

La détermination des éléments du contrat de travail

par Jean PÉLISSIER,

Professeur émérite à l'Université des sciences sociales de Toulouse, Chercheur au LIRHE

PLAN

- I. Toutes les clauses insérées dans un contrat de travail donnent-elles naissance à un élément contractuel ?
 - A. Les mentions relatives aux situations collectives
 - B. Les mentions relatives aux relations individuelles de travail

- II. A défaut de clauses précises, insérées dans un contrat écrit, quels sont les éléments contractuels du contrat de travail ?
 - A. L'existence et la définition des éléments du contrat
 - B. La détermination du contenu des éléments du contrat de travail

Dans une première acception, la détermination des éléments du contrat de travail concerne la détermination des éléments qui permettent de caractériser le contrat de travail par rapport aux autres contrats, contrat de mandat, contrat d'entreprise, contrat de location... Les éléments du contrat sont alors entendus comme les éléments qui permettent de qualifier le contrat, de le définir par rapport aux autres contrats. Dans cette optique, il est admis que le contrat de travail suppose la réunion de trois éléments : une prestation personnelle de travail, une rémunération, un lien de subordination. Faute de l'un de ces éléments, le contrat ne sera pas qualifié contrat de travail.

Dans cette première acception, la détermination des éléments du contrat de travail ne soulève pas de difficultés majeures. Certes, on a pu s'interroger, dans le passé, sur la nature juridique ou économique du lien de subordination, mais, depuis l'arrêt *Bardou*, la Cour de cassation juge qu'il s'agit d'un lien juridique de subordination (1). Le contentieux ne concerne pratiquement que les situations où les parties au contrat n'ont pas rédigé un contrat écrit ou ont cherché à dissimuler l'existence d'un contrat de travail sous les apparences d'un contrat d'une autre nature (voir infra II).

La détermination des éléments du contrat de travail suscite des interrogations beaucoup plus actuelles lorsqu'elle est entendue dans une seconde acception. Il s'agit alors de déterminer le contenu des éléments du contrat de travail. L'existence du contrat de travail n'est pas discutée mais la discussion est ouverte sur les éléments contractuels de celui-ci.

La détermination de ce qui est ou n'est pas élément contractuel est, en effet, essentielle pour circonscrire les droits de l'employeur et du salarié.

Ainsi lorsqu'une convention collective est dénoncée ou révisée, il est essentiel de savoir si la clause du contrat qui renvoie à la convention collective contractualise une obligation conventionnelle ou indique seulement quelle est la convention collective applicable. Dans la seconde hypothèse, la convention collective révisée s'applique aux relations entre l'employeur et le salarié sans que ce dernier puisse invoquer le bénéfice d'une indemnité ou d'une garantie d'emploi qui avait été prévue par la convention collective dans sa rédaction initiale. Si, au contraire, la clause contenue dans le contrat a contractualisé les avantages conventionnels, la révision de la convention collective n'ôte pas au salarié le droit d'exiger le bénéfice de la prime ou de la garantie d'emploi qui n'apparaissent plus dans la nouvelle convention collective puisqu'il exige seulement le respect par l'employeur de ses engagements contractuels. Les mêmes observations

(1) Civ. 6 juillet 1931 « Grands arrêts de droit du travail (GADT) », Dalloz 2004 n° 1 : « 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 du dit 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 » ; Soc. 13 novembre 1996 Bull. civ. V n° 386.

peuvent être faites lorsque le contrat de travail fait référence aux usages ou au règlement intérieur applicables dans l'entreprise.

En dehors même des relations entre le contrat de travail et les normes collectives de travail, la détermination du contenu des éléments contractuels joue un rôle capital lorsque l'employeur entend apporter un changement à l'un des éléments visés dans le contrat. Depuis que la Cour de cassation a entendu consacrer une distinction entre la modification du contrat et le changement des conditions de travail, l'employeur peut librement modifier une donnée concernant la vie au travail si celle-ci n'est pas classée « élément du contrat de travail » alors qu'il doit obtenir l'assentiment du salarié si cette donnée est qualifiée « élément du contrat de travail ».

Si la détermination du contenu des éléments du contrat de travail est essentielle au regard des droits des salariés, elle n'est jamais aisée. Elle s'avère extrêmement délicate lorsqu'aucun contrat de travail n'a été rédigé par écrit. Toutes les interprétations sont alors possibles et chacune des parties, selon son intérêt, prétendra qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu d'accord sur tel ou tel élément. Mais il ne faudrait pas croire que les difficultés disparaissent lorsque le contrat de travail a fait l'objet d'un écrit très circonstancié, contenant de nombreuses clauses. C'est d'ailleurs curieusement dans ce second cas de figure que le contentieux est le plus abondant

Pour déterminer le contenu des éléments du contrats de travail, nous allons essayer de répondre aux deux questions majeures que se posent inévitablement les praticiens :

- toutes les dispositions insérées dans un contrat de travail donnent-elles naissance à un élément contractuel ?
- à défaut de clauses insérées dans un contrat de travail, quels sont les éléments contractuels du contrat de travail ?

■ I. Toutes les clauses insérées dans un contrat de travail ■ donnent-elles naissance à un élément contractuel ?

Par définition, le contrat est un accord de volontés entre plusieurs personnes dont le but est de faire naître des droits et des obligations ou de transférer des droits sur un bien. Les clauses du contrat ont pour objet de donner naissance à un nouveau rapport de droit. Elles constituent donc, en général, des éléments du contrat. Exceptionnellement, certaines dispositions du contrat peuvent être neutres au regard de la fonction créatrice du contrat ; il s'agit de celles qui donnent seulement des indications sur une situation de fait ou de droit existant au moment de la conclusion du contrat.

C'est dans ce contexte général que se présente la distinction entre les clauses informatives (qui ne créent aucun élément contractuel) et les clauses contractuelles qui donnent naissance à des obligations à la charge de l'une ou l'autre des parties, qui sont des éléments du contrat (2).

La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, consacré la coexistence dans un contrat de travail de clauses informatives d'une part et de clauses contractuelles d'autre part, mais elle n'a encore jamais précisé le critère

permettant de distinguer les unes des autres. Elle procède par voie d'affirmation, décidant que la clause déterminant le montant de la rémunération est une clause contractuelle ou que, au contraire, la clause relative au lieu de travail est une simple clause informative, que la clause faisant référence au règlement intérieur est une clause informative et que la clause faisant référence à la convention collective est, selon les circonstances, informative ou contractuelle. L'impression actuelle de flou jurisprudentiel est d'autant plus difficilement admissible que la classification d'une clause dans une catégorie ou dans l'autre emporte, nous l'avons vu, des conséquences majeures. La recherche d'un critère de distinction entre les différentes clauses contenues dans un contrat de travail est indispensable, ce critère devant s'appliquer à toutes les dispositions incluses dans un contrat que celles-ci fassent référence à une norme collective ou à une situation individuelle.

Ce critère doit, nous semble-t-il, être tiré de l'objet même du contrat qui consiste à créer un rapport juridique. Si telle disposition du contrat concourt à créer un rapport juridique, elle mérite la qualification « clause

(2) B. Lardy-Pélissier, « L'information du salarié », Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Dalloz 2004 p. 331 et s. ; M. Véricel

JCP éd.G 2003.II.10.165 ; J. Pélissier « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS1/04 chr. p. 3.

contractuelle ». Si, au contraire, exceptionnellement, elle ne participe en aucune façon à la création de ce rapport, elle est une clause seulement informative. En d'autres termes, est une clause informative celle qui a trait à un fait ou à une donnée normative préexistant à la rédaction du contrat. Il s'agit d'une « *clause de constatation* ». En revanche, est une clause contractuelle toute clause qui précise un élément du rapport juridique créé (3).

Appliquons ce critère à l'ensemble des mentions du contrat de travail qui visent aussi bien les situations collectives que les relations individuelles.

A. Les mentions relatives aux situations collectives

1. Le contrat de travail peut énoncer des constatations concernant la situation de l'entreprise. Il s'agit de constatations de pur fait du type : « *l'entreprise emploie 750 salariés ; elle a connu une progression du nombre d'emplois de 4 % par an depuis cinq ans ; elle a pratiqué une hausse moyenne des rémunérations de 3,2 % par an au cours des cinq dernières années...* ». Cette disposition qui ne fait référence qu'au passé ou à la situation actuelle de l'entreprise n'est qu'une constatation, qu'une information. Elle peut inciter le travailleur à conclure un contrat de travail, mais elle ne crée aucune obligation à la charge de l'employeur. Elle n'appelle d'ailleurs aucune acceptation du salarié. Cette disposition ne constitue pas un élément contractuel.

2. Le plus souvent, les dispositions concernant la situation collective des salariés font référence à des normes juridiques préexistantes : règlement intérieur, convention collective ou usages applicables dans l'entreprise. Quelquefois, une disposition du contrat rappellera telle ou telle règle légale sur laquelle l'employeur entend attirer l'attention du salarié.

Ces dispositions ne sont pas, en principe, créatrices de droits ; les règles juridiques en question préexistent à la conclusion du contrat de travail et la conclusion de celui-ci n'altère pas leur nature juridique. Les règles légales restent des règles légales, les règles du règlement intérieur restent des règles du règlement intérieur, les règles de la convention collective restent des règles conventionnelles. Ceci signifie que les droits pour les salariés pourront être modifiés dans le respect des règles

gouvernant la modification du règlement intérieur, des règles légales ou des règles conventionnelles sans que les salariés puissent invoquer la force obligatoire du contrat pour s'opposer à cette modification.

Les solutions jurisprudentielles sont, en général, conformes à cette analyse. La référence au règlement intérieur dans le contrat de travail ne contractualise pas celui-ci (4) ; la remise au salarié lors de l'échange des consentements d'un document concernant les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages décrits (5) ; la référence à la convention collective applicable ne contractualise pas les dispositions contenues dans celle-ci (6).

Ces solutions sont cependant nuancées en fonction des termes utilisés dans la clause insérée dans le contrat. Ainsi, les références à une norme préexistante peuvent-elles entraîner trois solutions différentes.

Lorsque la disposition insérée dans le contrat de travail ne fait que rappeler au salarié que telle disposition légale (relative par exemple à la sécurité) est applicable ou que le salarié doit respecter les dispositions du règlement intérieur dont un exemplaire lui est remis ou encore que telle convention collective de branche est applicable parce que l'activité principale de l'entreprise entre dans son champ d'application, ces mentions ne sont qu'informatives et n'entraînent pas de conséquences particulières. Les règles légales, conventionnelles ou du règlement intérieur s'appliqueraient de la même façon si ces mentions n'étaient pas insérées dans le contrat de travail.

Une autre solution résulte de la mention selon laquelle la relation de travail, créée par le contrat, sera régie par une convention collective désignée (par exemple la convention collective nationale des banques). Cette mention n'est pas neutre ; elle crée le droit pour le salarié d'invoquer les dispositions contenues dans cette convention même si celle-ci n'est pas la convention normalement applicable dans l'entreprise (7). L'application de la convention collective mentionnée dans le contrat est un élément contractuel de celui-ci.

Enfin la disposition insérée dans le contrat de travail peut avoir un effet encore plus complet. Elle ne

(3) En ce sens, A. Jeammaud, « Le contrat de travail une puissance moyenne », Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Dalloz 2004 p. 299 et s., spécialement p. 318 et 319.

(4) Soc. 10 mars 2004 Droit social 2004.838 note Marc Véricel, Dr. Ouv. 2004 p. 547 n. I. Meyrat.

(5) Soc. 11 janvier 2000 D. 2000.893 note G. Pignarre.

(6) Soc. 2 décembre 1998 RJS 1/99 n° 7.

(7) Si la convention collective désignée dans le contrat n'est pas celle qui est normalement applicable en raison de l'activité principale de l'entreprise, l'employeur est obligé d'appliquer deux conventions collectives de branche, celle qui est normalement applicable en raison de l'activité de l'entreprise et

celle qui est désignée dans le contrat ; le salarié bénéficiera de la disposition conventionnelle la plus favorable sur un objet donné.

Par ailleurs, la mention de la convention collective applicable à la relation de travail peut également produire un effet juridique alors même que cette mention désigne la convention normalement applicable au moment de la signature du contrat. En effet, si la direction de l'entreprise entend ultérieurement faire jouer une clause contractuelle de mobilité dans une autre société du groupe relevant d'une autre convention de branche, elle ne peut pas priver le salarié, en le changeant d'affectation, de la convention collective des banques qui est mentionnée dans son contrat (Soc. 2 décembre 1998 RJS 1/99 n° 7).

contractualise pas seulement l'application d'une convention collective ; elle contractualise telle ou telle clause d'une convention collective désignée. Lorsque le contrat prévoit, par exemple, que le salarié a droit à un treizième mois de salaire, dû normalement par application de la convention collective, la clause contractualise l'avantage conventionnel. Même si l'avantage conventionnel disparaît en raison d'une révision de la convention collective, le salarié pourra toujours exiger le paiement de ce treizième mois (8).

B. Les mentions relatives aux relations individuelles de travail

Le contrat de travail contient principalement des dispositions relatives à la relation individuelle de travail qui est créée par ce contrat. Les dispositions seront relatives à la rémunération, à la fonction du salarié, à la durée du contrat et à la durée du travail, au lieu de travail et éventuellement à une obligation de non-concurrence, à un essai, à une garantie d'emploi, à la mobilité géographique ou professionnelle du salarié. On peut éventuellement s'interroger sur la validité de telle ou telle clause mais chacune de ces clauses, quel que soit son objet, est une clause contractuelle et non pas une clause informative. En effet chacune de ces clauses ne fait pas que constater ce qui existe au moment de la naissance des obligations des cocontractants ; elle détermine le contenu des différentes obligations de chacune des parties et, à ce titre, constitue un élément du contrat. Dans cette hypothèse où un écrit a été établi et donne des précisions sur les modalités du contrat, il n'y a pas à faire de distinction entre les éléments contractuels par nature et les éléments contractualisés. Les uns comme les autres sont des éléments contractuels et ne peuvent pas être modifiés par la volonté unilatérale de l'une des parties.

Les juges font-ils toujours cette analyse ? Ils la font habituellement ; mais, à titre exceptionnel, ils l'écartent.

1. De façon générale, les juridictions jugent que les clauses du contrat déterminant le contenu des obligations sont des éléments du contrat. Elles vont même au delà puisqu'elles décident, à juste titre, que constituent un élément contractuel non seulement les obligations des cocontractants mais également les parties au contrat. En droit positif, sont reconnus comme éléments du contrat :

– *les parties signataires* : dans l'arrêt *Filali* rendu le 5 mai 2004, la Cour de cassation juge que, en dehors de l'application de l'article L. 122-12 al. 2, le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail, qui ne peut pas intervenir sans l'accord de celui-ci, peu important que les deux sociétés appartiennent au même groupe, aient à leur tête le même dirigeant et que la mutation n'ait aucune incidence sur la rémunération et les tâches du salarié (9). En revanche, la simple mise à disposition du salarié au profit d'une autre entreprise peut être imposée à celui-ci lorsque les salariés continuent de dépendre de leur cocontractant quant à leurs droits, leur rémunération, la gestion de leur carrière et de leur emploi (10).

– *les clauses relatives à la rémunération* : la rémunération prévue au contrat est un élément contractuel que l'employeur ne peut pas modifier unilatéralement ; la clause contractuelle autorisant l'employeur à modifier unilatéralement cette rémunération est frappée de nullité (11), sauf si la clause de variabilité prévoit une cause de variation objective et indépendante de la volonté de l'employeur (12).

– *les clauses relatives aux fonctions du salarié* : l'employeur ne peut pas imposer unilatéralement au salarié des tâches qui ne correspondent pas aux fonctions mentionnées dans le contrat (13).

2. Exceptionnellement, la Cour de cassation juge 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 » (14). En l'absence d'une telle clause, la Cour d'appel décide que le changement de localisation intervenu dans le même secteur géographique constituait un simple changement des conditions de travail et non une modification du contrat. La Cour de cassation adopte cette solution alors même que les juges du fond avaient relevé que la salariée avait rapporté la preuve que le lieu de travail avait été un élément déterminant de son contrat (15).

Bien que réitérée (16), cette solution est fort contestable. Ce n'est pas la répétition d'une erreur juridique qui peut créer le droit.

Cette solution jurisprudentielle est contestable car il n'existe aucune raison juridique pour réserver un sort spécial aux clauses du contrat qui concernent le lieu de

(8) Soc. 22 janvier 1992 Bull. Civ. V n° 24.

(9) Soc. 5 mai 2004 Droit social 2004 p. 793.

(10) Soc. 1^{er} avril 2003 RJS 6/03 n° 708.

(11) Soc. 16 juin 2004 RJS 10/04 n° 1000 ; Soc. 3 juillet 2001 RJS 10/01 n° 1112.

(12) Soc. 2 juillet 2002 Droit social 2002 p. 998. Sont également licites les clauses prévoyant une variabilité des rémunérations en fonction d'objectifs faisant l'objet d'un accord périodique entre les parties (Soc. 13 juillet 2004 Droit social 2004 p. 936 : à défaut d'accord entre les parties, c'est le juge qui fixe le

montant de la rémunération). NDLR : arrêts à paraître au Dr. Ouv. en annexe à l'étude de Tamar Katz "La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge".

(13) Soc. 8 octobre 2003 RJS 1/04 n° 4.

(14) Soc. 3 juin 2003, Suret c/Coop Atlantique RJS 8-9/03 n° 980.

(15) Soc. 3 juin 2003 SA Resoserv RJS 8-9/03 n° 980 seconde espèce, Dr. Ouv. 2003 p. 527 (deux esp.) n. F. Saramito et P. Moussy.

(16) Soc. 21 janvier 2004 RJS 3/04 n° 301, Dr. Ouv. 2004 p. 222 n. B. Lardy-Pélessier.

travail par rapport aux clauses qui concernent la rémunération ou les fonctions du salarié. Le lieu de travail est au même titre que la rémunération ou la fonction du salarié un élément du contrat. Par le contrat de travail, les parties s'engagent l'une à fournir une prestation personnelle de travail, l'autre une rémunération de cette prestation. La prestation personnelle se définit par plusieurs éléments : il faut savoir quelle est la nature de la prestation fournie (la fonction du salarié), la quantité de travail fourni (la durée du travail) et le lieu d'exécution du travail (telle usine, tel bureau, telle ville, tel département, telle région). Aucun de ces éléments n'est prioritaire par rapport à un autre. La solution adoptée par la Cour de cassation est d'autant plus surprenante que celle-ci admet par ailleurs que le lieu de travail est un élément du contrat ; mais ce lieu n'est pas le lieu mentionné par les parties dans le contrat, c'est « *le secteur géographique* » dont personne ne connaît la configuration. En d'autres termes, la Cour de cassation substitue à la volonté des parties, un consentement supposé sur un élément dont aucune des parties ne connaît le contenu. En suivant la même logique (?), la Cour de cassation devrait décider que la mention contractuelle relative aux fonctions du salarié n'est qu'une clause informative tant que la clause ne précise pas que l'ingénieur de fabrication exercera exclusivement des fonctions de production ; à défaut d'une telle précision, le salarié ne pourrait pas refuser d'exercer des fonctions d'ingénieur d'entretien ou d'ingénieur commercial.

Non seulement il n'existe aucune raison de réserver un sort particulier aux clauses relatives au lieu de travail mais la solution adoptée par la Cour de cassation viole, en outre, les règles légales concernant le contrat. L'article L. 121-1 du Code du travail prévoit que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* » et qu'il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter.

En droit commun, le contrat est, sauf disposition légale contraire, un contrat consensuel et non un contrat formel. Les parties peuvent exprimer leur volonté en utilisant les termes de leur choix ; elles ne sont point obligées d'utiliser des formules particulières, imposées par le juge. Si les parties choisissent comme lieu de travail la ville de Toulouse, leur décision a valeur obligatoire sans qu'il soit nécessaire de préciser que le salarié ne travaillera qu'à Toulouse. Et si les juges ont un doute sur la signification d'une clause du contrat, la loi leur impose des règles d'interprétation (articles 1156 et suivants du Code civil). Ils doivent rechercher quelle a été la commune intention des parties (article 1156). La Cour de cassation ignore cette règle lorsqu'elle casse la décision des juges du fond qui avaient interprété la clause mentionnant un lieu de travail comme une clause contractuelle fixant le lieu de travail au motif qu'il était établi que le choix de ce lieu avait été déterminant dans la décision du salarié.

La Cour de cassation prend également beaucoup de liberté avec les dispositions de l'article 1157 du Code civil selon lesquelles, si la clause est susceptible de plusieurs sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en produirait aucun. La mention du lieu de travail n'a d'effet que si l'on considère que les parties ont décidé que la prestation de travail serait fournie dans ce lieu. En décidant que la clause relative au lieu n'est qu'une clause informative, la Cour de cassation fait en sorte que cette clause ne produise aucun effet.

Le respect des dispositions légales impose de considérer que la mention du lieu de travail dans le contrat de travail est un élément contractuel. En retenant cette solution que la loi impose, on donnerait au critère de distinction entre les clauses contractuelles et les clauses informatives toute sa portée. Les praticiens disposeraient d'un critère clair et opérationnel qui supprimerait le flou jurisprudentiel dont ils sont actuellement les victimes.

■ II. A défaut de clauses précises, insérées dans un contrat écrit, ■ quels sont les éléments contractuels du contrat de travail ?

Le contrat ne comporte pas toujours toutes les mentions permettant de déterminer les obligations des cocontractants. Des cas de figure assez différents peuvent se rencontrer. Dans certains cas, le contrat est présenté par les parties comme un contrat de travail, mais les parties n'ont pas rédigé d'écrit ou l'employeur s'est contenté d'adresser au salarié une lettre d'engagement très sommaire. Dans d'autres situations, les parties ont signé un contrat écrit mais ont cherché à dissimuler le contrat de travail sous les apparences d'un autre contrat

tel qu'un contrat d'entreprise ou un contrat de location. Le juge devra, dans ces situations, découvrir quels sont les véritables éléments du contrat et préciser le contenu de chacun de ces éléments.

A. L'existence et la définition des éléments du contrat

La Cour de cassation affirme que « *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 » (17). Ce n'est ni la volonté exprimée ni le silence des parties qui permet de déterminer les éléments du contrat. Les juges analysent les conditions effectives de l'exercice de l'activité du travailleur (18) pour déterminer s'il y a ou s'il n'y a pas contrat de travail. Si celles-ci manifestent l'existence d'une prestation personnelle de travail, d'un lien de subordination entre l'auteur de celle-ci et son bénéficiaire et d'une rémunération, ils retiendront l'existence d'un contrat de travail.

Dans cette recherche des éléments du contrat, les juges font preuve d'une grande liberté. Alors même que les termes du contrat ne font apparaître ni lien de subordination ni prestation personnelle de travail au profit du cocontractant ni rémunération de la part de celui-ci, l'existence d'un contrat de travail sera affirmée si l'habileté de la construction contractuelle dissimule une fraude à la loi. Ainsi a-t-il été jugé qu'un contrat de location de voiture-taxi était un contrat de travail alors que le contrat mettait à la charge du propriétaire du véhicule l'obligation de mettre ce véhicule à la disposition du locataire et à la charge du locataire l'obligation de payer une redevance mensuelle ainsi que celle de maintenir cette voiture en état de propreté et de faire procéder mensuellement à une visite technique et d'entretien de celle-ci (19). Bien que le chauffeur du taxi n'ait pas reçu d'instructions du loueur quant à la clientèle à prendre en charge, quant au secteur de circulation, quant aux horaires, la Cour de cassation décide que le locataire était dans un état de subordination à l'égard du loueur et que l'existence d'un contrat de travail était dissimulée sous l'apparence d'un contrat de location.

B. La détermination du contenu des éléments du contrat de travail

Dès lors que le juge retient la qualification contrat de travail, ce contrat comporte nécessairement ce qu'il est convenu d'appeler les éléments contractuels par nature du contrat de travail à savoir les parties au contrat, un lien de subordination, une rémunération et une prestation personnelle de travail qui se compose elle-même de trois

éléments : nature du travail, durée du travail et lieu de travail.

Il appartient alors au juge de déterminer le contenu de chacun de ces éléments. Dans quelques cas particuliers, il sera lié par une disposition légale indiquant expressément le contenu qu'il convient de donner à un élément contractuel déterminé. Par exemple si un contrat de travail temporaire a été conclu en violation des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4, les parties au contrat ne sont plus l'entreprise de travail temporaire et le salarié, mais le salarié et l'entreprise utilisatrice. De même si, en violation de la loi, l'existence d'un contrat de travail à temps partiel n'a pas été constatée par écrit, le contrat est présumé avoir été conclu pour un travail à temps plein ; dans ce dernier cas, il ne s'agit que d'une présomption légale mais pour la renverser l'employeur doit établir la preuve de la durée exacte du travail qui a été convenue et la preuve d'un accord de volonté sur la répartition du travail sur la semaine ou sur le mois (20).

En dehors de ces cas particuliers, le juge déterminera librement le contenu des différents éléments du contrat à partir des faits qui peuvent permettre de dégager la volonté présumée des parties. Cette mission est délicate mais indispensable. Ce n'est qu'après la détermination par le juge du contenu de chaque élément contractuel qu'il sera possible de décider si l'employeur peut ou ne peut pas modifier unilatéralement telle modalité du travail ou de la rémunération.

A titre de conclusion, on soulignera que, en dehors des cas de fraude dans lesquels l'incertitude sur les éléments du contrat de travail est tout à fait acceptable puisqu'elle est partie intégrante de la sanction de la fraude, des efforts conjugués du juge et des parties contractantes devraient mettre fin au flou juridique actuel. Il appartient aux parties contractantes d'indiquer clairement dans un contrat écrit quelles sont leurs obligations respectives. Il appartient aux juges de respecter scrupuleusement la volonté des parties en appliquant un critère précis permettant de distinguer les clauses informatives des clauses contractuelles. Ce critère, nous l'avons vu, existe. Il suffit d'en faire un usage systématique

Jean Pélissier

(17) Soc. 19 décembre 2000 Dr. Ouv. 2001.241 note A. de Senga ; Droit social 2001.227 note A. Jeammaud.

(18) Soc. 17 décembre 2002 Droit social 2003.334 obs. J. Mouly : « la volonté des parties est impuissante à soustraire le salarié

au statut social qui découle nécessairement des conditions effectives d'exercice de son activité ».

(19) Soc. 19 décembre précité.

(20) V. par ex. Cass. Soc. 29 sept. 2004 ci-après p. 114.