

Avant-propos

par *Michel HENRY*, Avocat au Barreau de Paris

Les rencontres, presque familiales, deviendraient rituelles si, précisément, il ne s'agissait ici de régénérer nos pratiques dans le creuset de rencontres militantes.

L'année 2004 a été marquée par des réformes nombreuses. Certaines seulement destinées à ajouter des embûches sur le chemin de la justice pour les salariés, d'autres qui ébranlent l'édifice dans le domaine de la négociation collective ou du licenciement économique.

Nous avons cependant choisi aujourd'hui le plus classique et, en apparence, le plus scolaire de tous les thèmes – le contrat de travail – pour nous livrer à un exercice que Jacques Derrida aurait qualifié de déconstruction.

Qu'est-ce qu'un contrat de travail ?

Ainsi formulée, la question se prête à d'innombrables approches ; celle par exemple du rapport entre le contrat de travail et le droit des contrats car si l'acte d'engager ses services place, par l'effet même de cet acte, le salarié dans un champ normatif constitué de dispositions légales et conventionnelles qui suffisent pour définir un statut professionnel et régir la relation de travail, quand bien même les parties n'auraient-elles conclu aucun écrit, les caractéristiques principales de la relation de travail seront reconnues comme d'essence contractuelle et à ce titre soumises au droit privé des obligations.

Depuis l'arrêt *Raquin* (1) et plus encore depuis l'arrêt *Le Berre* (2), le domaine du contractuel, au sens de ce qui est intangible, soumis à ce titre au droit des contrats, serait réduit à ses éléments essentiels : qualification, salaire, durée du travail...

Le contractuel serait ainsi ce qui échappe ou ce qui résiste au pouvoir unilatéral de l'employeur, ce qui ne peut être modifié sans le consentement du salarié, par opposition aux conditions de travail abandonnées au pouvoir de direction du chef d'entreprise.

Cette ligne de démarcation est cependant fautive lorsqu'il s'agit du salaire (3). Alors que le prix du travail devrait être contractuel par nature, seul le salaire mentionné dans le contrat écrit, éventuellement complété des

(1) Soc. 8 octobre 1987, Dr. Ouv. 1988 p. 259 n. P. Tillie.

(2) Soc. 10 juillet 1996, Dr. Ouv. 1996 p. 457 n. P. Moussy.

(3) V. l'étude de Tamar Katz "La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge", à paraître au Dr. Ouv.

augmentations personnelles ultérieures, paraît échapper aux possibilités de révision unilatérale.

L'instrumentum semble donc occuper une place de première importance. L'écrit est l'outil juridique qui sert à contractualiser des dispositions particulières, soit pour les soumettre au principe d'intangibilité de l'article 1134 C. Civ., soit, là où la loi exige un écrit, pour échapper au droit commun ou encore pour étendre le champ des pouvoirs ou des devoirs auxquels les parties se soumettront.

Pourtant, là encore, le principe selon lequel le contrat devrait renfermer la part négociée de la relation contractuelle n'est pas aussi assuré qu'il devrait l'être.

Les clauses de localisation du lieu d'exécution du contrat ou de désignation du dispositif conventionnel applicable sont qualifiées par la jurisprudence de clauses simplement informatives sans portée contractuelle, à défaut d'incorporation expresse.

Nous verrons ensuite que les clauses qui expriment une volonté contractuelle n'échappent pas au pouvoir du juge, qu'il s'agisse de censurer des dispositions, c'est-à-dire de les "décontractualiser", ou de suppléer la volonté déficiente des parties dans l'exécution du contrat, par exemple pour fixer le montant du salaire variable.

La fonction du juge va consister à tracer les frontières entre les domaines soumis au droit des contrats et ceux relevant du pouvoir unilatéral de l'employeur, puis, à exercer un contrôle sur la validité des stipulations contractuelles.

C'est ici qu'avec d'autres normes, le droit des obligations peut donner une légitimité à des exigences de bonne foi, 1134 alinéa 3 C. Civ. ou L 120-4 C. Tr., des exigences d'équité, 1135 C. Civ., ou un fondement à une obligation de négocier dans le contrat.

Alors, renouveau du contrat de travail ? Confiance ou défiance dans les règles civilistes ? La question agite plus que jamais la doctrine. Ce sera aussi l'objet de ce colloque.

Avant de passer la parole à Jean Pélissier pour ouvrir les débats, je voudrais réserver une pensée à Gérard Lyon-Caen dans un lieu qui rassemble des enseignants, des étudiants, des praticiens du droit, des syndicalistes, en un mot tous ceux pour qui le droit du travail est un sport quotidien, parfois un sport de combat.

Certains ici ont été ses élèves. Pour tous, il a été un maître.

La force de sa pensée, le courage de ses engagements servis par l'élégance et l'intelligibilité de son style ont, pendant un demi-siècle, aidé le monde du travail à dominer le droit et ont armé ses luttes.

Il disait que les étudiants aiment les professeurs sévères. Je crois plutôt que c'est l'humanité profonde qu'il cachait avec pudeur sous ce masque de sévérité que nous avons tous aimé.

Michel Henry