

La négociation des sujétions contractuelles du salarié*

par Sébastien TOURNAUX,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

PLAN

I. Le renouveau permanent des hypothèses de sujétions contractuelles

- A. Le renouveau des sujétions contractuelles classiques
- B. L'apparition de sujétions contractuelles nouvelles

II. Le renouveau insuffisant de l'encadrement des sujétions contractuelles

- A. Le renouveau amorcé du contrôle des sujétions contractuelles
- B. Le renouveau attendu de la compensation des sujétions contractuelles

Si la controverse sur la nature juridique du contrat de travail est certainement aussi vieille que le droit du travail lui-même (1), elle n'en demeure pas moins d'actualité. Le contrat de travail, par application de l'article L. 1221-1 du Code du travail, est un contrat soumis « aux règles du droit commun » et exige, par conséquent, la rencontre des volontés des parties.

Or, s'il y a indéniablement rencontre des volontés à l'orée de la relation de travail (2), il est bien plus difficile de considérer que ces volontés soient construites comme elles devraient l'être au nom de la liberté contractuelle, « le contrat de travail [étant] le type du contrat d'adhésion » (3).

Le contrat de travail est en réalité assez rétif à toute idée de véritable négociation de son contenu (4). Le propos est certes un peu trop général. Il existe, ça et là, quelques catégories de salariés qui disposent du véritable privilège de pouvoir peser sur la négociation du contenu de leur contrat. Mais au-delà de ces exceptions, est-il bien raisonnable d'étudier la négociation des sujétions contractuelles des salariés ?

L'analyse peut retrouver de l'intérêt à partir du moment où l'on envisage la notion de négociation du contrat de travail de manière souple. En effet, la phase de négociation d'un contrat est généralement regardée comme la période précontractuelle, comme le temps préalable à sa conclusion (5). Or, cette phase semble pouvoir revêtir deux réalités distinctes.

La négociation du contrat serait d'abord le moyen de parvenir à la conclusion du contrat, c'est-à-dire le temps des pourparlers, des discussions menant à l'entente des parties sur le contenu du contrat. Mais elle serait aussi le résultat de cette négociation, c'est-à-dire le contenu contractuel aménagé en fonction de chaque situation, le résultat auquel les parties parviennent au moment de la conclusion.

Dans cette seconde approche, on constate que le contrat de travail est loin d'être monolithique. Les clauses du contrat et les modalités de la

* Cet article est issu d'une communication présentée lors d'une journée consacrée aux "Négociations en droit du travail", organisée par l'Institut du travail de Bordeaux (Université Montesquieu, Bordeaux IV).

(1) Sur les réflexions originelles et sans pouvoir être exhaustif, v. G. Scelle, *Précis élémentaire de législation industrielle*, Sirey, 1927, p. 173 ; P. Durand, A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. II, n° 115 et s. ; G. Lyon-Caen, *L'entreprise en droit du travail*, Études droit contemporain. Institut Droit comparé, 1966. Sur le renouveau du contrat de travail, v. A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail » in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 299 ; Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de

travail », RJS 1999, p. 383 ; Ch. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », Dr. soc. 2001, p. 802.

(2) Le contrat de travail est bien un contrat puisqu'il faut un accord de volonté pour qu'il soit conclu. V. G. Couturier, *Droit du travail - 1) Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd. mise à jour, 1996, p. 147.

(3) J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, avec la coll. de G. Auzero, *Droit du travail*, Dalloz, 24^e éd., 2009, p. 411.

(4) Par définition, le contrat d'adhésion n'est pas à proprement parler négocié. V. par ex. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations - 1. L'acte juridique*, 12^e éd., 2006, p. 129.

(5) J. Ghestin, *La formation du contrat, Traité de droit civil*, LGDJ, 3^e éd., 1993, pp. 293 et s.

subordination varient d'un contrat à un autre (6). Il y a donc une véritable faculté d'aménagement du contrat de travail, fût-il le plus souvent mené à l'instigation de l'employeur.

Survient alors une seconde difficulté : que sont les sujétions contractuelles du salarié (7) ? S'il existe de nombreuses variétés de clauses contractuelles (8), toutes ne constituent pas toujours des sujétions imposées au salarié, comme c'est par exemple le cas des clauses de garantie d'emploi (9). En réalité, le concept même de sujétion est mal connu du droit du travail (10).

Le langage courant définit la sujétion comme un état de dépendance à quelqu'un, d'assujettissement à quelqu'un (11). Rapportée au contrat de travail, cette définition est trop vaste. En effet, la caractéristique même du contrat de travail tient à l'établissement d'un lien de subordination entre le salarié et l'employeur. En concluant le contrat de travail, le salarié accepte de s'assujettir à l'employeur. La subordination serait donc la forme la plus aboutie de sujétion (12).

Le lien de subordination, en tant que sujétion générale, n'a pas en réalité sa place dans cette étude parce que son existence ne peut être négociée. En revanche, d'autres sujétions présentent un intérêt plus prégnant parce qu'elles peuvent être aménagées, voire parfois discutées. Ces sujétions, que nous qualifierons de particulières par opposition à la sujétion générale que constitue la subordination, sont de véritables modalités de l'obligation principale à la charge du salarié, c'est-à-dire des aménagements de l'obligation de fournir une prestation de travail (13). Elles peuvent également se présenter comme des obligations additionnelles imposées au salarié par le contrat (14) et ainsi concerner la plupart des clauses du contrat de travail qui ne lui attribuent pas un avantage, telles que, notamment, la clause de mobilité, la clause de non-concurrence, la clause de confidentialité ou la clause d'exclusivité.

Les sujétions liées à l'exercice de la prestation de travail présentent un intérêt moindre en ce qu'elles font encore moins l'objet d'une négociation que les obligations additionnelles au contrat de travail. En effet, si l'organisation du temps de travail par cycle ou l'existence de temps d'astreinte imposés au salarié sont bien aménagées par le contrat de travail, elles constituent des sujétions liées à l'organisation du travail dans l'entreprise, si bien qu'il est rare que les salariés engagés par une entreprise les pratiquant puissent en être dispensés. Au contraire, les sujétions issues d'obligations additionnelles au contrat de travail ne sont pas indispensables à l'exercice de la prestation de travail.

Ce sont donc essentiellement ces sujétions additionnelles à la sujétion générale que constitue la subordination qui nous intéresseront. Ces sujétions sont en perpétuelle évolution. Malgré la densité de l'ordre public en droit du travail (15), il demeure possible d'aménager le contenu du contrat de travail qui ne se limite bien évidemment pas à déterminer la nature de la prestation de travail et le montant de la rémunération du salarié (16). Alors que les très classiques clauses de mobilité ou de non-concurrence

(6) Le rapport « de Virville » rendu en 2004 avait proposé l'élaboration de contrats de travail type. Cette proposition a été critiquée en ce qu'« elle a pour redoutable conséquence de nier le concept même de négociation », B. Teyssié, *Introduction, in La négociation du contrat de travail*, Dalloz, 2004, p. 2. Le contenu du contrat est pourtant des plus variables, v. G. Couturier « La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif », *in La négociation du contrat de travail*, Dalloz, 2004, p. 7.

(7) Sur les sujétions d'origine conventionnelle, v. X. Carsin, « La convention collective source de sujétions pour le salarié », *JCP S*, 2007, 1015.

(8) V. notamment M.- C. Escande-Varniol, « Sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, p. 478 ; J. Péliissier, « Pour un droit des clauses du contrat de travail », *RJS* 7/05, p. 499 ; P.- H. Antonmattéi, *Les clauses du contrat de travail*, éditions Liaisons, coll. Droit vivant, 2005 ; M. Mekki, « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT* 2006, p. 292.

(9) « Le travail pénible renvoie à ce qui est difficile à supporter en raison de contraintes ou de sujétions diverses », v. F. Héas, « Pénibilité et droit du travail », *JCP* éd. S, 2009, 1038.

(10) La notion est mieux connue en droit administratif où elle désigne des « obligations que l'administration peut imposer à des particuliers dans un but d'intérêt public », v. *Vocabulaire*

juridique, Association Henri Capitant, sous la dir. de Ph. Malinvaud, PUF, 8^e éd., 2007, v° *sujétion*. On peut également évoquer le concept d'assujettissement à un régime de sécurité sociale.

(11) Dictionnaire Trésor de la langue française, v° *sujétion*.

(12) A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131 ; F. Héas, « Être ou ne pas être subordonné », *Dr. Ouv.* 2009, p. 405.

(13) Sur l'usage de ces termes de « sujétion particulière » par la jurisprudence, v. Cass. soc., 31 mars 1989, *RJS* 1989, n° 620 ; Cass. soc., 7 nov. 2007, n° 06-41.188, *JCP* éd. S, 2007, 1961. Parfois, la chambre sociale préfère les termes de « sujétion spéciale », v. par ex. Cass. soc., 15 nov. 2007, n° 06-43.383.

(14) Suivant l'idée selon laquelle le contrat de travail ne serait pas un contrat complet, v. P. Lokiec, « La modification du contrat de travail. Les leçons du droit anglais », *RDT* 2006, p. 76 ; M. Mekki, « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ? », préc.

(15) F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 363 ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 2007.

(16) V. G. Couturier « La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif », préc.

évoluent et se transforment, il apparaît également de nouvelles sujétions dans les contrats de travail modernes.

Ce renouvellement des sujétions contractuelles du salarié devrait s'accompagner d'un renouvellement de leur encadrement (17). Or, il est patent que cela n'est que très partiellement le cas. Si la jurisprudence s'adapte pour contrôler les sujétions contractuelles du salarié, il ne semble pas que la question de la pénibilité particulière imposée par ces sujétions ait encore été totalement prise en compte, cela se traduisant en particulier par le refus persistant de toute généralisation de contreparties à ces sujétions.

Par conséquent, après avoir envisagé le permanent renouveau des sujétions contractuelles (I), nous aborderons l'insuffisance du renouveau de l'encadrement des sujétions contractuelles (II).

I. Le renouveau permanent des hypothèses de sujétions contractuelles

Il peut exister autant de sujétions particulières dans le contrat de travail que l'imagination des négociateurs est débordante. Or, la pratique contractuelle fait, en droit du travail comme ailleurs, preuve de créativité. Cette vivacité des sujétions contractuelle se matérialise aussi bien à travers le renouveau des sujétions contractuelles les plus classiques (A) que dans l'apparition de sujétions contractuelles nouvelles (B).

A. Le renouveau des sujétions contractuelles classiques

Deux exemples illustrant le renouveau des sujétions classiques peuvent être tirés de la clause de mobilité (1.) et de la clause de non-concurrence (2.), lesquelles sont généralement considérées comme étant « *deux des clauses les plus problématiques pour les salariés* » (18).

1) Les évolutions de la clause de mobilité

Les évolutions principales de la clause de mobilité sont certainement liées à l'intensification de leur contrôle par le juge judiciaire (19). Ce contrôle implique une évolution de la rédaction des clauses, évolution qui pourrait s'intensifier sous l'influence de la négociation collective.

Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la validité des clauses de mobilité a influé sur leur rédaction. Rappelons en effet que la clause de mobilité doit désormais « *définir de façon précise sa*

zone géographique d'application » (20). Les contrats de travail se sont adaptés et les ouvrages pratiques insistent sur l'obligation que les clauses de mobilité soient précisées de la sorte (21). Le même effet devrait être produit par la jurisprudence interdisant désormais la stipulation de clauses intra-groupe ou intra-UES (22).

La teneur de la sujétion imposée au salarié par le biais d'une clause de mobilité devrait également évoluer sous l'influence du droit conventionnel. On se souviendra, en effet, que l'article 8 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 portant modernisation du marché du travail proposait l'introduction de « *périodes expérimentation mobilité* » (23). Cette formulation n'est, bien entendu, pas coercitive et n'imposera à aucun employeur de prévoir une mobilité « à l'essai » (24). Elle devrait cependant inciter à aménager les clauses de la sorte, ce qui permettra au salarié qui ne s'adapterait pas aux nouvelles conditions de son nouveau lieu de travail de revenir au *statu quo ante*.

Des évolutions, plus marquées peut-être, devraient concerner la clause de non-concurrence.

2) Les évolutions de la clause de non-concurrence

L'introduction par la Cour de cassation de l'exigence d'une contrepartie financière pour chaque clause de non-concurrence constitue sans aucun doute la plus marquante des manifestations du renouveau des

(17) D'une manière générale, sur l'encadrement du contenu du contrat de travail, v. Ph. Waquet, « Libertés et contrat de travail », RJS 5/09, p. 347 ; Ch. Vigneau, « Contrat et individualisation de la relation de travail », Dr. Ouv. 2009, p. 175 ; C. Pizzio-Delaporte, « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge », Dr. soc. 2001, p. 404.

(18) Ch. Radé, « L'accord et le régime du contrat de travail : la porte ouverte... mais à quelles réformes ? », Dr. soc. 2008, p. 295, spéc. p. 297.

(19) Sur ce thème, v. l'intervention de V. Mary publiée dans ce numéro p. 301.

(20) Cass. soc., 7 juin 2006, RDT 2006, p. 313, obs. J. Pélissier ; Dr. soc. 2006, p. 926, note F. Favennec-Héry, Dr. Ouv. 2006 p. 529.

(21) V. par ex. le guide pratique du Lamy social 2009, p. 772, qui suggère la rédaction d'une clause de mobilité « à l'intérieur du périmètre géographique suivant <à délimiter> ».

(22) Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, P+B+R, Lexbase hebdo, éd. soc., n° 366, 8 oct. 2009, note Ch. Radé ; Dr. Ouv. 2010 p. 21 n. A. Chirez ; JCP éd. S, 2010, 1077, note V. Roulet.

(23) Cette disposition n'a pas été reprise par la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

(24) Sur cette qualification d'essai, v. S. Tournaux, *L'essai en droit privé*, Thèse Bordeaux IV, 2008, dactyl., p. 57.

sujétions classiques du contrat de travail (25). Il est intéressant de constater que cette modification profonde n'a pas encore produit tous ses effets.

La jurisprudence est, ces dernières années, en pleine évolution au sujet de la renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence. Autrefois, marquée par son unilatéralisme, la clause de non-concurrence n'avait aucun intérêt pour le salarié, si bien qu'il paraissait légitime que l'employeur puisse unilatéralement et discrétionnairement y renoncer (26).

Cette présentation de la clause de non-concurrence a cependant vécu. En imposant la contrepartie financière, la Cour de cassation a créé un intérêt pour le salarié à la clause. Si cette clause demeure, bien entendu, une sujétion qu'il subit, il va néanmoins pouvoir compter sur le versement de la contrepartie. Il n'est, dès lors, plus concevable que la renonciation de l'employeur puisse être unilatérale parce que sa renonciation porterait atteinte à un droit du salarié.

La Cour de cassation a donc progressivement renforcé son contrôle de la renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence, celle-ci devant être prévue initialement et reposer sur une manifestation de volonté claire et non équivoque de l'employeur (27). Cette clause de renonciation anticipée à la clause de non-concurrence constitue une véritable sujétion imposée au salarié, qui ne peut pas assurément compter sur le versement de la contrepartie financière. Son existence est-elle véritablement justifiée ?

La faculté que se ménage l'employeur dans le contrat de travail de renoncer à la clause de non-concurrence pourrait être jugée illicite. A ce titre, on se souviendra que la Cour de cassation prohibait en 2001 les clauses par lesquelles un employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement le contrat (28). La clause de renonciation est une clause permettant la modification unilatérale du contrat par suppression d'un avantage constitué, pour le salarié, par la contrepartie financière. Elle devrait tomber sous le coup de cette interdiction.

En outre, cette clause s'apparente à une véritable obligation sous condition résolutoire dont la potestativité

ne fait aucun doute (29). L'employeur s'oblige à payer la contrepartie, sauf s'il décide d'y renoncer, sauf s'il ne le veut pas, pourrait-on dire.

A tout le moins, cette renonciation unilatérale ne devrait pas pouvoir être discrétionnaire et devrait répondre à un besoin légitime de l'entreprise, comme on l'exige pour des clauses permettant de modifier un élément du contrat de travail, telle que la clause de mobilité. En dehors de cette hypothèse, l'accord exprès du salarié devrait être exigé (30), ce qui constituerait un véritable avenant au contrat de travail supprimant la clause de non-concurrence.

Le renouveau des sujétions contractuelles se confirme par l'apparition de nouvelles sujétions contractuelles.

B. L'apparition de sujétions contractuelles nouvelles

Parmi d'autres, deux nouvelles sujétions pourraient se développer à l'avenir dans les contrats de travail. Ces sujétions ont toutes deux pour effet, sinon pour objet, de compliquer l'accès au juge pour le salarié. Ces deux clauses sont, d'une part, les clauses de conciliation et de médiation (1.) et, d'autre part, les clauses d'aménagement de la prescription (2.).

1) L'apparition de clauses de conciliation et de médiation

Parmi les domaines du droit du travail les mieux protégés par l'ordre public dit « absolu » figure celui relatif à la compétence des Conseils de prud'hommes (31). Ainsi, les articles L. 1221-5 et L. 1411-4 du Code du travail prohibent les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissaires.

Il est malgré cela apparu, dans la pratique contractuelle, des clauses de conciliation ou de médiation. Par application d'une telle clause, les parties ne peuvent saisir le juge avant d'avoir tenté une conciliation ou une médiation. La Cour d'appel de Rennes, saisie d'une telle clause, a déclaré irrecevable l'action en justice qui n'aurait pas été précédée d'un tel préalable (32). Le pourvoi formé contre cet arrêt n'a pas permis de trancher

(25) Cass. soc., 10 juill. 2002, D. 2002, juris. p. 2491, note Y. Serra et p. 3111 obs. J. Pélissier ; Dr. soc. 2002, p. 954, note R. Vatinet ; Dr. Ouv. 2002 p. 533 n. D. Taté.

(26) Cass. soc., 4 juin 1975, Bull. civ. V, n° 301. La Cour de cassation refusait cependant la renonciation unilatérale lorsqu'existait une contrepartie conventionnelle, v. par ex. Cass. soc., 28 nov. 2001, n° 99-46.032.

(27) Le principe de la renonciation doit avoir été prévu par le contrat de travail (Cass. soc., 27 fév. 2007, n° 05-43.600), la renonciation doit être claire et non équivoque (Cass. soc., 23 sept. 2008, n° 07-41.649) et doit intervenir dans un délai raisonnable après la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-44.923).

(28) Cass. soc., 27 fév. 2001, RJS 2001, n° 562 ; Dr. soc. 2001, p. 514, note Ch. Radé.

(29) Sur la condition potestative en droit des contrats, v. J. Ghestin, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Mélanges A. Weill*, Dalloz, 1983, p. 243 ; B. Dondero, « De la condition potestative licite », RTD civ. 2007, p. 677.

(30) La Cour de cassation valide sans difficulté l'accord des parties, v. Cass. soc., 12 fév. 2002, n° 99-46.067.

(31) CE, avis du 22 mars 1973, Dr. soc. 1973, p. 514 ; Dr. Ouv. 1973, p. 190.

(32) Rennes, 15 sept. 2005, Dr. soc. 2007, p. 445, note J.-Ph. Tricoit.

définitivement sur la validité ou l'illicéité de telles clauses (33).

La clause de conciliation ou de médiation impose manifestement une sujétion nouvelle pour les salariés concernés. En effet, on sait que l'immense majorité des litiges prud'homaux sont initiés par les salariés. Malgré le caractère bilatéral de ces clauses, c'est donc toujours le salarié qui sera dans l'obligation de solliciter une conciliation ou une médiation avant de pouvoir saisir le juge prud'homal. La clause aura donc pour effet de retarder l'accès au juge.

Si aucun texte ne prohibe véritablement de telles clauses (34), il doit tout de même être observé qu'elles ont pour effet de rendre encore plus inefficace toute tentative ultérieure de conciliation devant le Conseil de prud'hommes. Leur validité constitue également un argument supplémentaire au soutien du projet de la Chancellerie de supprimer la phase de conciliation du Conseil de prud'hommes.

Une autre sujétion nouvelle pourrait apparaître dans les contrats de travail, sujétion suggérée par le législateur lui-même.

2) Vers l'apparition de clauses d'aménagement des délais de prescription ?

La loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a réduit le délai de prescription de droit commun à cinq ans (35). Les nouveaux articles 2254 et suivants du Code civil issus de cette loi prévoient la possibilité d'un aménagement conventionnel des délais de prescription.

Cet aménagement de la prescription, qui peut se traduire par un allongement jusqu'à dix ans ou une réduction jusqu'à un an du délai, est strictement encadré puisque cette clause ne pourra être introduite s'agissant des litiges pouvant naître en matière de rémunération ou de discrimination (36). Reste cependant qu'un grand nombre de litiges en droit du travail ne portent pas sur ces questions, au premier chef desquels figurent les litiges sur la rupture du contrat de travail. Il est donc possible, à l'issue de cette loi, de ramener par contrat le délai de prescription à un an en matière de contestation du licenciement, ce qui reviendrait à amener ce délai de prescription au même niveau que celui, pourtant très contesté, appliqué en matière de rupture conventionnelle du contrat de travail (37).

Ces clauses pourraient, à première vue, ne pas être regardées comme constituant une nouvelle sujétion pour les salariés. D'abord parce qu'elles peuvent permettre d'allonger la prescription, ensuite parce qu'elles auront des effets pour les deux parties. Cependant, là encore, le fait que le litige soit toujours initié par le salarié mènera en pratique à ce que le raccourcissement du délai lui soit toujours défavorable.

Les hypothèses de sujétions contractuelles négociées dans le contrat de travail et s'imposant au salarié sont donc en perpétuelle évolution. Ce renouveau des sujétions contractuelles pourrait s'accompagner d'un renouveau de leur encadrement, ce qui n'est que très partiellement le cas.

II. Le renouveau insuffisant de l'encadrement des sujétions contractuelles

Le renouveau de l'encadrement des sujétions contractuelles est balbutiant. Il se traduit par une application plus pointue du principe de justification et de nécessité (A) mais gagnerait à se manifester dans l'attribution plus systématique de contreparties financières au salarié (B).

A. Le renouveau amorcé du contrôle des sujétions contractuelles

Comme il en a le pouvoir, le juge reste maître des qualifications accordées par les parties (1.). Il a également tendance à renforcer son contrôle sur la justification des sujétions négociées, même si ce contrôle pourrait être poussé plus loin encore (2.).

(33) Cass. soc., 7 mars 2007, JCP éd. E, 2008, 1052, note D. Boulmier. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, non en raison de l'illicéité de la clause, mais parce que les juges du fond en ont fait une fausse interprétation en l'étendant à un litige lié à la rupture du contrat alors que la clause se limitait à des litiges liés à l'exécution ou à l'interprétation du contrat.

(34) La Cour de cassation les juge même valides, tout du moins pour des contrats d'affaires, v. Cass. mix., 14 févr. 2003, JCP

éd. E, 2003, 707, note H. Goze et D. Gautier ; RJS 4/03, n° 509 ; Dr. soc. 2003, p. 890, note M. Keller.

(35) V. S. Tournaux, « Les incidences en droit du travail de la loi du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription civile », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 310, 25 juin 2008.

(36) C. civ., art. 2254, al. 3.

(37) Sur la prescription en matière de rupture conventionnelle v. J. Pélissier, « Modernisation de la rupture du contrat de travail », RJS 8-9/08, p. 679.

1) Le contrôle des sujétions des salariés

Deux exemples peuvent être tirés de la clause dite de non-démarchage et de la clause dite de période probatoire.

Les clauses de non-démarchage ne sont pas nouvelles et constituent des clauses de non-concurrence allégées (38). Elles ont pour objet d'interdire au salarié de démarcher la clientèle de son ancien employeur. Ces clauses ont connu un regain d'intérêt auprès des employeurs après l'introduction de l'obligation de verser une contrepartie financière au salarié soumis à une clause de non-concurrence. La Cour de cassation est cependant demeurée très vigilante puisqu'elle a estimé que « *cette clause s'analysait en une clause de non-concurrence, illicite car dépourvue de contrepartie financière* » (39).

Ce pouvoir de qualification peut être utilisé pour déqualifier une clause constitutive d'une sujétion contractuelle. Ce fut par exemple le cas lorsque la Cour de cassation jugea que ne constituait pas une période d'essai une clause d'essai instituée au cours de la relation contractuelle à l'occasion de la promotion du salarié à un poste hiérarchiquement supérieur (40). Pour la Haute juridiction, une telle clause constitue une période probatoire. La conséquence de cette disqualification tient à ce que la rupture de cette période probatoire n'emporte pas la rupture du contrat de travail mais simplement le retour du salarié à ses anciennes fonctions.

Outre ce contrôle finalement assez traditionnel des qualifications, la jurisprudence tend à contrôler de manière de plus en plus étroite la justification des sujétions négociées au contrat.

2) Le contrôle de la justification des sujétions

Le Code du travail comporte un texte d'une grande force, l'article L. 1121-1, lequel dispose que « *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* ». Chaque sujétion subie par le salarié par le biais de son contrat de travail constitue pourtant une atteinte à une liberté ou à un droit fondamental (41). La clause de non-concurrence porte

atteinte à la liberté du travail ; la clause de mobilité au droit à une vie familiale normale ; la clause de confidentialité à la liberté d'expression ; les clauses de conciliation et d'aménagement de la prescription au droit à l'accès au juge.

Par conséquent, « *dès qu'une clause contractuelle porte atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles ou collectives, sa validité ne [devrait] être qu'exceptionnelle* » (42). Le contrôle de la validité des clauses instituant des sujétions contractuelles s'est renforcé. Seule la clause de mobilité semble demeurer hermétique à un tel contrôle, le juge se contentant d'apprécier la légitimité de l'atteinte à l'occasion de sa mise en œuvre. La prévision dans le contrat d'une mobilité future constitue pourtant déjà une atteinte à une liberté du salarié, qui devrait par conséquent être contrôlée dès la conclusion du contrat.

A l'inverse, la majorité des autres sujétions contractuelles ne font pas l'objet d'un contrôle au stade de leur mise en œuvre. Un exemple, tiré de la clause de non-concurrence, pourrait permettre d'illustrer la nécessité d'étendre ce contrôle au stade de la mise en œuvre des sujétions.

Doit-on accepter l'application d'une clause de non-concurrence à un contrat de travail rompu pendant la période d'essai ? La Cour de cassation apporte une réponse mitigée à cette question en procédant à une analyse parfois artificielle de la volonté des parties (43). Si le contrat stipule que la clause de non-concurrence produira ses effets en cas de démission ou de licenciement, la rupture de la période d'essai n'entraîne pas l'entrée en application de l'obligation (44). En revanche, si la clause est rédigée de manière plus générale et qu'elle prévoit que l'obligation naîtra à partir du moment où le contrat sera rompu, la Chambre sociale en déduit que la clause est applicable en cas de rupture de la période d'essai (45).

Or, une appréciation de la justification de la mise en œuvre de la clause de non-concurrence pourrait, dans de nombreux cas de figure, paralyser cette application. En effet, comme l'avait jugé subrepticement la Cour de cassation dans un arrêt resté isolé, il est souvent possible d'exiger la démonstration que « *compte tenu de la brièveté du temps de passage du salarié dans la société*

(38) V. par ex. F. Gaudu, R. Vatinet, *Traité des contrats – Les contrats du travail*, sous la dir. de J. Ghéstin, LGDJ, 2001, p. 255 ; P.-H. Antonmattéi, *Les clauses du contrat de travail*, préc., p. 84.

(39) Cass. soc., 27 oct. 2009, JCP E, 2010, 24, note. D. Corrigan-Carsin ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 371, 12 nov. 2009, note G. Auzero.

(40) Cass. soc., 30 mars 2005, Bull. civ. V, n° 107, 108 et 109, p. 92-93 ; SSL, 11 avr. 2005, n° 1210, p. 5, concl. J. Duplat ; RJS 2005, p. 423, note J.-Y. Frouin. V. également S. Tournaux, *L'essai en droit privé*, préc., pp. 56 et s.

(41) V. note n° 18.

(42) J. Pélissier, « Pour un droit des clauses du contrat de travail », préc., p. 499

(43) V. par ex. Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.581 ; Cass. soc., 20 mai 2009, n° 07-43.490.

(44) V. par ex. Cass. soc., 7 mai 1996, n° 92-44.873 ; CA Paris, 18 avr. 1989, D. 1990, somm., p. 82.

(45) Cass. soc., 8 déc. 1982, Bull. civ. V, n° 699. V. également Cass. soc., 22 juin 1994, D. 1995, p. 92, note F. Petit.

(...) *celui-ci [a] pu acquérir une connaissance suffisante des secrets de l'entreprise pour être en mesure de se livrer, après la rupture du contrat de travail, à des divulgations éventuellement utilisables par une entreprise concurrente* » (46). La mise en œuvre de la clause devrait être jugée comme n'étant ni justifiée par la nature des tâches à accomplir, ni proportionnée au but recherché.

En somme, pour que le contrôle de la justification soit optimal, il conviendrait qu'il soit binaire et s'intéresse aussi bien à la validité de la clause envisagée au contrat qu'à la mise en œuvre de cette clause. Quoi qu'il en soit, il demeurerait toujours des clauses valables et dont la mise en œuvre porterait atteinte à des libertés des salariés. Ces atteintes doivent avoir un prix, si bien qu'il convient de systématiser l'attribution de contreparties financières aux salariés acceptant de telles sujétions.

B. Le renouveau attendu de la compensation des sujétions contractuelles

L'analyse des sujétions particulières d'origine légale et conventionnelle mène au constat que la plupart d'entre elles implique l'attribution au salarié d'une contrepartie pour l'effort concédé du fait de la sujétion (1.). Si comparaison n'est pas raison, le résultat de cette observation s'ajoute à d'autres arguments justifiant la systématisation des contreparties aux sujétions contractuelles (2.).

1) La généralité des contreparties accordées en compensation de sujétions non contractuelles

Lorsque le législateur ou la convention collective prévoient des sujétions particulières pesant sur le salarié, il est fréquent que soient simultanément prévues des compensations permettant d'en atténuer la pénibilité.

Le législateur, d'abord, prévoit de manière générale de nombreuses compensations lorsque les conditions d'exécution du travail s'effectuent d'une manière particulière, en particulier quand le temps de travail est aménagé. Ainsi en va-t-il, d'abord, des heures supplémentaires imposées au salarié pour lesquelles l'article L. 3121-22 prévoit une majoration de salaire. C'est

également le cas des temps d'astreinte qui donnent nécessairement droit pour le salarié à une « *compensation financière* » (47). On pourrait encore citer la renonciation par le salarié au repos dominical dont les possibilités ont été étendues par la loi du 20 août 2009 (48) et qui sont parfois compensées par un doublement du salaire. Enfin, pour clore cette liste non exhaustive d'exemples, on peut penser aux conventions de forfait parfois acceptées par les cadres et pour lesquelles l'article L. 3121-47 du Code du travail dispose qu'il doit être tenu compte des sujétions imposées au salarié pour la détermination de sa rémunération.

Les conventions collectives prévoient également des contreparties aux sujétions qu'elles imposent parfois aux salariés. A cet égard, ce sont probablement les clauses de mobilité internationale qui sont les plus significatives. L'annexe XI de la CCN du commerce à prédominance alimentaire du 26 mai 1969 prévoit, par exemple, que les dispositions définissant les conditions de travail et de séjour à l'étranger doivent « *tendre (...) à compenser les sujétions de toutes natures inhérentes à un séjour à l'étranger* » (49).

Des primes de sujétion conventionnelles sont parfois instituées dans certaines professions spécifiques. Cela est notamment le cas de la CCN des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, dont l'article 12-2 de l'avenant du 21 avril 1999 prévoit une prime pour certains cadres « *en fonction des sujétions spécifiques qu'ils supportent, non liées au fonctionnement de l'établissement ou du service* » (50).

A la notable exception de la clause de non-concurrence, de telles contreparties ne sont que rarement prévues pour les sujétions contractuelles.

2) La justification des contreparties accordées en compensation de sujétions contractuelles

Le contrat de travail, sous l'impulsion de la jurisprudence, doit donc impérativement prévoir une contrepartie financière pour les clauses de non-concurrence. Malgré le terme de « *contrepartie* », l'indemnité servie ne trouve probablement pas son fondement dans le synallagmatisme d'un contrat autonome de « non-

(46) Cass. soc., 14 mars 1983, D. 1984, p. 163, obs. J.-M. Béraud.

(47) En l'absence d'une détermination conventionnelle de l'indemnité, les juges du fond fixent eux-mêmes le montant de la compensation. V. par ex. Bordeaux, ch. soc., sect. B, 14 mai 2009, SAS SA Transport routier de fret interurbain c/ Martin, Juris-data n° 2009-007753

(48) M. Poirier, « Le repos dominical après la loi du 10 août 2009 », Dr. Ouv. 2010, p. 22 ; M. Véricel, « La loi du 10 août 2009 relative au travail dominical : réaffirmation du principe du repos dominical ou généralisation du travail le dimanche ! », RDT 2009 p. 573 ; S. Tournaux, « Le paradoxe de la loi du 10 août 2009 : réaffirmation du principe du repos dominical et extension des hypothèses dérogatoires », Lexbase

hebdo, éd. soc., 10 sept. 2009, n° 362 ; M. d'Allende, « Réforme du repos dominical », JCP éd. S 2009, 1385 ; M. Morand, « Travail du dimanche : cherchez l'erreur ! », JCP éd. S 2009, act. 407.

(49) Sur cette question, v. Ph. Coursier « Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère », JCP éd. S 2009, 1092.

(50) Sur l'application cependant restrictive de cette prime, v. Cass. soc., 27 mars 2008, n° 06-44.609 ; JCP éd. S 2009, 1522, note A. Martinon.

concurrence » (51), mais dans l'atténuation de l'atteinte portée à la liberté du travail (52).

Il s'agit, en réalité, du prix de la liberté concédée ! Entendons-nous bien : l'indemnité ne constitue pas la justification de l'atteinte, mais seulement une compensation de cette atteinte dont la légitimité réside dans l'exigence de justification imposée par l'article L. 1121-1 du Code du travail. Pour le dire autrement, on ne peut pas acheter une liberté, on ne peut y porter atteinte que si cela est justifié et proportionné ; en revanche, s'il est possible de porter atteinte à cette liberté, il faut alors indemniser l'atteinte portée à celle-ci.

Comment expliquer que certaines sujétions impliquent une indemnisation et que d'autres en soient exemptes ? Quel que soit leur fondement, les différentes sujétions

impliquent toutes une atteinte à une liberté du salarié. Or, il serait illusoire et particulièrement subjectif de chercher à justifier que telle ou telle atteinte est plus importante que telle ou telle autre. Imposer une mobilité à un salarié à l'autre bout de la France constitue certainement une sujétion plus contraignante que le travail de nuit pour certains salariés noctambules qui ne supporteraient plus de travailler le jour.

Ces différents arguments militent pour la généralisation des compensations financières en contrepartie de toute sujétion particulière imposée au salarié. Une telle extension aurait pour effet salutaire de permettre une rationalisation de l'usage des clauses de sujétion qui ont tendance, pour certaines, à devenir des clauses de style.

Sébastien Tournaux

(51) Cette analyse permettrait cependant d'imposer elle aussi une contrepartie. Comme le précise un auteur, « une clause qui confère à l'une des parties un avantage sans contrepartie et qui n'a d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire, est en droit inadmissible », F.-X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP G 1993, I, 3676.

(52) Pour un bilan de cette question, v. L.-F. Pignarre, « Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences », RDT 2009, p. 151.



LE DROIT DU TRAVAIL en pratique

par Michel Miné et Daniel Marchand

Cet ouvrage aide à comprendre le droit du travail applicable, ses règles et les usages possibles, ses évolutions, en donnant des points de repère fiables. Il permet d'appréhender les débats en cours : parcours professionnels sécurisés, risques psychosociaux, temps de travail, représentativité syndicale et dialogue social, entre autres.

En s'appuyant sur les sources du droit du travail (directives européennes, lois, jurisprudence, conventions collectives...) et sur ses institutions, l'ouvrage donne la priorité à l'actualité et traite :

- de l'emploi (rupture conventionnelle du contrat de travail, licenciements économiques, chômage partiel, GPEC, discrimination, harcèlements, protection de la vie personnelle, clauses de mobilité...);
- du travail (obligation de sécurité de résultat de l'employeur, droit de retrait, régimes du temps de travail, congés payés, repos dominical, règles d'égalité de rémunérations...);
- des relations professionnelles (représentativité syndicale, règles de négociation collective, négociations obligatoires – égalité salariale entre les femmes et les hommes, seniors –, GPEC, élections professionnelles, expertises, comité d'entreprise européen...).

Michel MINÉ, professeur de droit du travail au CNAM (chaire de Droit social), docteur en droit privé, est membre du corps de l'Inspection du travail (directeur du travail), du Comité consultatif de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et de l'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes ; conférencier à l'Académie de droit européen (ERA, Trèves).

Daniel MARCHAND, docteur d'État en droit, est professeur honoraire de la Chaire de Droit social du CNAM.

www.editions-organisation.com

Groupe Eyrolles, Diffusion Geodif, 30 euros