confirmée	249
1. La résistance du contrat de travail confirmée par les principes à d'ordre public social et de faveur.....	249
2. La résistance du contrat de travail confirmée par la mise à l'écart des dispositions conventionnelles.....	251
§2. Le principe de faveur protégé par la jurisprudence	252
A. L'apparente disparition du principe de faveur.....	252
1. La paralysie du principe de faveur par la loi Warsmann 2.....	253
2. La mise à mal du principe de faveur par la loi de sécurisation de l'emploi	254
B. L'effective résistance du principe de faveur.....	255
Conclusion du chapitre 1. Résistance et principe de faveur.....	258
 Chapitre 2. Résistance et modification du contrat de travail.....	259
Section 1. La résistance lors de la proposition de modification du contrat de travail	260
§1. La résistance trompeuse du contrat de travail	260
A. L'apparente résistance dans la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail.....	261
1. Une distinction nuancée entre salariés protégés et non protégés	261
a) salariés non-protégés	261
b) le salarié protégé	264
2. Le leur de la surcontractualisation.....	268
B. L'échec de la résistance dans l'organisation du temps de travail.....	269
1. la montée en puissance de l'accord collectif.....	270
2. La force de l'intérêt collectif.....	273
§2. La résistance victorieuse du contrat de travail	275
A. La flexibilité du contrat de travail	275
1. La flexibilité du temps de travail.....	276
2. La flexibilité du lieu de travail	278
B. La flexibilité du contrat de travail des salariés protégés.....	279
1. Le manque de flexibilité sanctionné.....	280
2. L'étendue des pouvoirs de l'inspecteur du travail.....	282
Section 2. La résistance lors du refus de la modification du contrat de travail.....	284
§1. L'effectivité des sanctions du refus du salarié	284
A. La sanction du refus de la modification du contrat de travail	285
1. la sanction du refus d'une modification du contrat de travail	285
a) la sanction du salarié	285
b) la sanction de l'employeur	287
2. La sanction du refus d'un changement des conditions de travail.....	288
B. Le refus du salarié d'une modification du contrat de travail à titre disciplinaire	290
1. Le consentement du salarié à la proposition de modification du contrat de travail.....	290
2. Contractualisation du pouvoir et résistance du contrat de travail	293
§2. L'efficacité du système de sanction	296
A. La sanction effective.....	296

B. La sanction fictive.....	298
Conclusion du Chapitre 2. Résistance et modification du contrat de travail.....	300
Conclusion du Titre 1. L'effectivité de la résistance du contrat de travail.....	301
 Titre 2. La relativité de la résistance du contrat de travail	 303
Chapitre 1. La relative résistance dans l'aménagement du temps de travail.....	305
Section 1. La relative résistance contenue.....	306
§1. La relative résistance contenue par la loi	306
A. La vocation protectrice de la loi	307
1. La protection des principes de force obligatoire du contrat et de bonne foi	307
2. La protection par la délimitation de la vie personnelle et professionnelle	309
B. La vocation flexible de la loi	312
1. La flexibilité justifiée par les besoins de gestion	312
2. La flexibilité adoptée par le législateur	313
A. L'affaiblissement de la résistance par la suppléativité de la loi.....	316
B. L'affadissement de la résistance par la répartition du temps de travail.....	320
Section 2. La relative résistance perçue	322
§1. La relative résistance perçue par la volonté du salarié.....	322
A. La relative résistance dans la contractualisation	322
1. Résistance et délimitation chronométrique	323
2. Résistance et clause de variation	324
B. La relative résistance dans la liberté du salarié	327
1. Le volontariat	327
2. L'ambiguïté entre volonté et accord.....	329
§2. La relative résistance perçue dans l'étendue des pouvoirs de l'employeur .	331
A. La frontière entre pouvoirs de l'employeur et négociation collective.....	331
B. La frontière entre temps de subordination et temps de repos	333
Conclusion du chapitre 1. La relative résistance dans l'aménagement du temps de travail....	335
 Chapitre 2. La relative résistance dans la rupture du contrat de travail	 337
Section 1. La résistance affirmée	338
§1. La résistance affirmée lors la rupture du contrat de travail par l'employeur	338
A. Le respect de la procédure de licenciement.....	338
1. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse	339
2. La preuve de la cause réelle et sérieuse.....	341
B. Le respect des prohibitions	343
1. Les prohibitions légales de licenciement.....	343
2. Les sanctions du licenciement prohibé.....	344
§2. La résistance affirmée lors de la rupture du contrat de travail par le salarié	346
A. Résistance et rupture conventionnelle du contrat de travail.....	347
1. Résistance et autonomie de la volonté du salarié.....	347
2. Rupture conventionnelle et licenciement pour motif économique.....	350
B. Résistance et prise d'acte de la rupture du contrat de travail	352
1. La résistance dans la définition de la prise d'acte du contrat de travail .	352
2. Les effets de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail.....	355
Section 2. La résistance encadrée.....	356
§1. L'encadrement de la résistance face à la période d'essai	356

A. La résistance supposée	356
1. La résistance légitimée	357
2. La résistance renforcée	358
B. La résistance effacée.....	360
1. La liberté de la rupture	361
2. L'insuffisance des sanctions.....	362
§2. L'encadrement de la résistance face aux accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne.....	366
A. Le bouleversement du principe de faveur	366
1. L'effectivité de la résistance du contrat de travail par le principe de faveur	367
2. La remise en cause de la résistance du contrat de travail.....	368
B. Le renoncement à la résistance	370
Conclusion du chapitre 2.....	372
Conclusion du Titre 2.....	374
Conclusion de la Partie 2.....	375
 Conclusion générale.....	 377
 Bibliographie.....	 385
 Index.....	 463

Mathilde SCAGLIA

Contrat de travail et sources du droit

Le droit du travail est caractérisé par des problématiques liées à l'articulation de ses sources, au centre desquelles se trouve le contrat individuel de travail. Si généralement l'articulation des normes fait appel au système hiérarchique, le particularisme des mécanismes propres au droit du travail conduit à écarter cette solution. Ce dépassement du dispositif hiérarchique impose alors de s'interroger sur l'existence de phénomènes propres, répondant à la multitude des interactions possibles entre le contrat de travail et les autres sources du droit. Traduction d'une dynamique autonome du système hiérarchique, les phénomènes d'influence des sources du droit sur le contrat de travail et de résistance du contrat de travail aux autres sources proposent une nouvelle méthode d'articulation entre la norme contractuelle et les autres sources. Le premier, le phénomène d'influence des sources du droit, permet tant la modulation du contenu du contrat de travail que l'encadrement de l'exécution contractuelle. Le second, le phénomène de résistance du contrat de travail, se traduit par des mécanismes liés tant à la dérogation qu'à la modification du contenu du contrat de travail.

Compte tenu des impératifs de sécurité juridique et de flexibilité du travail, l'enjeu de cette étude relative à l'articulation entre le contrat de travail et les autres sources du droit est de comprendre d'une part, les évolutions du contenu contractuel et d'autre part, de mesurer les implications de ces articulations en matière de contentieux du travail.

Mots clés : contrat de travail, sources du droit, articulation.

The employment contract and the sources of law

Employment law is characterized by questions related to the relationships between its sources, at the core of which the employment contract is placed. If the relationships between norms usually mean hierarchy, it is not the same concerning employment law, due to its own mechanisms. Once the hierarchical system put aside, the question of phenomena proper to employment law can be asked, related to the numerous potential interactions between the employment contract and the other sources of law. As autonomous dynamics, separate from the hierarchical system, the phenomena of the influence on the sources of law, and of the opposition of the employment contract to the other sources, represent a new relationship between the contract and the other sources. The first one, the influence on the sources of law, allows the modulation of the contents of the contract, as well as the regulation of the execution of the contract. The second one, the opposition of the employment contract, deals with the derogation and the modification of the contract.

Considering the requirements of legal security and work flexibility, what is at stake in this study on the relationships between the employment contract and the other sources of law, is on one hand, to understand the evolutions of the contents of the employment contract, and on the other hand, to measure the consequences of those relationships concerning employment disputes.

Keywords: employment contract, sources of law, relationships.

CRJ Pothier
Rue de Blois - BP 26739 –
45067 Orléans cedex 2