

Contrat et individualisation dans la relation de travail

Christophe VIGNEAU, Maître de conférences à l'Université Panthéon Sorbonne, Institut des Sciences Sociales du Travail, Avocat au Barreau de Paris

PLAN

I. Le contrat, outil de l'individualisation dans la relation de travail

- A. Une puissance contractuelle préservée
- B. Une liberté de stipulation encadrée

II. Le contrat saisi par l'individualisation dans la relation de travail

- A. L'essor des droits individuels du salarié
- B. La considération du salarié-individu dans l'exercice des pouvoirs patronaux

1. Le droit du travail a longtemps été présenté comme une construction normative élaborée pour répondre et remédier au vice originel du mode contractuel d'établissement des rapports de travail. Le droit du travail serait construit en réaction à une logique contractuelle jugée inadaptée et dangereuse dans les relations entre employeurs et salariés. Le contrat, marqué par l'inégalité des parties, devrait voir sa place et sa portée réduite dans la définition et le régime du rapport de travail.

Il y aurait donc une défiance pour ne pas dire une hostilité à l'égard de la figure juridique du contrat, instrument d'exploitation fondé sur les dogmes de l'égalité des parties et de l'autonomie de la volonté. Tout le sens d'un siècle de législation aura été de limiter la part des volontés individuelles dans l'aménagement des relations de travail. Les sources légiférées et, dans une moindre mesure conventionnelles, seront ainsi privilégiées, aboutissant à une définition collective du régime du rapport de travail salarié.

Cette défiance à l'égard de l'autonomie des volontés individuelles ne conduira pas cependant à l'abandon du contrat comme technique de mise au travail, à tout le moins dans le secteur privé (1). Le législateur français n'a jamais renoncé à donner aux rapports de travail un cadre contractuel et réserve toujours aux parties un espace pour l'aménagement du rapport de travail. On sait que la réponse sera trouvée dans l'assujettissement du contrat aux normes du travail édictées par le législateur ou négociées par les représentants des salariés et des employeurs. Le contrat de travail devient, selon la formule de G. Scelle, un acte condition déclenchant l'application d'une réglementation légale et conventionnelle impérative.

2. La suspicion à l'égard du contrat et cette faveur pour la norme légiférée ou fruit des négociations collectives, a pu accréditer l'hypothèse d'un effacement de l'individu face au collectif dans le droit du travail. Or, depuis quelques années, le droit du travail connaîtrait un phénomène d'individualisation du rapport salarial (2). Son étude approfondie a permis à la fois de révéler la diversité des formes de cette individualisation mais aussi d'en mesurer l'ampleur, voire la réalité (3). Il a d'ailleurs été observé de manière concomitante à un renouveau du contrat de travail (4).

De l'ensemble de ces considérations une corrélation a pu être établie entre la réhabilitation de l'individu dans les relations de travail et le renforcement de la place du contrat. Réduire la part du contrat, voire même en faire un simple acte d'adhésion, reviendrait à s'opposer à tout processus

(1) G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », Arch. phil. droit, 1968, p. 59.

(2) A. Jeammaud, « La place du salarié individu dans le droit français du travail », in *Le droit collectif du travail. Questions fondamentales-évolutions récentes. Etudes en hommage à Mme le professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 349.

(3) P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, Paris, LGDJ, 2005 ; J.M. Béraud et A. Jeammaud (dir.), *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006.

(4) A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », Dr. soc. 1988, p. 541 ; P. H. Antonmattéi, « Les éléments du contrat de travail », Dr. soc. 1999, p. 330 ; Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383.

d'individualisation en privant les parties d'organiser le rapport de travail à leur convenance. A l'inverse, la promotion de l'individu passerait par une liberté contractuelle accrue et débarrassée des contraintes des règles définies en dehors des parties.

3. Or, le phénomène d'individualisation dans la relation de travail, s'il existe, n'a pas comme unique ressort le contrat de travail. Cela émerge du sens que l'on attribue à cette notion d'individualisation dans les relations de travail (5). L'individualisation s'entend du traitement particulier d'un salarié soit par la mise à l'écart des règles légales et conventionnelles, soit en le soumettant à des règles différentes de celles appliquées à ses homologues. En second lieu, l'individualisation dans la relation de travail est aussi évoquée pour rendre compte d'un accroissement des droits individuels conférés aux salariés par le droit objectif.

Aussi, l'hypothèse de l'individualisation dans la relation de travail doit-elle être référée et éprouvée par rapport au « dualisme structurel » (6) du contrat de travail, à la fois contrat et acte condition. Et si réhabilitation de l'individu il y a, celle-ci doit être analysée non seulement à l'aune de la puissance du contrat comme source de règles autonomes mais aussi comme cadre d'application de règles hétéronomes. Saisi par ce mouvement d'individualisation (II), le contrat de travail en est aussi l'outil (I).

I. Le contrat, outil de l'individualisation dans la relation de travail

4. Le contrat demeure le mode d'établissement du rapport salarial et un outil permettant aux parties d'aménager les conditions d'exécution de la prestation de travail. Instrument d'adaptation des règles collectives, le contrat de travail peut apparaître, d'évidence, comme le ressort principal de l'individualisation du rapport salarial. On se réfère ici au rôle normatif du contrat de travail, apte à aménager la relation juridique qu'il fait naître. La liberté des parties de soumettre leur relation de travail à des règles particulières demeure réelle. Le droit positif préserve la puissance contractuelle des volontés individuelles (A). Mais, et cela borne l'individualisation dans les relations de travail, cette liberté de stipulation reste strictement encadrée (B).

A. Une puissance contractuelle préservée

5. Le contrat de travail offre aux parties un espace réel de stipulation permettant de singulariser le rapport de travail. Par l'insertion de clauses particulières, les parties peuvent en effet s'écarter des normes du travail légiférées ou conventionnelles. Elles peuvent aussi soumettre leur rapport de travail à des règles différentes de celles applicables aux autres salariés de l'entreprise. L'espace ouvert à la stipulation contractuelle reste assez large en tous cas dans ses objets ce qui constitue d'ailleurs le signe pour certains observateurs du

renouveau du contrat de travail (7). Le droit français autorise l'aménagement de nombreux aspects des conditions d'exécution du contrat de travail : la rémunération, la qualification, la durée du travail, l'essai ou le lieu de travail. Le contrat demeure donc un instrument d'individualisation de la relation de travail par l'insertion de clauses particulières.

6. Pour autant, peut-on observer une extension du domaine de stipulation accordé aux parties étayant le constat d'un mouvement d'individualisation dans la relation de travail ? L'évolution récente du droit positif ne permet pas de conclure en ce sens (8). Plus sûrement, ce mouvement d'individualisation renvoie à un usage croissant et parfois systématique par les entreprises de ces clauses particulières (9). Un tel constat pourrait alimenter la thèse selon laquelle cet espace ouvert aux parties pour établir des conditions particulières de travail reste avant tout dans l'intérêt des employeurs par leur capacité à imposer des conditions particulières d'emploi aux salariés dans une négociation inégale. Loin de traduire une liberté de stipulation accrue des parties, l'individualisation dans la relation de travail résulte de politiques de gestion de la main d'œuvre entraînant un élargissement de la sphère de subordination (10).

Il convient d'ailleurs de se demander si la multiplication des clauses particulières dans les contrats de travail, le

(5) A. Jeammaud, « La place du salarié individu dans le droit français du travail », art. préc., p. 349.

(6) A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 301.

(7) Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », art. préc., p. 383.

(8) G. Couturier, « La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif », in *La négociation du contrat de travail*, dir. B. Teyssié, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 7.

(9) M. C. Escande-Varniol, « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, p. 478.

(10) A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 541.

plus souvent imposées par les entreprises et sans véritable liberté dans la négociation pour le salarié, exprime véritablement un phénomène de singularisation de la relation de travail (11). Tel est le cas notamment lorsqu'une entreprise insère de manière systématique des clauses particulières pour des raisons étrangères à toute politique de gestion individualisée de la main-d'œuvre (12). L'objectif n'est pas ici d'aménager la relation de travail aux spécificités d'une situation individuelle mais plutôt de contractualiser certains aspects du rapport de travail.

7. La protection accrue par le droit positif des conditions de travail et d'emploi particulières établies par les parties contribue également à la préservation de la dimension contractuelle du rapport de travail salarié. Là se loge sans nul doute le renouveau du contrat de travail. La jurisprudence de la Cour de cassation sur la modification du contrat exprime ce souci de protéger la loi des parties selon la règle posée par les alinéas premier et second de l'article 1134 du Code civil. On songe ici à l'abandon de la référence au caractère substantiel ou non substantiel de la modification du contrat (13), aux arrêts *Raquin* (14) sur les conditions d'acceptation de la modification ou *Hôtel Le Berry* sur la modification disciplinaire (15). Ces décisions restaurant la force du contrat donnent une portée et une importance accrues aux éléments de singularisation de la relation de travail. Les volontés individuelles demeurent donc une source de définition du régime du rapport salarial et permettent une singularisation de celui-ci. Protégée, cette liberté de stipulation est aussi encadrée.

B. Une liberté de stipulation encadrée

8. La liberté des parties au contrat de travail ne se déploie que dans des limites assez étroites fixées par un ensemble de règles d'origine légale, conventionnelle et prétorienne. La limitation résulte d'abord de l'organisation des sources du rapport de travail qui le soumet à un corpus de règles légales et conventionnelles impératives. En cela, le contrat de travail ne constitue que sous d'étroites conditions une convention permettant la renonciation à des droits légaux ou conventionnels (16).

D'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil, la législation du travail s'impose aux parties qui ne sauraient l'écartier par le biais de stipulations contractuelles. Pour certains aspects, le caractère d'ordre public de la législation du travail revêt une portée absolue. Ainsi, l'article L.1231-4 du Code du travail prohibe-t-il toute renonciation aux règles en matière de rupture du contrat à durée indéterminée. On sait cependant que pour la majorité des normes légales du travail, leur caractère d'ordre public prend une configuration spécifique puisqu'elle admet la dérogation dès lors que celle-ci est favorable au salarié (17). L'articulation de la loi et du contrat de travail reste gouvernée en droit positif par une règle de faveur. Cette règle de faveur encadre et oriente la faculté ouverte aux parties de singulariser par la voie contractuelle leur rapport de travail. Si le principe de faveur a fait l'objet d'une remise en cause par la loi du 4 mai 2004 dans les rapports interconventionnels (18), il continue à régir les rapports entre le statut collectif résultant des normes légales et conventionnelles et le contrat individuel de travail.

L'évolution du droit du travail ne fait pas apparaître une habilitation accrue des parties au contrat de travail pour écartier le bénéfice de dispositions légales et conventionnelles dès lors qu'il n'en résulte pas une amélioration de la situation du salarié. On trouvera cependant un exemple d'ouverture à la dérogation *in peius* dans l'article L. 3121-45 du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 et qui permet à un salarié de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire (19). La renonciation lors de la conclusion du contrat ou de son exécution à un droit que le salarié tient de la loi ou d'une convention collective demeure toutefois en droit français du travail proscrite de manière générale, sauf disposition spéciale contraire.

9. L'encadrement des phénomènes d'individualisation résulte ensuite de l'ampleur et de la teneur des normes matérielles régissant le rapport de travail, qu'elles résultent de l'activité législative, conventionnelle ou judiciaire. La densité du maillage normatif réduit en effet d'autant la liberté contractuelle des parties au contrat de

(11) S. Frossard, « Les incertitudes relatives au contrat », in *Le singulier en droit du travail*, op. cit., p. 33.

(12) On songe ici notamment à la reproduction de contrats types édités par les revues spécialisées ou élaborés par les conseils juridiques des entreprises.

(13) Soc. 10 juil. 1996, Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. Blaise ; JCP, 1997, éd. G., II, 22768, note Y. Saint-Jours ; Dr. Ouv. 1996, p. 457, note P. Moussy.

(14) Soc. 8 oct. 1987, Dr. soc. 1988, p. 141, note J. Savatier, D., 1988, p. 57, note Y. Saint-Jours, Dr. Ouv. 1988 p. 259, note P. Tillie.

(15) Soc., 16 juin 1998, Dr. soc., 1998, p. 803, rapp. Ph. Waquet ; Dr. soc. 1999, p. 3, chron. Ch. Radé ; D., 1999, p. 359, chron., J. Mouly.

(16) A. Jeammaud, « La renonciation du salarié », Dr. Ouv. 1997, p. 535.

(17) Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, op. cit., p. 243 ; A. Jeammaud, « Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente », Dr. soc. 1999, p. 115.

(18) M. A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. soc. 2004, p. 579.

(19) Cf. M. Grévy « Où en est le temps de travail ? », ci-après p. 192.

travail. Le degré de réglementation d'une matière dicte donc le champ laissé à la singularisation contractuelle. Or, l'évolution du droit du travail ne fait pas apparaître un desserrement des contraintes normatives pesant sur les parties au contrat. L'individualisation dans la relation de travail doit en effet se réaliser dans un cadre législatif et conventionnel serré. A cet égard, il importe de souligner l'œuvre prétorienne d'encadrement des clauses contractuelles et donc de la liberté des parties de singulariser leur relation de travail. La Cour de cassation a en effet élaboré depuis plusieurs années un régime des clauses du contrat de travail en posant les conditions de leur validité ou en se prononçant sur leurs effets. On songe ici notamment à la jurisprudence en matière de clause de non-concurrence (20), de clause de mobilité (21), de clause d'objectifs (22), de clause de garantie d'emploi (23) ou de clause de dédit formation (24).

Le caractère licite des clauses dépend d'ailleurs de la réalité de la singularisation dans la relation de travail qu'elles traduisent. L'un des éléments d'appréciation de la licéité de l'aménagement contractuel est en effet lié aux spécificités de l'emploi du salarié. Tel est le cas de la clause de non-concurrence dont le champ et la durée d'application doivent être en rapport avec la profession du salarié (25). Cette analyse vaut d'ailleurs pour l'ensemble des clauses dont la licéité est examinée au crible de l'article L. 1121-1 du Code du travail (26). L'appréciation de la licéité des restrictions contractuelles aux libertés fondamentales des salariés exige en effet un examen de proportionnalité et de finalité. Cela interdit

toute clause dont la généralité de l'énoncé la détacherait de son contexte (fonction et qualification du salarié, activité et intérêt de l'entreprise). Ainsi, la clause doit-elle exprimer une forme d'individualisation au risque de ne pas remplir les conditions posées par l'article L. 1121-1 du Code du travail. L'exigence d'objectivité qui traverse l'ensemble de la jurisprudence sur les clauses de variation de la rémunération possède la même portée (27). Or, ces paramètres objectifs doivent être rattachés pour partie à la situation individuelle du salarié et ainsi ne pas laisser place à l'arbitraire de l'employeur. La contractualisation est donc subordonnée dans de nombreuses situations à une véritable individualisation du rapport d'emploi.

10. Enfin, certaines règles légales de portée générale interdisent ou limitent l'individualisation. On songe ici en particulier à l'interdiction des discriminations et aux règles d'égalité de traitement (28). Le Code du travail prohibe en effet les différences de traitement fondées sur certains critères définis pour la plupart à l'article L. 1132-1 du Code du travail. L'individualisation ne doit pas conduire à méconnaître cette interdiction des discriminations. Octroyer à certains salariés par la voie contractuelle des avantages et en priver d'autres devient illicite si cela recouvre une pratique discriminatoire. L'interdiction des discriminations borne ainsi la liberté contractuelle des parties par la mise à l'écart d'éléments individuels comme critère d'une différence de traitement.

Les règles d'égalité de traitement conduisent aussi à restreindre les stipulations contractuelles ou les pratiques

(20) La clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte le versement par l'employeur d'une contrepartie financière, Soc., 10 juil. 2002, *D.*, 2002, p. 2491, note Y. Serra, *Dr. Ouv.* 2002, p. 533, note D. Taté ; Soc. 15 nov. 2006, *RDT* 2007, p. 95, obs. J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2007, p. 241, obs. J. Mouly.

(21) La licéité de la clause de mobilité est subordonnée à la définition de son périmètre, Soc. 7 juin 2006, *RDT* 2006, p. 313, obs. J. Pélissier ; *D.*, 2006, p. 3041, obs. M. C. Escande-Varniol ; *Dr. soc.* 2006, p. 926, obs. F. Favénnec-Héry ; *Dr. Ouv.* 2006, p. 529.

(22) La Cour de cassation décide que la non-réalisation des objectifs fixés par le contrat ne constitue pas, en soi, une cause réelle et sérieuse de licenciement. Les objectifs doivent être en outre réalistes et réalisables, Soc. 14 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 99, obs. Ph. Waquet ; Soc. 2 déc. 2003, *RJS* 2004, n° 184.

(23) La Cour de cassation précise au fil de sa jurisprudence le régime de ces clauses de garantie d'emploi. Après avoir jugé que la violation de la clause ne privait pas le licenciement de cause réelle et sérieuse (Soc. 21 déc. 2006, *RDT* 2007, p. 172, obs. Ph. Waquet) et que le juge ne pouvait en réduire le montant de l'indemnité (Soc. 23 oct. 2007, *RDT* 2007, p. 719, obs. G. Auzero), la Cour de cassation décide qu'elle ne saurait faire obstacle à la mise en œuvre de l'ordre des licenciements (Soc. 29 janv. 2008, *Dr. soc.* 2008, p. 501, obs. A. Mazeaud).

(24) La clause n'est licite que si elle figure dans une convention particulière conclue avant le début de la formation et précise le coût réel de la formation (Soc. 4 fév. 2004, *Bull. civ.*, V, n° 40 ; Soc. 16 mai 2007, *RDT* 2007, p. 450, obs. G. Auzero). De surcroît, elle doit constituer la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective ; le montant de l'indemnité de dédit doit être proportionné aux frais de formation engagés et la clause ne doit pas avoir pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner (Soc. 21 mai 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 902, obs. Savatier).

(25) La Cour de cassation indique que la clause « tient compte des spécificités de l'emploi du salarié ». Se référant à cette exigence, elle juge illicite des clauses de non-concurrence imposées à des salariés dont la qualification n'est pas de nature à générer une concurrence réelle à l'entreprise (Soc. 14 mai 1992, *Bull.*, n° 309 ; Soc. 11 juil. 2001, n° 99-42915).

(26) On songe par exemple à la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux clauses de mobilité imposant une obligation de résidence (Soc. 12 janv. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs. J.E. Ray, *Dr. Ouv.* 1999, p. 254, note P. Moussy ; Soc. 13 avr. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 809, obs. J. Savatier ; Soc. 15 mai 2007, *RDT* p. 449, obs. V. Bonnin).

(27) Soc. 2 juil. 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 998, obs. Ch. Radé, *Dr. Ouv.* 2005, p. 157, note T. Katz.

(28) Sur cette question, J. M. Béraud, « La singularisation face aux exigences de non-discrimination et d'égalité », in *Le singulier en droit du travail*, op. cit., p. 79.

entraînant une singularisation de la relation de travail (29). Parmi ces règles d'égalité, évoquons en particulier le principe « à travail égal salaire égal » dégagé par la Cour de cassation dans son fameux arrêt *Ponsolle* du 29 octobre 1996 (30) et faisant précisément réaction à une pratique croissante d'individualisation des rémunérations (31). On sait toutefois que, comme toute règle d'égalité, ce principe n'empêche pas l'individualisation de la rémunération. Il implique

simplement que le traitement particulier soit fondé sur des motifs « *objectifs et matériellement vérifiables* » selon l'expression de la Cour de cassation (32).

Mais le phénomène d'individualisation ne tient pas uniquement au pouvoir réservé aux parties au contrat de travail d'aménager leur relation de travail. Il résulte aussi de normes extérieures au contrat et qui contribuent à ce phénomène d'individualisation.

II. Le contrat saisi par l'individualisation dans la relation de travail

11. L'individualisation dans la relation de travail n'a pas comme unique ressort le contrat de travail. Elle résulte aussi d'une considération accrue de l'individu-salarié par le droit objectif qui se manifeste d'abord par un essor des droits conférés à titre individuel au salarié et qu'il pourra opposer à son employeur au cours de l'exécution du contrat de travail (A). La réhabilitation du salarié-individu se manifeste ensuite par une obligation croissante faite à l'employeur de tenir compte de la situation individuelle du salarié dans l'exercice de ses pouvoirs (B).

A. L'essor des droits individuels du salarié

12. On pourrait certes douter de la nouveauté d'un tel phénomène si l'on considère qu'en droit du travail, comme dans les autres branches du droit privé, le droit objectif octroie des droits subjectifs aux individus. De nombreuses normes du travail se traduisent ainsi par des droits propres conférés aux salariés (congés, pauses, rémunération). L'essor des droits individuels des salariés a toutefois été repéré à travers l'émergence des droits fondamentaux et des libertés individuelles ainsi que dans certains domaines du droit légiféré.

13. La pression croissante des droits fondamentaux sur les rapports de travail salarié n'est plus à démontrer (33). Elle constitue l'un des mouvements les plus saillants de notre droit du travail de ce début du XXI^e siècle. Au-delà du sens que l'on peut donner à ce mouvement (34), les droits fondamentaux de sources diverses, nationales comme internationales, irriguent et nourrissent les

rapports de travail salarié. Il ne s'agit pas ici de faire l'inventaire des droits fondamentaux ayant reçu application dans les rapports de travail salarié mais de souligner leur contribution à l'hypothèse d'une individualisation dans les relations de travail. Tout d'abord, ils peuvent être rapportés à certains droits individuels consacrés par le droit légiféré (35). Le lien entre le droit aux congés et le droit à la santé par exemple. Mobilisés dans les argumentations des parties dans le cadre de litiges et par les juges pour fonder leurs décisions, les droits fondamentaux conduisent ensuite à recentrer le rapport de travail sur l'individu, ou peut-être plus encore sur sa personne. Il s'agit de prérogatives rattachées à l'individu et non à la condition de salarié. En cela, ces prérogatives juridiques emportent une individualisation dans la relation de travail en faisant de l'individu salarié le titulaire de droits propres opposables à l'employeur.

14. Le second phénomène tient à un accroissement des droits à caractère individuel conférés aux salariés dans le droit légiféré. Le développement de droits individuels a été observé dans de nombreux domaines (36) et en particulier dans le droit de la formation professionnelle (37). On pense ici à la consécration du droit individuel à la formation par l'accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003 repris par la loi du 4 mai 2004 (38). La logique d'individualisation se manifeste par l'octroi de ce droit à tout salarié indépendamment du plan de formation de l'entreprise sous réserve de justifier d'une certaine période d'ancienneté et de l'accord de l'employeur. Reste que ce

(29) A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 694 ; Ch. Radé, « Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail », *Dr. soc.* 2008, p. 981.

(30) Soc. 29 oct. 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1017, note A. Lyon-Caen ; *Dr. Ouv.* 1997, p. 149 n. P. Moussy.

(31) Ph. Waquet, « Retour sur l'arrêt *Ponsolle* », *RDT* 2008, p. 22.

(32) Soc. 21 juin 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 1047, obs. Ch. Radé ; *Soc.* 1^{er} déc. 2005, *Bull. civ.*, V, n° 346. Sur cette question, A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal - Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

(33) A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2005 ; A. Lyon-

Caen, I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges J.M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421.

(34) I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Dr. Ouv.* 2002, p. 343.

(35) A. Lyon-Caen, I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », *art. préc.*, p. 432.

(36) P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, *op. cit.*, p. 94.

(37) N. Maggi-Germain, « La formation professionnelle continue entre individualisation et personnalisation des droits des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 482.

(38) F. Favennec-Héry, « Le droit individuel à la formation », *Dr. soc.* 2004, p. 866.

droit nouveau peut être analysé comme le développement d'une politique législative plus ancienne et initiée par l'ANI de 1970 et la loi de 1971 sur la formation professionnelle où la logique d'individualisation était déjà à l'œuvre. Il suffit à cet égard de mentionner le droit à un congé individuel de formation et la valorisation des acquis de l'expérience. La nouveauté du dispositif introduit par la loi du 4 mai 2004 tient plus sûrement au caractère en partie et sous conditions transférable du « droit individuel à la formation » (art. L. 6323-17 du Code du travail). Cette portabilité, qui prend d'ailleurs plutôt la forme d'une liquidation du droit en cas de rupture du contrat, focalise néanmoins un peu plus les dispositifs de formation professionnelle sur l'individu en les dissociant du cadre de l'entreprise. Elle marque une nouvelle étape dans le mouvement d'individualisation (39).

Ici, il importe de souligner que l'octroi d'un droit individuel ne saurait entraîner une responsabilisation du salarié en matière de formation de la part de l'employeur. Cette logique d'individualisation exprime au contraire la volonté du législateur de conférer au salarié une prérogative dont la mobilisation devrait être discrétionnaire. On ne saurait donc lui reprocher de ne pas user de son droit individuel à la formation (40). Aucune confusion ne saurait être faite avec le refus d'un salarié de suivre une formation organisée par l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise et mettant en œuvre son obligation d'adaptation des salariés à leurs postes de travail (article L. 6321-1 du Code du travail) (41). Cette solution permet aussi de distinguer « le droit individuel à la formation » du droit individuel pour les salariés à l'évolution de leurs compétences que l'on peut tirer de l'article L. 6321-1 al. 2 (42). Depuis la loi du 4 mai 2004, le Code du travail impose en effet à l'employeur de veiller au maintien de la capacité des salariés d'occuper un emploi. Plus que de droits individuels il s'agit ici d'obligations pesant sur l'employeur et dont la méconnaissance ouvre droit pour le salarié à réparation (43). La disposition du Code du travail selon laquelle le refus du salarié de participer à certaines actions de formation de développement des compétences ne saurait constituer ni une faute, ni un motif de licenciement (art. L. 6321-7 du Code du travail) démontre

aussi la différence avec le DIF pour lequel l'octroi d'un droit rend la précision inutile.

15. La prévention des risques professionnels constitue un autre domaine dans lequel un processus d'individualisation serait à l'œuvre. Il a été en particulier cité l'introduction par l'une des lois *Auroux* dans le Code du travail d'un droit de retrait au profit du salarié (art. L. 4131-1 du Code du travail). Cette disposition confère en effet au salarié le droit de se retirer d'une situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé. Alors que l'hygiène et la sécurité sont l'affaire exclusive de l'employeur et du CHSCT, on a néanmoins donné au salarié un droit afin qu'il puisse préserver sa santé au travail. A travers le droit de retrait, le salarié dispose d'une prérogative individuelle lui conférant un pouvoir d'initiative en matière d'hygiène et de sécurité. Le Code du travail précise que l'exercice du droit de retrait ne peut conduire au prononcé d'une sanction disciplinaire ou d'une retenue sur salaire (art. L. 4131-3 du Code du travail) (44).

B. La considération du salarié-individu dans l'exercice des pouvoirs patronaux

16. Une nouvelle manifestation de l'individualisation dans la relation de travail tient à l'affirmation du salarié-individu face aux pouvoirs de l'employeur. Ce mouvement, très largement fondé sur les libertés individuelles et les droits de la personne, conduit à apprécier la licéité de la décision patronale au regard de l'individu qui en est l'objet.

Dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de direction et disciplinaire, l'employeur prend des décisions à caractère individuel (mutation, assignation d'objectifs, promotion, sanction (45)). Cette forme de singularisation du rapport de travail renvoie à la question de l'évaluation des salariés par l'employeur (46). Divers dispositifs légaux (règles de non-discrimination et d'égalité de traitement en particulier) encadrent ce pouvoir d'évaluer les salariés et de traiter les salariés de façon singulière (47). L'extension du domaine de la règle d'égalité de traitement ne peut au demeurant que resserrer le

(39) Les accords nationaux interprofessionnels du 11 janvier 2008 (art. 14) et celui du 7 janvier 2009 (art. 12) donnent une plus grande consistance à cette transférabilité en permettant d'utiliser le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF après la rupture du contrat, durant la période de chômage, voire pendant les deux premières années d'une nouvelle embauche.

(40) N. Moizard, « Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2008, p. 699.

(41) Soc. 7 avr. 2004, n° 02-40496 ; Soc. 5 déc. 2007, n° 06-42905.

(42) E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2008, p. 405.

(43) Soc. 23 oct. 2007, RDT 2008, p. 33, obs. A. Fabre ; *Dr. Ouv.* 2008, p. 296, obs. B. Lardy-Pélessier ; *Dr. soc.* 2008, p. 126, obs. J. Savatier.

(44) Le licenciement sanctionnant un exercice régulier du droit de retrait est nul (Soc. 28 janv. 2009, n° 07-44556).

(45) La Cour de cassation admet le prononcé de sanctions différentes pour le même fait fautif, Soc. 15 mai 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 619, rapp. Ph. Waquet et concl. P. Franck.

(46) M. C. Escande-Varniol, « L'évaluation du salarié », in *Le singulier en droit du travail*, op. cit., p. 95 ; P.Y. Verkindt, « L'évaluation des salariés sous le regard du juge », *Dr. soc.* 2009, p. 50.

(47) Sur la question de l'application du principe « A travail égal, salaire égal » comme obstacle aux pratiques d'individualisation en matière de rémunération résultant de l'exercice du pouvoir de direction, v. Ch. Radé, « De l'effectivité du principe "à travail égal, salaire égal" », *Dr. soc.* 2008, p. 530.

contrôle sur les mesures individuelles décidées par l'employeur (48).

L'étude de l'encadrement des pouvoirs de l'employeur montre que le salarié-individu devient un élément à l'aune duquel s'apprécie la licéité de la décision patronale. Cette affirmation du salarié-individu face aux pouvoirs de l'employeur prend deux formes. Le droit interdit parfois à l'employeur de retenir certains éléments de l'individu-salarié pour fonder sa décision. C'est le sens des règles de non-discrimination qui circonscrivent non seulement la liberté contractuelle mais aussi les pouvoirs de l'employeur. Exiger de même que l'exercice du pouvoir de direction et disciplinaire soit dicté par l'intérêt de l'entreprise traduit une volonté d'éviter toute décision patronale dictée seulement par des considérations liées à la personne du salarié.

Dans d'autres cas, l'employeur devra à l'inverse prendre en considération la situation du salarié-individu dans l'exercice de son pouvoir de direction. Des éléments extraprofessionnels de la vie du salarié devront ainsi être pris en compte par l'employeur. Le Code du travail prévoit déjà que l'ordre des départs en congé est fixé par l'employeur compte tenu notamment de la situation de famille du salarié (art. L.3141-14). La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de mise en œuvre des clauses de mobilité illustre ces nouvelles exigences mises à la charge des employeurs. Sur le fondement de la bonne foi contractuelle (49) ou de l'abus de droit (50), la Cour de cassation avait déjà

sanctionné des mises en œuvre de clauses de mobilité de nature à mettre le salarié en difficulté au regard de sa situation personnelle et familiale. On songe ici en particulier à un arrêt du 6 février 2001 (51) dans lequel la Cour de cassation juge illicite la mise en œuvre d'une clause de mobilité mettant une salariée dans l'impossibilité de s'occuper de son enfant handicapé. Une étape supplémentaire a été franchie par la Cour de cassation le 14 octobre 2008 (52) dans l'un des arrêts rendus sur les clauses de mobilité (53) en sanctionnant la mise en œuvre de cette clause sur le fondement de l'article L.1121-1 et le droit à une vie personnelle et familiale. Elle casse un arrêt de Cour d'appel pour ne pas avoir recherché si « la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché » (54). Le juge doit ainsi apprécier la licéité de la mise en œuvre de la clause non seulement au regard des intérêts de l'entreprise mais aussi de la vie personnelle et familiale du salarié. Il en résulte que l'employeur, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient du contrat de travail, doit prendre en compte la situation du salarié individu. Cette reconnaissance de l'individu-salarié demeure sans nul doute l'aspect le plus novateur du phénomène d'individualisation dont il est difficile d'ailleurs aujourd'hui d'en prédire les futurs développements.

Christophe Vigneau

(48) Soc. 19 juin 2007, Dr. soc. 2007, p. 1045, obs. Ch. Radé ; Dr. Ouv. 2007, p. 556, chron. I. Meyrat.

(49) Soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734, obs. B. Gauriau ; Soc. 6 fév. 2001, préc.

(50) Soc. 10 janv. 2001, Dr. soc. 2001, p. 553, obs. J. Savatier.

(51) Soc., 6 fév. 2001, RJS 4/01, n° 412. Dans le même sens, Soc. 20 fév. 2007, n° 05-43628 ; Soc. 14 oct. 2008, n° 07-43071.

(52) N° 07-40. 523, Dr. Ouv. 2009 p. 16.

(53) Sur ces arrêts, F. Canut, « Tir groupé autour de la clause de mobilité », Dr. Ouv. 2009, p. 7.

(54) Dans le même sens, Soc. 13 janv. 2009, n° 06-45. 562.

Appel à la mobilisation contre les cancers professionnels

A l'occasion de la publication de son numéro de janvier 2009, dont le dossier est consacré aux cancers professionnels, le magazine *Santé & Travail* lance un appel à la mobilisation générale contre ce fléau (le texte est reproduit dans *Le Peuple* n° 1680 du 4 mars 2009 et la CGT appelle à participer).

Ce texte a été rédigé à partir des contributions de spécialistes du sujet. Il est signable en ligne sur le site www.sante-et-travail.fr.

Il sera adressé au nouveau Conseil d'orientation sur les conditions de travail (Coct), lequel rassemble les pouvoirs publics et l'ensemble des acteurs de la prévention des risques professionnels (sur ce Conseil, v. décret 2008-1217 du 25 nov. 2008, RDT 2009 p. 111 n. M. Véricel).