

Variations sur le thème de la modification du contrat de travail

par *Philippe Waquet*, Doyen honoraire de la Chambre sociale de la Cour de cassation

PLAN

I. La modification proposée

- A. Situations
- B. Solutions

II. La modification anticipée

- A. Les clauses concernant la modification unilatérale du contrat par l'employeur
- B. Les clauses élargissant le pouvoir de direction

Nous ne reviendrons pas ici sur la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail. Cette dialectique est née de la jurisprudence *Raquin* (1). La nécessaire défense de l'intangibilité du contrat oblige à distinguer, dans la relation de travail subordonné, ce qui relève du contrat – et qui dépend dès lors de l'accord des deux parties – et ce qui tient au lien de subordination et qui dépend du pouvoir de direction de l'employeur.

Cherchons seulement à réfléchir sur la « modification » proprement dite du contrat de travail. Cette modification, dans un contrat à durée indéterminée – qui dure parfois plusieurs dizaines d'années –, est une nécessité, ne serait-ce qu'à l'avantage du salarié qui espère à tout le moins une amélioration de son salaire et une promotion professionnelle. Mais la modification est aussi, et souvent, liée au licenciement ; l'employeur, qui entend remettre en cause les données contractuelles, prononce souvent un licenciement si le salarié s'oppose à sa volonté. Ce lien est d'ailleurs marqué dans la loi, lorsque l'article L. 321-1 du

Code du travail évoque, à propos du licenciement pour motif économique, « une modification refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail ».

Mais cette modification, devant par hypothèse intervenir au cours de la relation de travail, suscite aussitôt une interrogation : la faiblesse juridique du salarié, placé dans une relation subordonnée et de plus dans une dépendance économique certaine, lui permet-elle de négocier, à armes égales, avec son employeur et d'accepter valablement une modification défavorable de son contrat de travail ?

Il aurait été logique que le juge prud'homal, par un contrôle sévère des circonstances entourant la modification, garantisse une certaine loyauté de la novation du contrat. Pourtant, jusqu'en 1987, la jurisprudence, au lieu d'ériger des protections, au lieu au moins de garantir les règles élémentaires du droit civil concernant la modification des contrats, avait établi un régime déséquilibré permettant à l'employeur de modifier unilatéralement le contrat de travail et interprétant le silence du salarié, devant le coup de force de son patron, comme une acceptation !

L'arrêt *Raquin* a heureusement mis fin à cette dérive. Et la jurisprudence qui l'a suivi a réaffirmé la force de résistance du contrat.

Cette période de réaffirmation de la loi contractuelle : « *pacta sunt servanda* », n'est pas encore terminée et déjà apparaissent des tentatives pour redonner à l'un des cocontractants, l'employeur, un pouvoir exorbitant. Par le biais de clauses contractuelles, il est imaginé de conférer au chef d'entreprise, d'un commun accord, le pouvoir de modifier, en tout ou en partie, les termes du contrat, d'organiser, à tout le moins, une mutabilité de certains de ses éléments constitutifs.

L'ensemble de ce problème de la révision du contrat de travail commence à juste titre à intéresser la doctrine (2). Il est utile d'ajouter une pierre à cette réflexion, qui doit se poursuivre avec d'autres participants, en examinant successivement : la modification en elle-même, c'est-à-dire la modification proposée (I), et ensuite les procédés pour imposer une modification, en quelque sorte préacceptée : la modification anticipée (II).

(1) Soc. 8 octobre 1987, B. n° 541 ; *Grands Arrêts*, 3e éd., n° 48 ; Dr. Ouv. 1988 p. 259 n. P. Tillie.

(2) Cf. Antonmattéi, *Les clauses du contrat de travail*, Editions Liaisons 2005 ; J. Pélissier, Pour un droit des clauses du travail,

RJS 2005, p. 499 et s. ; M.-C. Escande-Varniol, La sophistication des clauses du contrat de travail, Dr. Ouv. 1997, p. 478 et s. ; M. Mekki, Existe-t-il un sens commun applicable aux clauses du contrat de travail ?, Rev. de Droit du travail 2006, p. 292.

I. La modification proposée

Pour bien saisir le problème, il convient d'abord de distinguer des situations différentes, souvent confondues, mais pourtant juridiquement distinctes. Nous en distinguerons trois : la proposition de modification proprement dite ; la proposition de reclassement ; la modification sans proposition préalable.

Puis nous étudierons les solutions qui correspondent à une proposition de modification : le maintien du contrat ; le contrat modifié ; la rupture du contrat.

A. Situations

Pour éviter toute confusion, il convient d'opposer la proposition de modification proprement dite à deux situations juridiques tout à fait différentes.

1. La proposition de modification

C'est elle qui nous intéresse au premier chef. Pour assurer la vie du contrat, qui peut durer parfois plus de trente ans, il convient d'en assurer l'adaptation aux circonstances.

a) La proposition de modification peut émaner – il convient de ne pas l'oublier – du salarié. Celui-ci peut légitimement réclamer une augmentation de salaire ou demander une mutation soit géographique, soit fonctionnelle. Il importe de retenir que cette demande est légitime en soi et qu'elle ne peut constituer une cause du licenciement (3).

b) Mais il est vrai que la proposition de modification émane, le plus souvent, de l'employeur.

Elle peut, ne l'oublions pas, être favorable au salarié, qui n'est pas pour autant obligé de l'accepter (4).

Si elle est défavorable au salarié, celui-ci peut l'accepter, en vue de sauvegarder son emploi.

A noter deux observations :

- l'employeur peut valablement retirer une proposition de modification avant que le salarié se prononce (5) ;

- par contre, une proposition de modification par l'employeur peut se révéler illicite : tel est le cas pour une proposition tendant à annualiser le temps de travail, une telle mesure ne pouvant résulter que d'un accord collectif (6).

Cela dit, la proposition de l'employeur répond à des conditions qui sont fixées soit par la loi, soit par la convention collective, soit par la jurisprudence.

1° La loi

Deux cas peuvent se présenter : la modification pour motif économique ; la modification pour motif disciplinaire.

Le premier est régi par les dispositions de l'article L. 321-1-2 du Code du travail (lettre recommandée avec AR, délai d'un mois, silence valant acceptation). Seul le silence total ou une acceptation expresse entraîne la modification ; une réponse équivoque ou une acceptation sous réserves sont assimilées à des refus (7).

Le second cas, la modification-sanction (c'est-à-dire la rétrogradation à la suite d'une faute disciplinaire), est soumis à la procédure de l'article L.122-41 du Code du travail (convocation à un entretien préalable, délai de réflexion, décision motivée). Mais le salarié a le droit de refuser la sanction, l'employeur pouvant alors prononcer une autre sanction (8).

2° La convention collective

Les conventions et accords collectifs comportent souvent des garanties en faveur des salariés dans le cas où l'employeur propose une modification du contrat de travail : délai de réflexion, possibilité de revenir en arrière, etc. (9).

3° La jurisprudence

De manière générale, la jurisprudence est intervenue pour que le salarié, à qui une modification de son contrat est proposée, puisse disposer des éclaircissements nécessaires et d'un délai de réflexion suffisant (10).

2. Distinction de la proposition de modification et de la proposition de reclassement

Le reclassement, qui est devenu une ardente obligation aussi bien dans le licenciement économique (*cf.* article L. 321-1, troisième alinéa, du Code du travail) que dans le licenciement pour inaptitude (article L. 122-24-4 et article L. 122-32-5 du Code du travail), voire dans le licenciement pour insuffisance professionnelle, donne lieu à une proposition qui peut entraîner une modification du contrat de travail.

Si les offres de reclassement doivent être « écrites et précises » (11), elles ne se confondent pas avec la

(3) Soc. 9 juillet 1997, B. n° 260.

(4) Soc. 7 juillet 1998, B. n° 362 ; 20 octobre 1998, B. n° 433.

(5) Soc. 5 mars 1997, B. n° 96.

(6) Soc. 11 octobre 2005, B. n° 283.

(7) Soc. 14 janvier 2003, RJS 2003, n° 317 ; 4 février 2003, RJS 2003, n° 497.

(8) Soc. 16 juin 1998, D. Soc. 1998, p. 803, rapport Ph. Waquet.

(9) Soc. 8 octobre 1987, B. n° 547 ; 4 décembre 1996, B. n° 413.

(10) *cf.* Soc. 20 janvier 1998, B. n° 18 : la légèreté blâmable de l'employeur a été retenue ; voir un exemple récent : Soc. 5 décembre 2006, n° 05-44.032.

(11) Article L. 321-1, 3^e alinéa, et Soc. 20 septembre 2006, n° 04-45.703, Dr. Ouv. 2007 p. 6 n. F. Héas.

proposition de modification. Aussi bien, même si une offre de modification a été formulée conformément à l'article L.321-1-2, et refusée par le salarié, l'employeur est tenu de tenter un reclassement avant de licencier (12).

3. La modification sans proposition préalable

Alors qu'une modification doit être proposée, afin de permettre au salarié de l'accepter ou de la refuser, certains employeurs procèdent, d'office, à une modification du contrat, sans demander au préalable l'accord du salarié.

Il s'agit à l'évidence d'une voie de fait, qui n'est pas tolérable et qui appelle une réaction ferme.

Le salarié dispose d'une option, celle prévue par l'article 1184 du Code civil : soit de demander le retour au contrat, soit de faire constater par le juge prud'homal une rupture qui s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

S'il demande l'exécution du contrat, le salarié peut s'adresser au juge des référés pour rétablir le contrat initial et obtenir une provision sur le dommage subi (13).

Il peut préférer la rupture.

Contrairement à la prise d'acte classique – qui permet au juge d'apprécier la gravité du manquement de l'employeur –, l'initiative du salarié doit aboutir de plein droit, dès lors que la modification opérée est certaine, à la constatation d'une rupture du contrat, produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, voire nul dans les cas où cette sanction est encourue (14).

Un arrêt récent confirme cette solution en jugeant qu'une modification unilatérale du contrat par l'employeur justifie la rupture par le salarié (15).

Après ce rapide survol des situations, examinons les solutions.

B. Solutions

Il convient d'examiner d'abord la réponse (celle de l'employeur à la proposition du salarié, celle du salarié à la proposition de l'employeur), puis la question de la rupture éventuelle du contrat.

1. La réponse

Si le salarié a demandé une modification, c'est l'employeur qui répond ; si au contraire l'employeur a proposé une modification, la réponse émane du salarié.

a) Réponse de l'employeur

La réponse positive de l'employeur entraîne une modification du contrat de travail : un avenant au contrat

peut être établi, à moins qu'une lettre expresse de l'employeur ne suffise.

En cas de refus de l'employeur, le contrat est maintenu.

On peut, cependant, envisager des cas où le refus de l'employeur présente un caractère abusif (16).

b) Réponse du salarié

Il arrive fréquemment que les employeurs considèrent que le refus constitue un motif de licenciement, ou pire encore estiment que le refus caractérise une faute du salarié.

Il n'en est rien.

Le refus du salarié est un droit, et l'exercice de ce droit ne peut constituer une faute (17).

2. La rupture

Si la cause de la modification est impérative, son refus, quelle que soit la partie qui l'exprime, va entraîner une rupture.

a) Ce peut être le salarié qui, en présence du refus de lui accorder une mutation ou une augmentation, va démissionner.

b) Souvent c'est l'employeur qui va lancer une procédure de licenciement.

Celle-ci dépend de la nature de la modification. Le refus du salarié ne constitue pas la cause du licenciement ; il en est seulement l'occasion. La cause du licenciement est en réalité la cause de la modification.

Si la modification proposée avait une justification d'ordre économique, il s'agira d'un licenciement pour motif économique régi par l'article L.321-1 du Code du travail.

Si la modification avait un caractère disciplinaire, c'est que l'employeur reprochait une faute au salarié : le licenciement prononcé au lieu et place de la modification sera donc disciplinaire.

Si la modification tenait à l'état de santé, à des impératifs réglementaires, à l'insuffisance professionnelle du salarié, à un trouble objectif dans l'entreprise, le licenciement obéira aux règles des licenciements personnels.

Telles sont les grandes lignes des règles régissant la modification du contrat : sa proposition et ses suites.

On notera que la loi du 18 janvier 2005 a modifié le texte de l'article L. 321-1-3 du Code du travail, ce qui a fait disparaître la jurisprudence *Framatome-Majorette* (18).

(12) Soc. 30 septembre 1997, RJS 1997, n° 1222 ; 14 décembre 2005, RJS 2006, n° 183.

(13) Soc. 29 juin 1993, B. n° 306.

(14) Soc. 19 février 1999, B. n° 75 ; 2 octobre 2001, B. n° 292 ; 22 février 2006, B. n° 81 ; 15 février 2006, B. n° 74.

(15) Soc. 21 décembre 2006, n° 05-40.962.

(16) Soc. 10 février 1993, n° 91-40.569.

(17) Soc. 23 novembre 1999, B. n° 450 ; 18 juillet 2000, n° 288.

(18) Soc. 3 déc. 1996, B. n° 411, Dr. Ouv. 1997 p. 179 n. M.-F. Bied-Charreton. Sur ce sujet v. supra H. Tourniquet p. 160.

II. La modification anticipée

Le mécanisme légal de modification d'un contrat de travail, issu de l'article 1134 du Code civil, est, on l'a vu, exigeant. Aussi des juristes entreprenants ont-ils imaginé, à partir de l'an 2000, de « contractualiser » le pouvoir donné à l'employeur de modifier le contrat.

Deux voies ont été explorées. L'une, très radicale, consiste à conférer d'un commun accord à l'employeur le droit d'apporter des modifications soit au contrat dans son ensemble, soit sur tel ou tel point.

L'autre voie, plus subtile, consiste à qualifier par avance tel élément constitutif du contrat de travail (rémunération, qualification et attributions, lieu du travail, durée et modalités du travail) de simple condition de travail, relevant du pouvoir de direction de l'employeur. Autrement dit, usant de la liberté contractuelle, est-il possible de déplacer la frontière entre le socle contractuel et les conditions de travail ?

On voit tout de suite qu'il n'est pas question ici d'envisager toutes les clauses possibles dans un contrat de travail (19). Ainsi la célèbre clause de non-concurrence, destinée à limiter la liberté du salarié après la rupture du contrat de travail, ne concerne pas notre sujet. Il en est de même des clauses relatives aux inventions du salarié, à celle prévoyant la mise à disposition d'un logement ou d'un véhicule, etc.

Nous examinerons donc successivement les clauses générales permettant à l'employeur de modifier, en tout ou en partie, le contrat de travail (A), puis les clauses déplaçant les limites du pouvoir de direction pour permettre à l'employeur de prendre unilatéralement un certain nombre de mesures relevant du socle contractuel (B).

A. Les clauses concernant la modification unilatérale du contrat par l'employeur

Bien que les arrêts soient relativement peu nombreux en la matière, ils présentent l'avantage d'être constants dans la condamnation d'un régime permettant à l'employeur de modifier, à son gré, le contrat, et cela qu'il s'agisse d'un pouvoir général ou d'un pouvoir spécialisé. De 2000 à nos jours, la solution est affirmée clairement et il suffira de citer les arrêts.

1) « Une clause du contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié » (20).

(19) On renvoie sur ce point à l'ouvrage de M. Antonmattéi précité.

(20) Soc. 30 mai 2000, 2 arrêts ; B. n° 206, Dr. Ouv. 2005 p. 159 n. T. Katz.

(21) Soc. 27 février 2001, B. n° 60.

2) « La clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou en partie, le contrat de travail est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi. » (21).

3) « Une clause du contrat de travail ne peut permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié. » (22).

4) « Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée » (23).

La solution peut donc être considérée comme certaine : en aucun cas une clause ne peut permettre à l'employeur de modifier unilatéralement les dispositions contractuelles (en tout ou en partie). Sa justification, dont l'étude relève de la doctrine, se trouve :

– soit dans l'application des articles 1170 et 1174 du Code civil prohibant la condition potestative ;

– soit dans l'application du principe de faveur, énoncé notamment dans l'article L. 132-4 du Code du travail, et selon lequel un salarié ne peut valablement renoncer, pendant que son contrat est en cours, aux avantages qu'il tient de la loi ou de la convention collective.

Des clauses de variabilité sont, par contre, possibles, dès lors qu'elles énoncent par avance, et de façon objective, les critères qui vont permettre de déterminer les règles concernant la rémunération, le temps ou le lieu de travail, les attributions du salarié (24).

La question des clauses qui déplacent les limites normales entre le socle contractuel et le pouvoir de direction est plus complexe.

B. Les clauses élargissant le pouvoir de direction

L'exemple type de ces clauses est la clause de mobilité. Selon le droit commun, le pouvoir de direction permet à l'employeur de changer le lieu de travail, sans modification du contrat, à l'intérieur du même secteur géographique. La clause de mobilité, qui est ancienne, lui permet d'affecter le salarié dans une zone géographique, certes définie, mais étendue.

Est-il possible d'envisager des clauses analogues dans la nature du travail d'un ingénieur, par exemple : peut-il être affecté aussi bien à des travaux de construction qu'à des travaux de recherches chimiques ?

(22) Soc. 16 juin 2004, B. n° 166.

(23) Soc. 7 juin 2006, B. n° 209, Dr. Ouv. 2006 p. 529.

(24) Soc. 2 juillet 2002, RJS 2002, n° 1076 ; 4 mars 2003, RJS 2003, n° 568.

Pour essayer d'apporter un peu de lumière dans un domaine en pleine évolution, on pourrait distinguer entre la nature des clauses et leur régime.

1. Nature des clauses

Elles affectent essentiellement les quatre éléments du socle contractuel : lieu du travail ; rémunération ; fonction et grade ; durée du travail et horaires.

a) Le lieu d'exécution

La question s'est récemment diversifiée. Au début, seul le lieu où le travail s'effectuait était en cause. Depuis quelques années, la question du domicile du salarié est mise en discussion.

Essayons d'y voir clair.

– La clause du domicile

C'est l'arrêt *Spilers* (25), qui a attiré l'attention sur la question du domicile, mais aucune question de modification du contrat n'était en cause (la validité de la clause, appréciée au regard de l'article 8 CEDH, et implicitement de l'article L.120-2 non applicable dans l'espèce, était seule en cause). Mais l'arrêt *Abram* (26), a posé de plus la question de la modification du contrat (sans clause particulière).

Depuis, la question s'est reposée avec l'arrêt du 13 avril 2005 (27) (sans clause) et l'arrêt du 31 mai 2006 (28) dans un cas où il y avait une clause de mobilité.

Reste donc l'hypothèse d'une clause qui permettrait à l'employeur de modifier le lieu du travail, en ordonnant travail à domicile à la place de travail au bureau, ou inversement travail au bureau à la place de travail à domicile.

– La clause de mobilité

En général elle concerne la possibilité d'affecter le salarié au choix dans un secteur donné (au-delà du secteur géographique). Elle ne donne pas, en soi, pouvoir de modifier le contrat : c'est le contrat qui prévoit l'exécution possible du travail dans une zone donnée. On verra ci-après le régime de cette clause.

– La clause de changement du secteur d'un VRP

Un individu est engagé comme VRP et il lui est attribué un secteur. Mais l'employeur se réserve de modifier le secteur.

Alors qu'auparavant cette clause avait pour effet d'exclure l'application du statut, il semble que la

jurisprudence s'oriente vers l'inopposabilité de la clause au VRP (qui n'est pas d'accord avec le changement) (29).

b) Rémunération

C'est dans ce secteur que l'on trouve le plus de clauses (clauses concernant les commerciaux, l'employeur modifiant chaque année les coefficients des commissions). Or la jurisprudence, on le sait, est draconienne : « *Le mode de rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération serait plus avantageux que l'ancien* » (30).

Reste des modalités pour donner un peu de souplesse à la rémunération :

– clause d'indexation (à condition de choisir un index en relation avec l'activité de l'entreprise) ;

– clauses de variation.

Elles sont possibles dès lors que la variation « *est fondée sur des éléments objectifs, indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels* » (31).

c) Fonction et grade

Le célèbre arrêt « *citrons-bananes* » (32) a posé la règle que le changement de travail n'entraînait pas modification du contrat, dès lors que le nouveau travail relevait de la même qualification et du même grade.

Une clause de variation est-elle possible ?

– On peut imaginer une embauche prévoyant plusieurs qualifications. Mais la clause serait-elle valable ? Ce n'est pas certain (33). Il conviendrait de préciser les cas objectifs dans lesquels le changement de qualification pourrait intervenir.

– La rétrogradation – sanction disciplinaire – peut être prévue dans un règlement intérieur. Mais le salarié peut refuser la sanction (34).

d) Durée du travail et horaires

Tout ce qui concerne le temps du travail est entouré de barrières légales ou conventionnelles (durée légale, nombre d'heures supplémentaires, durée maximale, amplitude, etc.). Reste-t-il place pour des clauses prévoyant une certaine variation ?

(25) 12 janvier 1999, B. n° 7, Dr. Ouv. 1999 p. 254 n. P. Moussy.

(26) 2 octobre 2001, B. n° 292, Dr. Ouv. 2002 p. 22.

(27) B. n° 137.

(28) B. n° 196.

(29) Soc. 23 janvier 2001, B. n° 23 ; Soc. 10 mai 2005, n° 03-41.616.

(30) Soc. 3 juillet 2001, n° 99-42.761.

(31) Soc. 2 juillet 2002, n° 00-13.111, Dr. Ouv. 2005 p. 157 en annexe à T. Katz "La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge".

(32) Soc. 10 mai 1999, n° 96-45.673.

(33) Soc. 13 juillet 2004, n° 02-42.372.

(34) Soc. 16 juin 1998, B. n° 320.

– *Clause de variabilité des horaires*

Elle est possible, puisque l'horaire dépend des conditions de travail et donc de l'employeur. Mais ce n'est pas le cas dans un certain nombre d'hypothèses (horaire de jour – horaire de nuit). La clause est-elle possible (35) ?

– *Clause de variabilité du temps de travail*

- par exemple transformer un horaire à temps plein en horaire à temps partiel (36) ;

- par ailleurs la modulation du temps de travail est possible, mais seulement par accord collectif, cf. article L.212-8 du Code du travail ;

- dans les contrats à temps partiel, l'article L.212-4-3 permet de prévoir – sous des conditions strictes – une certaine variation décidée par l'employeur. La jurisprudence, après avoir été laxiste (37), est devenue plus exigeante (38).

2. Régime des clauses

A quel contrôle ces clauses vont-elles être soumises ?

J'écarte ici le cas – semblable à celui examiné plus haut pour les clauses générales – où la clause a pour effet de conférer un pouvoir illimité à l'employeur sur le lieu, sur la rémunération, sur le temps de travail, sur la fonction du salarié : ces clauses sont nulles.

Il s'agit de clauses qui introduisent une part de flexibilité, qui permettent une adaptation limitée et cantonnée des piliers du contrat de travail (ou d'autres clauses secondaires).

Actuellement, rien ne permet de définir un régime complet et logique de ces clauses.

J'avancerai deux propositions et je terminerai en citant les errements actuels de la jurisprudence.

a) Deux propositions

– La clause litigieuse, pour être valable, devrait d'abord respecter la solution adoptée à propos de l'application de l'article L.212-4-3 du Code du travail relative au temps partiel.

Le texte légal, après avoir exigé que le contrat précise la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine et les semaines du mois, ajoute : « *Il définit en outre les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification* ». Cette disposition issue de la loi du 19 janvier 2000 n'est que la reprise d'une jurisprudence de la Chambre sociale (39) ainsi conçue :

« *Une clause du contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier l'horaire convenu en prévenant le salarié au moins sept jours à l'avance qu'à la double condition d'une part de la détermination par le contrat de la variation possible, d'autre part de l'énonciation des cas dans lesquels cette modification pourra intervenir.* »

Ce sont ces deux conditions qui pourraient être généralisées :

- dans quelles circonstances l'employeur peut-il faire jouer un coefficient de flexibilité ? (surcôt de travail, baisse des commandes...) ; le juge pourrait, évidemment, vérifier en cas de contestation si la condition est remplie ;

- quelles modifications pourront-elles être mises en œuvre (le salarié pourra passer du secteur A au secteur B, le salarié pourra travailler de nuit, etc.). Actuellement, on ne trouve que des indices, encore faibles, d'une telle orientation (40).

– Il conviendrait ensuite d'appliquer l'article L.120-2 du Code du travail. Une clause de variabilité porte, en effet, une atteinte aux droits et libertés du salarié :

- tout ce qui touche au lieu du travail concerne de près ou de loin le domicile du salarié, droit garanti aussi bien par l'article 9 du Code civil que par l'article 8 de la CEDH ;

- tout ce qui touche au temps de travail se répercute sur la vie personnelle du salarié et met en cause sa liberté individuelle ;

- tout ce qui touche à son rang professionnel et à la tâche qu'il est chargé d'accomplir porte atteinte à sa dignité, à son statut.

Il en va de même pour la rémunération, contrepartie du travail et qui assure la subsistance du salarié et de sa famille.

Dès lors, la clause, contrôlée par le juge, doit, selon les exigences du texte, être justifiée « *par la nature de la tâche à accomplir* » et proportionnée « *au but recherché* ». Nécessité et proportionnalité sont les remparts indispensables qui permettent au juge de contrôler les clauses spéciales et de les annuler, en cas d'excès.

Pourtant, à l'heure actuelle, et malgré les premiers arrêts qui ont fait expressément application de l'article L.120-2 du Code du travail, la jurisprudence ne semble guère disposée à appliquer systématiquement l'article L.120-2 (41).

(35) Voir Soc. 18 décembre 2001, n° 98-46.160, où la Chambre sociale ne l'admet pas.

(36) Soc. 29 juin 1999, n° 97-42.248 : solution négative.

(37) Soc. 12 mars 1996, B. n° 91.

(38) Soc. 7 décembre 1999, B. n° 479.

(39) Soc. 7 juillet 1998, B. n° 373.

(40) voir par exemple Soc. 7 juin 2006, B. n° 209, Dr. Ouv. 2006 p. 529 qui exige pour une clause de mobilité que la zone géographique soit précisément définie.

(41) cf. Antonmattei, p. 46, à propos de la clause de mobilité ; l'auteur est partisan de tenir compte de l'article L.120-2.

b) Les termes actuels de la jurisprudence

La jurisprudence, loin de considérer que l'employeur doit justifier la clause de flexibilité, décide que c'est au salarié de prouver que cette clause est abusive : « *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 est conforme à l'intérêt de l'entreprise : 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* » (42).

Cette jurisprudence, qui met à la charge du salarié une preuve impossible et qui revient sur des arrêts plus anciens qui faisaient appel à la notion d'intérêt de l'entreprise qui devait être établie (43), apparaît insuffisante.

En restreignant les garanties de droit commun résultant du contrat de travail et en élargissant les pouvoirs de l'employeur de modifier la situation du salarié, il est porté

incontestablement atteinte « *aux droits de la personne et aux libertés individuelles et collectives* ».

La preuve de la justification de ces clauses et la démonstration qu'elles sont exactement réduites au strict nécessaire doivent être rapportées par l'employeur en cas de contestation.

En conclusion de ces brèves observations sur un sujet qui nécessite attention et réflexion, il ne faut pas formuler un diagnostic trop pessimiste : de réels progrès ont été accomplis et la modification du contrat de travail a été placée, par rapport à l'époque antérieure à 1987, sous haute surveillance.

Non seulement celle-ci ne doit pas se relâcher, mais il conviendrait de faire progresser la connaissance et l'application de l'article L.120-2 du Code du travail qui constitue un remarquable instrument pour équilibrer les intérêts en présence dans l'entreprise et garantir une protection effective de l'autonomie des salariés.

Philippe Waquet

(42) Soc. 23 février 2005, B. n° 64, Dr. Ouv. 2005 p. 213 n. P. Moussy ; voir aussi 28 mars 2006, B. n° 126, Dr. Ouv. 2006 p.489 n. P. Moussy, qui exclut la sanction de la nullité.

(43) Soc. 9 mai 1990, B. n° 210.

LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET L'EMPLOI

Tamar Katz



L'emploi, objet de négociation, est au coeur de cette recherche qui se propose de revenir sur des questions récurrentes telles que la nouvelle fonction de la négociation collective sous l'égide de l'emploi ; la remise en cause du modèle classique de l'accord collectif ; la place occupée et le rôle joué par la règle dite de faveur dans l'articulation des normes du travail.

Mais le sujet "la négociation collective et l'emploi" recèle un champ d'investigation bien plus large. Il ne s'agit pas d'examiner ces deux thèmes classiques en parallèle mais d'étudier leur interaction. Une telle étude offre un éclairage nouveau tant sur la notion juridique d'emploi que sur la négociation collective entendue comme système de production de normes. Elle permet également de vérifier la pertinence de deux hypothèses : la première consiste à tenir l'emploi pour une "invention conventionnelle" ; la seconde repose sur l'idée que l'emploi est un révélateur, et qu'il pourrait même être à l'origine des mutations les plus récentes de la négociation collective.

Et le principal enseignement pourrait être le suivant : l'étude du droit de la négociation collective gagne en profondeur si l'on prête attention aux rapports qu'entretient la négociation collective avec ses objets.

LGDJ - Bibliothèque de droit social t. 41 - ISBN 978-2-275-02678-7 - 38 € A commander en librairie ou sur www.lgdj.fr

CGT - Stages nationaux Droits, Libertés, Actions juridiques en 2007

- Session animateurs DLAJ du 21 au 26 mai (Courcelle)
- Session Droit du travail et action revendicative du 8 au 12 octobre et 19 au 23 novembre (Strasbourg)

Pour tout renseignement prendre contact avec DLAJ : 01.48.18.81.32