

Le forçage du consentement du salarié *

par Muriel FABRE-MAGNAN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)

PLAN

I. Le forçage de fait : le consentement à des dispositions défavorables

II. Le forçage en droit : le consentement en blanc

La question des relations entre le droit civil et le droit du travail est classique et a donné lieu à de nombreux articles (1). Le débat reste toujours ouvert de savoir laquelle des deux matières est la plus favorable au salarié. La question ne peut sans doute pas être tranchée dans l'absolu et de façon définitive : les deux disciplines sont en réalité des terrains sur lesquels des batailles peuvent être menées dans un sens ou dans un autre.

Le droit du travail a fait une place de plus en plus grande à la figure du contrat (2). Qui dit "contractuel" ne dit cependant pas nécessairement "juste" (3), et encore moins "protection du salarié". Comme le disait Lacordaire, « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit » (4). Le droit commun des contrats peut cependant fournir quelques armes pour défendre le salarié. On le voit notamment en matière de consentement du salarié, qui est un bon exemple de cette ambivalence du droit civil.

Avant même les juristes, les philosophes ont relevé que le consentement est aujourd'hui devenu le principal critère de légitimité des actions (5). Le consentement peut presque tout faire. Il est, dès lors, le sésame qu'il faut impérativement prononcer. Logiquement, l'étape suivante est qu'il faut pouvoir s'en emparer et le manipuler.

La difficulté, cependant, est que les salariés sont des êtres humains, et le problème avec les êtres humains, c'est qu'ils parlent et, surtout, qu'ils peuvent dire "non". L'objectif est alors de les contraindre à acquiescer, avec tout de même cette facilité que c'est toujours le faible qui doit consentir.

Le droit du travail, comme du reste le droit commun des contrats, donne ainsi à voir aujourd'hui quelques figures contestables où, alors même que la liberté contractuelle est affirmée avec force, on voudrait obliger son titulaire à l'exercer dans le sens qui nous convient (6).

* Cet article a été rédigé à partir d'une conférence prononcée le vendredi 23 mars 2012 au Collège des Bernardins dans le cadre d'une journée en hommage au Professeur Gérard Couturier organisée par l'Association Française de Droit du Travail.

(1) Parmi une littérature abondante, v. les classiques G. H. Camerlynck, « L'autonomie du droit du travail », D. 1956, chron., p. 23 ; G. Lyon-Caen, « Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », RTD civ. 1974, p. 229 ; G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur sur quelques idées reçues », D. 1975, chron., p. 151 et s. et p. 221 et s. Adde la thèse de F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, Fondation Varenne, 2009, et notamment ses passages sur le particularisme du droit du travail ou encore sur le conflit des logiques.

(2) V. not. *La contractualisation du droit social*, dir. Ph. Auvergnon, Comptresac, 2003 ; E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Études J. Pélissier*,

Dalloz, 2004, p. 203 ; Ch. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 802 ; J.-E. Ray, « Du tout-État au tout-contrat », *Dr. soc.* 2000, p. 574 ; A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, dir. A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 47.

(3) Contrairement à la célèbre formule de Fouillée, sur laquelle v. not. J.-F. Spitz, « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007, p. 281.

(4) 52^e conférence de Notre-Dame du 16 avril 1848.

(5) V. not. M. Marzano, *Je consens, donc je suis...*, PUF, 2006 ; G. Fraisse, *Du consentement*, Seuil, coll. "non conforme", 2007.

(6) Par exemple en matière de promesse unilatérale de vente. V. notre article « L'engagement du promettant : engagement au contrat préparatoire », in *Jurisprudence et doctrine : quelle efficacité pour les avant-contrats ?*, *Revue des contrats* 2012/2.

Plus précisément, on voudrait faire admettre qu'un contractant puisse être obligé de consentir ou même qu'il puisse renoncer à émettre son consentement. Il peut, certes, parfois, y avoir un « forçage du contrat », pour reprendre l'expression classique de Josserand (7), pour introduire dans le contrat des obligations accessoires ayant un lien "naturel" avec les obligations expressément stipulées par les parties (par exemple, des obligations d'information ou des obligations de sécurité). On ne doit cependant pas aller plus loin et admettre un forçage direct du consentement, qui constitue une contradiction dans les termes mêmes et une atteinte inadmissible à la liberté contractuelle. Le but de ces montages est en effet, d'une façon ou d'une autre, de se dispenser du consentement réel du contractant.

Ce forçage du consentement a connu deux temps. D'un forçage *de fait*, consistant à contraindre en fait les salariés à consentir à des dispositions qui leur sont défavorables, on est passé aujourd'hui progressivement à forçage *en droit* qui, allant plus loin, entend juridiquement les obliger à consentir.

Le droit civil, utilisé pour prêter main forte à cette parodie de consentement, peut aussi être mobilisé pour, au contraire, résister à ce mouvement de fond.

I. Le forçage de fait : le consentement à des dispositions défavorables

Dans les domaines où l'inégalité des parties était flagrante, singulièrement en droit du travail, le consentement avait toujours été considéré avec circonspection. Il était ainsi admis, dans cette matière, que le consentement du salarié ne pouvait pas tout (que serait un droit du travail où le salarié pourrait renoncer à toutes les protections légalement prévues ?) et aussi qu'un consentement exprimé en état de dépendance et d'infériorité devait être pris avec moult précautions (8).

Toutes ces leçons semblent cependant oubliées, à moins que ce soit ceux qui y ont intérêt qui feignent de les oublier et ont suffisamment de pouvoir pour imposer ce nouvel angélisme, puisqu'ils ont aussi, souvent, le pouvoir des mots.

Le consentement peut désormais, en droit du travail aussi, faire (défaire) de plus en plus de choses. En particulier, le consentement du salarié est utilisé pour lui faire *renoncer explicitement à certaines règles protectrices*. Avec l'assentiment des salariés, et

prétendument au nom de leur liberté, on leur fait renoncer à toutes leurs protections et, petit bout par petit bout, c'est tout le droit du travail que l'on détricote ainsi.

1) La législation française récente en la matière constitue à cet égard un véritable festival. Et le droit commun des contrats est convoqué pour se prêter à cette mascarade de consentement. Face à ce qui constitue un véritable raz-de-marée, on ne peut donner que quelques exemples.

Ne serait-ce que sur le temps de travail, les exemples abondent où le salarié peut renoncer aux règles sur sa limitation (9). La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail fait encore progresser cette "liberté" des salariés en élargissant les possibilités de conclusion des conventions de forfait (10). Le sésame est toujours le même : il suffit de conclure une « convention individuelle de forfait », qui « requiert l'accord du salarié » (11). Comme le note

(7) Josserand, « Le forçage du contrat », in *Études Gény*, t. 2, Sirey, 1934, p. 340 et s. On parle de forçage du contrat lorsque le juge introduit de force, dans le contrat, des obligations que les parties n'avaient pas explicitement stipulées, et ce sur le fondement de l'article 1135 du Code civil selon lequel « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

(8) V. G. Couturier, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.* 2008, p. 926 : « Dans le droit du travail contemporain, on observe qu'une place importante est faite à l'instrument contractuel, mais sans que cela implique aucune confiance dans ce qui a été convenu entre les parties (en particulier dans ce qui a été accepté par le salarié) ». Adde H. Camana, *La conception du contrat. De la jurisprudence contemporaine relative au contrat de travail*, thèse Paris I sous la dir. de G. Couturier, 2007, qui montre, dans sa première partie, la nécessité de « restrictions à la liberté des parties au stade de la formation du contrat de travail », car « on ne peut se fier à la volonté du salarié prêt à tout consentir ».

(9) V. not. l'article 18, 1. b) i) de la directive temps de travail n° 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui prévoit

qu'un État membre a la faculté de ne pas appliquer l'article 6 (qui pose la durée maximale hebdomadaire de travail) et même de demander à un travailleur de travailler plus de 48 heures au cours d'une période de 7 jours, à la condition « qu'il ait obtenu l'accord du travailleur pour effectuer un tel travail ». De même, l'article 95 de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a élargi la possibilité de recourir à des conventions de forfait en jours aux salariés non cadres à condition « qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit » (art. L. 3121-51 C. trav.).

(10) V. art. 19 de la loi, art. L. 3121-38 à L. 3121-48 du Code du travail.

(11) Art. L. 3121-40 du Code du travail. Tous les mots sont soulignés par nous. La Haute juridiction française semble cependant, dans sa jurisprudence récente, montrer sa volonté d'être plus exigeante. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 29 juin 2011 (pourvoi n° 09-71107, *Dr. Ouv.* 2011 p. 723, n. E. Richard), que « toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ».

pertinemment un auteur, « *il y a une certaine illusion à croire que le travailleur puisse, en pratique, refuser* » (12).

On peut citer également la loi n° 2009-974 du 10 août 2009 sur le travail le dimanche, dont la dénomination même affiche le nouveau mot magique : loi « *réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales, ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires* » (13). Le nouvel article L. 3132-3 du Code du travail issu de cette loi pourrait être longuement commenté, qui proclame que « *dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche* ». Il est classique que les lois portant atteinte à un principe commencent par réafficher celui-ci (14). S'y ajoute ici la mention de l'objectif paternaliste du prétendu intérêt des salariés, alors que le but de la règle est au moins tout autant de protéger l'intérêt général et d'aménager des pauses dans les rythmes collectifs. L'allégation de l'intérêt du salarié n'est alors sans doute avancé que pour mieux justifier de le forcer, en échange, à consentir à quelques sacrifices.

Le travail le dimanche est expressément réservé aux salariés qui l'acceptent : le nouvel article L. 3132-25-4 dispose ainsi que « *seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche* ». Pour montrer que la liberté du consentement des salariés est protégée, le même article ajoute qu'une entreprise « *ne peut prendre en considération le refus d'une personne de travailler le dimanche pour refuser de l'embaucher* », que le salarié qui refuse de travailler le dimanche « *ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail* », et enfin que le refus de travailler le dimanche « *ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement* ». On serait tenté de dire que toutes ces proclamations sont trop nombreuses pour être honnêtes, ou encore que le principe de liberté a d'autant plus besoin d'être affirmé en théorie qu'il est violé en pratique (15).

La question des offres de reclassement faites au salarié est également une illustration patente du rôle joué par le consentement du salarié. Selon l'article L. 1233-4 alinéa 2 du Code du travail, « *sous réserve de l'accord exprès du salarié* », le reclassement de celui-ci peut s'effectuer « *sur un emploi d'une catégorie inférieure* ».

Enfin – mais la liste donnée est très loin d'être exhaustive – il y a bien sûr la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail qui prévoit explicitement (16) la possibilité d'une rupture conventionnelle du contrat de travail ("départ négocié"). À l'actuel article L. 1231-1 du Code du travail prévoyant que « *Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié* », il est ajouté « *ou d'un commun accord* ». Le nouvel article L. 1237-11 prévoit que, désormais, « *l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie* ». Cette rupture « *résulte d'une convention signée par les parties au contrat* ». La loi prévoit enfin des dispositions « *destinées à garantir la liberté du consentement des parties* ». Comme le relève un auteur, « *le moins que l'on puisse dire* » est que le législateur « *insiste de manière appuyée sur la nécessité d'un accord librement consenti entre les parties* » (17).

Il va ainsi bientôt suffire aux employeurs d'obtenir le consentement de leurs salariés pour se dispenser de toutes les règles (18). Le prétendu pouvoir donné au consentement du salarié devient ainsi la façon la plus efficace pour se débarrasser du droit du travail et pour assurer une "flexibilisation" généralisée.

Les salariés vont désormais pouvoir conquérir la "liberté" qui leur est vantée de travailler plus, de travailler le dimanche, de travailler dans des conditions attentatoires à leur vie privée (on l'a vu dans "l'île de la tentation"), et pourquoi pas encore de travailler pour un salaire de misère ou dans des conditions dangereuses pour leur santé (19)...

(12) P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Manuel, 2^e éd., 2002, n° 491.

(13) La loi a été validée par le Conseil constitutionnel. V. V. Bernaud, « Travail dominical : le Conseil constitutionnel sacrifie la protection du salarié sur l'autel de la consommation », *Dr. soc.* 2009, p. 1081.

(14) G. Rouhette, « L'article premier des lois », N. Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 37.

(15) C'est ainsi que le Code civil, dont les historiens ont montré le caractère profondément individualiste et libéral, n'utilise le terme de liberté que cinq fois, et encore de façon peu significative, tandis que le Code du travail, qui régit les relations inégalitaires entre employeurs et salariés et encadre fortement la liberté de ces derniers, évoque le mot dans 38 articles. Le droit pénal, qui est le droit justifiant les emprisonnements, confirme encore la thèse : le Code pénal utilise 47 fois le mot de "liberté", et le Code de procédure pénale 331 fois (le nombre augmente régulièrement).

(16) La Cour de cassation avait déjà reconnu cette possibilité. V. ainsi Soc., 2 décembre 2003, deux arrêts, pourvoi nos 01-46540 et 01-46176, *Dr. Ouv.* 2004 p. 237 n. F. Héas, qui énoncent « *que le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore du commun accord des parties* ». Le régime en restait cependant très flou.

(17) G. Couturier, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.* 2008, p. 926, qui cite également en ce sens le rapport fait par P. Bernard-Reymond au Sénat (n° 306), p. 30.

(18) Pour les exemples actuels, déjà nombreux, v. X. Carsin, *La renonciation en droit du travail*, th. Paris I, 2006.

(19) Sur cette thèse, voir notre article sur « Les "vraies" et les "fausses" libertés du travailleur salarié », in *Libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ?*, sous la dir. de Ph. Auvergnon, Presses universitaires de Bordeaux, 2011, pp. 47-77.

Il est d'autant plus cynique de faire croire à la toute puissance du consentement qu'on prévoit parfois expressément, par sécurité, l'obligation d'accepter la proposition qui est faite. Le forçage du consentement est alors encore plus patent. Il en est ainsi dans la loi du 1^{er} août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi, dont le mécanisme repose prétendument sur l'acceptation du chômeur, donc sur son consentement, alors que le texte prend la précaution de prévoir des sanctions en cas de refus (20). De même, le projet d'accords dits "compétitivité-emploi", qui avait commencé à être négocié depuis février dernier, prévoyait, dans son article 7, que l'accord compétitivité-emploi requiert « *l'accord individuel du salarié pour l'application de ces dispositions se substituant à celles de son contrat suspendues par ledit accord* », mais que « *le refus du salarié d'accepter de se voir appliquer les dispositions de l'accord entraîne son licenciement sui generis : le licenciement intervenant dans ces conditions est réputé reposer sur une cause réelle et sérieuse et ne pas avoir de nature économique* » (21). En résumé, le salarié devait accepter, mais il ne pouvait refuser sans être licencié...

On peut, dans tous ces cas, parler de forçage de consentement et d'une forme de contrainte de fait. Un salarié qui accepte une modification de son contrat de travail qui lui est défavorable le fait certes de son plein gré, consciemment, et il n'y a donc notamment ni erreur ni dol. Mais ce ne peut être de gaîté de cœur qu'il accepte un tel sacrifice, et on peut penser qu'il ne l'aurait pas fait s'il avait eu le choix. Certes, la perspective de gagner davantage, par exemple pour le travail le dimanche (et encore, pas dans tous les cas), va parfois faire que, dans leur arbitrage, certains salariés préféreront réellement faire cette concession. Mais, même dans ce cas, le débat est partiellement faussé : si les salaires de certains n'étaient pas si dérisoires, auraient-ils la même tentation de renoncer à certains avantages et à certaines protections ? Le choix n'est pas libre s'il n'est pas réel.

(20) Le nouvel article L. 5412-1 du Code du travail prévoit la radiation du chômeur de la liste des demandeurs d'emploi dans toute une série d'hypothèses où celui-ci refuse ce qu'on lui propose : en particulier si, sans motif légitime, il « *refuse à deux reprises une offre raisonnable d'emploi mentionnée à l'article L. 5411-6-2* » ; s'il « *refuse d'élaborer ou d'actualiser le projet personnalisé d'accès à l'emploi* » ; s'il « *refuse une proposition de contrat d'apprentissage ou de contrat de professionnalisation* » ; ou encore s'il « *refuse une action d'insertion ou une offre de contrat aidé* ». L'article L. 5411-6 prévoit même, encore plus explicitement, que « *Le demandeur d'emploi... est tenu... d'accepter les offres raisonnables d'emploi* ».

(21) Pour la critique de cette disposition précise, v. not. E. Dockès, « *Le Medef brûle ses dernières cartouches avant la présidentielle* », *Le Monde*, 9 avril 2012.

(22) Voir Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12932 ; *Recueil Dalloz* 2002, 1860, concl. J.-P. Gridel, 1862, note J.-P. Chazal, et 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2002, 1246, obs. E. Savaux. La Cour de cassation

2) Que faire dans ces conditions ?

On pourrait d'abord songer à contrôler davantage le consentement. Le droit civil contient un certain nombre d'outils pour cela, et on pourrait, par exemple, forger une notion plus subtile de contrainte qui tiendrait compte précisément du fait que le salarié n'avait pas le choix. Pourraient ainsi être mobilisés les développements récents sur la violence économique, qui permettent d'élargir quelque peu le champ d'application de ce vice classique par la prise en considération de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique (22). Les projets européens, et notamment le projet de Cadre commun de référence, constituent à cet égard une intéressante ouverture dans la mesure où ils entérinent cette hypothèse jurisprudentielle d'exploitation déloyale de la faiblesse économique d'autrui (23), connue depuis longtemps du droit anglais sous le nom de « *economic duress* ». Ces projets compensent, en effet, la suppression de la notion de "cause" ou de "consideration" par un développement du contrôle des obligations d'information et des vices du consentement. Ils permettent, en particulier, de prendre en considération la contrainte résultant des événements extérieurs, et non pas seulement celle émanant d'une personne.

Le problème n'est cependant pas réellement celui de l'élargissement des vices de consentement et, en particulier, du vice de violence. On pourrait, en effet, admettre sans grande difficulté que, dès aujourd'hui, le risque de perdre son travail « *est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et [...] peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* », ce qui est la définition la plus classique du vice de violence issue de l'article 1112 du Code civil.

La difficulté est que l'annulation du contrat de travail au motif que le consentement du salarié aurait été contraint n'est pas une solution souhaitable pour ce dernier. Certes, on pourrait envisager de limiter l'annulation à la

admet, au visa de l'article 1112 du Code civil, que « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* », même si elle estime qu'en l'espèce la Cour d'appel n'a pas suffisamment caractérisé ces éléments constitutifs.

(23) Voir l'article 7: 207 du projet de Cadre commun de référence intitulé "Exploitation déloyale" (traduction française des trois premiers livres du DCFR par Jacques Ghestin) : selon ce texte, « (1) *Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie le savait ou pouvait raisonnablement le savoir et que, étant donné les circonstances et le but du contrat, elle a exploité la situation de la première partie en retirant du contrat un profit excessif ou un avantage manifestement déloyal* ».

modification acceptée, puis regrettée par le salarié, mais cela suppose que le salarié ne soit plus dans la contrainte et puisse demander l'annulation de certaines clauses de son contrat.

En réalité, les vices du consentement sont peu appropriés dans les hypothèses de servitude volontaire où une personne se trouve "de son propre gré" obligée vis-à-vis d'autrui.

D'autres pistes doivent alors être explorées et, pour cela, il est nécessaire d'analyser au plus près la situation juridique. Il ne faut pas, en effet, laisser donner aux mots un sens déformé, pour ne pas dire pervers (24), car il est connu que plus on cède sur les mots et plus on facilite les choses. Victor Klemperer et Georges Orwell ont déjà tout dit sur la question (25).

Comme on l'a vu, on parle en l'espèce de *convention* commune, d'*accord* du salarié, d'*acceptation* du salarié, ou encore de *consentement* du salarié.

Certes, ce dernier mot de "consentement" marque un peu l'idée de résignation, mais il ne suffit pas à décrire précisément ce qui est à l'œuvre en l'espèce. Le consentement est, en effet, la condition générale de création des obligations mais, en l'espèce, il ne s'agit pas de n'importe quelle obligation, mais de celle du salarié, et non pas d'une modification quelconque, mais d'une modification *défavorable* au salarié. Or l'acceptation d'une modification *in pejus*, c'est-à-dire l'acceptation de la diminution de ses droits, peut être qualifiée plus précisément de "renonciation".

Il pourrait alors s'agir d'une transaction, mais celle-ci suppose des concessions réciproques (26). Certes, en contrepartie de certaines renonciations du salarié, l'employeur va parfois lui-même s'engager à renoncer à

licencier, mais on sait que ces engagements en matière d'emploi ont une valeur très relative, dans la mesure où si l'employeur pourra être condamné à des dommages-intérêts, il ne pourra pas être obligé de réintégrer le salarié (27). Les renonciations réciproques n'ont, dès lors, pas la même portée et ne peuvent donc pas toujours conduire à retenir la qualification de transaction. Le régime de ce contrat serait cependant déjà plus protecteur pour le salarié que le droit commun, notamment sur le contrôle du consentement, sur l'appréciation des concessions réciproques, ou encore sur la motivation de l'employeur.

En présence d'une renonciation unilatérale par le salarié, on pourrait s'inspirer du régime de la démission où, comme on le sait, le contrôle du consentement est plus poussé, et où l'on admet l'annulation de celle-ci pour absence de liberté du salarié (28). Mais, à nouveau, l'annulation du contrat de travail n'est guère la solution idéale pour le salarié. Même l'annulation partielle, limitée à la modification défavorable acceptée sous contrainte, n'est souvent pas réaliste pour les raisons déjà évoquées.

La meilleure piste est alors sans doute celle explorée et exploitée par les arrêts de 2002 sur les clauses de non-concurrence (29). Il s'agirait d'exiger une véritable contrepartie pour que la renonciation du salarié soit valable, c'est-à-dire de vraies concessions réciproques, dotées toutes deux de la même force exécutoire.

En termes civilistes, la modification survenue en cours d'exécution du contrat devrait, pour être valable, être dotée d'une cause qui la justifie.

Certes, en droit français, la cause s'apprécie, en principe, au moment de la conclusion du contrat. Certains arrêts récents évoquent la possible disparition de

(24) V. ainsi F. Gaudu, « Érosion ou refondation du droit du travail ? », in *L'accord interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail* (devenu aujourd'hui la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail), *Dr. soc.*, 2008, qui explique que « souplesse contractuelle » signifie, « en *desesperanto* communautaire », « faciliter les licenciements » (p. 271).

(25) V. Klemperer, *LTI. La langue du III^e Reich*, 1^{re} éd., 1947, aujourd'hui chez Agora Pocket ; G. Orwell, *1984*, 1^{re} éd., 1949.

(26) « *Constitue une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil un accord qui a pour objet de mettre fin à un différend s'étant élevé entre les parties et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative* » (Soc., 13 mai 1992, n° 89-40844) ; « *La transaction est une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants* » (Ass. plén., 24 février 2006, n° 04-20525).

(27) V. not. M.-A. Souriac-Rotschild, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1061 ; G. Couturier, « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 375 ; F. Gaudu, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 367 ; F. Petit, « Sur les clauses de garantie d'emploi », *Dr. soc.* 2000,

p. 80 ; J. Savatier, « La violation d'un engagement sur le maintien d'un volume d'emplois puis lors de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de restructuration », *Dr. soc.* 2004, p. 166. Adde J. Pellissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^{ème} éd., 2012, pp. 530 et s. sur la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi.

(28) J. Pellissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd., 2012, n° 374.

(29) On sait que, opérant un important revirement de jurisprudence, la Chambre sociale a jugé que la validité de la clause de non-concurrence était subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière : Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45135 ; *SSL* 2002, p. 9, obs. A. Chirez ; *RDC* 2003/1, p. 17, obs. J. Rochfeld et pp. 142 et 148, obs. C. Radé ; *D.* 2002, p. 2491, note Y. Serra, et p. 3111, obs. J. Pellissier ; *Dr. Ouv.* 2002 p. 533, n. D. Taté ; *JCP G* 2002, II, 10162, note F. Petit ; *JCP E* 2002, p. 1511, note D. Corrignan-Carsin. La clause n'est désormais 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 l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

la cause en cours d'exécution du contrat (30), mais il ne s'agit pas ici de cela : la cause ne disparaît pas au cours de l'exécution du contrat de travail et celui-ci n'a pas lieu d'être caduc ; il est simplement modifié et une nouvelle obligation pèse sur le salarié. Cette modification d'une obligation, comme la création initiale de celle-ci, doit dès lors être soutenue par une cause.

L'idée est très classique en droit anglais. Si, au cours de l'exécution du contrat, l'une des parties désormais en position de force (par exemple l'autre partie attend avec impatience la fin des travaux qui traînent en longueur) en profite pour exiger un avantage supplémentaire indu (par exemple un supplément de prix pour terminer plus vite), celui-ci n'est pas exécutoire dans la mesure où il aura été concédé sans contrepartie (*without consideration*) (31). Même l'analyse économique du droit des contrats la plus dure (32) énonce que les modifications "opportunistes" des contrats, extorquées par un abus de position contractuelle dominante, ne doivent pas être exécutoires si elles ne sont pas justifiées par une contrepartie. Il y a eu certes une évolution dans un important arrêt de 1991

(33), lequel admet éventuellement la possibilité d'un alourdissement unilatéral de la prestation de l'une des parties, mais à la condition expresse que cette dernière en tire un avantage réel (34).

Le droit français, pour lequel l'échange des consentements suffit à former le contrat (et donc à le modifier), pense moins naturellement au contenu de l'accord, mais le concept de cause pourrait être mobilisé pour exiger une contrepartie à toute modification unilatérale défavorable au salarié : celui-ci doit y trouver un intérêt tangible et suffisant.

En définitive, lorsque le salarié consent à des modifications *in pejus* de son contrat, on peut admettre que, *de fait*, il a été contraint de les accepter, même s'il n'est pas toujours opportun d'en déduire une annulation de son consentement.

On franchit aujourd'hui une étape supplémentaire. La contrainte de fait devient contrainte *en droit* lorsque le salarié se trouve, juridiquement, forcé de renoncer à consentir.

II. Le forçage en droit : le consentement en blanc

On voit aujourd'hui apparaître des figures contractuelles surprenantes, en droit du travail comme en droit civil, en particulier des *obligations de consentir* ou, ce qui revient au même, des *renonciations à consentir*.

Le consentement du salarié est ainsi parfois utilisé, non plus seulement pour lui faire renoncer explicitement (mais au moins directement et ouvertement) à certaines

règles protectrices mais, de façon plus contournée, *pour lui faire renoncer, en amont, à avoir ultérieurement à donner son consentement*. Il s'agit là d'une carte blanche donnée à l'employeur.

1) Le contrat de travail contient ainsi de plus en plus de clauses (35) organisant à l'avance sa modification par

(30) V. ainsi Civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-17646 ; RDC 2009/1, p. 49, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2009, p. 118, obs. B. Fages ; D. 2008, p. 2937, obs. P. Chauvin et C. Creton ; JCP G 2009, II, 10000, note D. Houtcieff. Un homme s'était engagé à verser une pension à son ex-épouse pour l'éducation et l'entretien de leur enfant qui était alors à la charge de cette dernière ; la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé que le père n'avait plus à payer cette pension à partir du moment où il en avait récupéré la charge exclusive : « ayant, par une recherche de la commune intention des parties, caractérisé l'engagement à exécution successive de M. Y..., la Cour d'appel a constaté la disparition de la cause de cet engagement, partant sa caducité ». Sur cette jurisprudence, v. notre ouvrage *Les obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis droit, 2^e éd., 2010, pp. 418 et s.

(31) V. *Stilk v. Myrick*, 1809, King's Bench : « *a promise to pay an additional sum if the other party will perform his existing contractual duty is not binding for want of consideration* ». Sur cette jurisprudence, v. par exemple H. G. Beale, W. D. Bishop & M. P. Furmston, *Contract. Cases and Materials*, OUP, 5^e éd., 2007, chap. 32 sur « Rescission, variation, waiver and promissory estoppel » ; ou encore H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon et S. Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart publishing, 2^e éd., 2010, pp. 200 et s. sur les accords pour modifier une obligation contractuelle (« *agreements to modify a contractual obligation* »), et en particulier sur le cas des « *additional*

payment cases » (les cas où un paiement additionnel a été exigé d'un des contractants).

(32) V. ainsi R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, Aspen Casebook Series, 8^e éd., 2010, 64.2 sur la "Consideration".

(33) *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd*, Court of Appeal.

(34) Selon cet arrêt, « *a promise to pay the other party an additional sum if it performs its existing contractual duty is made for consideration if it was not the result of extortion (duress) by the other party and it produces a practical benefit for the promisor* ».

(35) Le droit du travail semble connaître, là encore comme le droit commun des contrats, une attention croissante portée aux clauses contractuelles. V. P.-H. Antonmattei, *Les clauses du contrat de travail. Non-concurrence, dédit-formation, rémunération variable, mobilité, rupture*, Éditions Liaisons, 2009 ; *Les principales clauses des contrats d'affaires*, dir. J. Mestre et J.-Ch. Roda, Lextenso, 2011 ; W. Dross, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, J.-Cl., 2008 ; G. Helleringer, *Les clauses contractuelles. Essai de typologie*, th. Paris I, 2010, dir. L. Aynès ; M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle, RDC 2006/4, p. 1051 et RDC 2007/2, p. 239 ; Ph. Delebecque, *Clausula, clausulae, clausularum*, in *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 33.

la seule volonté de l'employeur, ce qu'on appelle couramment aujourd'hui des « clauses de variation » du contrat de travail (36). Ces modifications étant "contractuellement" admises, c'est-à-dire ayant été consenties à l'avance par le salarié, l'employeur ne ferait que respecter ce consentement et, partant, le contrat, en exerçant son nouveau pouvoir unilatéral.

Le salarié accepte par exemple une « clause de mobilité », permettant à l'employeur de modifier ultérieurement de son seul gré le lieu où s'effectue le travail du salarié. Le consentement du salarié à ces modifications est nécessaire, mais il est censé les avoir acceptées à l'avance. Certes, ces clauses ne sont valables qu'à certaines conditions, par exemple uniquement si elles définissent de façon suffisamment précise la zone d'application dans laquelle elles peuvent être mises en œuvre (37), mais c'est malgré tout un pouvoir unilatéral considérable qui est ainsi octroyé à l'employeur. D'autant que les exemples de telles clauses abondent, que ce soit des clauses de variation des horaires, des clauses de mobilité fonctionnelle ou professionnelle, ou même parfois des clauses de variation de la rémunération du salarié (38).

Ces clauses sont appelées des clauses de variation mais, là encore, si on appelle les choses par leur nom, il s'agit de clauses de *consentement en blanc*. De telles clauses permettent en réalité à l'employeur de se dispenser du consentement du salarié.

Certes, on peut comprendre que la Chambre sociale de la Cour de cassation se montre plus souple dans la mesure où la pérennité du contrat de travail est une valeur essentielle pour le salarié lui-même. Son adaptation dans le temps requiert alors, sans doute, une certaine flexibilité dans les conditions de son exécution.

Le droit commun des contrats lui-même a, au demeurant, admis un certain unilatéralisme pour faciliter

l'adaptation des contrats de longue durée, par exemple en matière de prix (39). Mais ce pouvoir unilatéral est alors assorti de techniques de contrôle et de mécanismes correcteurs : principalement la bonne foi, l'abus de droit ou encore l'obligation de motivation. D'autres limites à l'unilatéralisme ont également été forgées par le droit civil et sont, au demeurant, utilisées aussi en droit du travail (40) : par exemple la notion d'indétermination (article 1129 du Code civil) ou encore celle de potestativité (article 1174 du même code).

2) Il faut aller plus loin et marquer une limite infranchissable. La technique du consentement en blanc n'est pas acceptable lorsqu'il s'agit d'éléments qui, par définition, déterminent l'accord du contractant. En d'autres termes, on ne doit pas pouvoir renoncer à consentir au sens fort du mot "consentir", c'est-à-dire à manifester son accord pour les éléments déterminants d'un contrat.

En d'autres termes, la jurisprudence sur les clauses de variation devrait être davantage reliée à celle sur la modification du contrat de travail. Si, depuis le célèbre arrêt *Le Berre* de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 1996 (41), on a posé qu'il faut l'accord du salarié pour la modification de son contrat (par opposition à ce qui rentre dans le pouvoir de direction de l'employeur) (42), il ne faut pas retirer d'une main ce que l'on a ainsi donné de l'autre : le salarié ne doit pas pouvoir accepter, par avance et en blanc, des modifications d'éléments déterminants de son consentement (rémunération, nature des fonctions, etc.).

Les auteurs du précis Dalloz font clairement la liaison et expliquent ce phénomène de vases communicants : dans un paragraphe intitulé "Notion et utilité de ces clauses" (clauses de mobilité et de variation), ils expliquent en effet que c'est « *pour accroître le champ de son pouvoir*

(36) V. L.-K. Gratton, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, 2011, préf. P. Rodière.

(37) La Chambre sociale de la Cour de cassation n'hésite cependant pas à dispenser ponctuellement l'employeur de l'application stricte des clauses contractuelles. Elle a ainsi jugé que « *si l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail, il n'en est ainsi que lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible* » (souligné par nous) : Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-41412 ; Dr. Ouv. 2010, p. 359, note B. Lardy-Pélessier ; RDT 2010, p. 226, obs. J.-Y. Frouin.

(38) De telles clauses sont valables si la variation de la rémunération est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur. V. ainsi Soc., 2 juillet 2002, pourvoi n° 00-13111, Dr. soc. 2002, p. 998, obs. Ch. Radé, Dr. Ouv. 2005, p. 157, obs. T. Katz : « *Mais attendu qu'une clause du contrat de travail peut prévoir une*

variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels ».

(39) V. par exemple *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, « Études juridiques », 1999 ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996.

(40) Voir J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, précité, n° 596.

(41) Pourvoi n° 93-40966, Dr. Ouv. 1998 p. 459, n. P. Moussy.

(42) Il ne faut donc plus opposer les modifications substantielles et les modifications non substantielles du contrat de travail (seules les premières nécessitant le consentement du salarié), mais les modifications du contrat de travail (nécessitant toutes l'accord du salarié) et le simple changement des conditions de travail, lequel peut être décidé unilatéralement par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. Voir J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, précité, n° 582.

de direction, [que] l'employeur peut prévoir des clauses de mobilité au sein du contrat » (43).

Selon certains auteurs, la nouvelle distinction n'était pas simplement terminologique dans la mesure où, désormais, la moindre modification du contrat de travail devait nécessiter l'accord du salarié (44). L'objectif était alors louable, mais si on admet que, pour la modification de certains éléments du contrat, le salarié puisse renoncer à l'avance à donner son consentement, le résultat sera alors exactement le même qu'avant : il s'agira toujours de distinguer, dans le contrat de travail, entre les éléments substantiels (véritables "clauses" contractuelles pour lesquelles le salarié doit consentir) ou non substantiels du consentement (clauses pour la modification desquelles le salarié peut renoncer à consentir).

La tentation est, en effet, d'aller toujours plus loin, en diminuant toujours plus ce qui relève de la "modification du contrat de travail" et en augmentant toujours plus ce qui relève du "pouvoir de direction de l'employeur".

Plusieurs arrêts cautionnent cette évolution hautement critiquable, en validant des techniques contractuelles permettant de se dispenser du consentement du salarié.

Il en est ainsi, en particulier, de la jurisprudence sur les mentions "purement informatives" du contrat de travail. La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi admis le "déclassement" de certaines clauses du contrat de travail, afin d'autoriser l'employeur à les modifier unilatéralement : elle a jugé que certaines clauses n'étaient pas « contractuelles », c'est-à-dire, en réalité, ne nécessitaient pas l'accord des deux parties pour être modifiées, mais simplement « informatives », donc que l'employeur pouvait, ultérieurement, les changer unilatéralement (45). La Haute juridiction a, par exemple, jugé 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* » (46) ; et que « *à défaut de clause contractuelle claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans un lieu, le changement de lieu de travail intervenu dans le même secteur géographique constitue un simple changement*

des conditions de travail et non une modification du contrat de travail » (47).

La disqualification de la clause, qui se voit dénier toute valeur contractuelle, permet à l'employeur de se dispenser de l'accord du salarié pour la modifier. Ces "informations" ont cependant souvent été en fait déterminantes du consentement du salarié, qui y a légitimement cru, et elles devraient dès lors avoir valeur contractuelle. Ainsi, sauf modification géographique minime, le lieu du travail est de toute évidence déterminant du consentement du salarié. Les professeurs d'université qui, protégés par un statut confortable, écrivent avec insouciance que l'époque moderne requiert de savoir être mobiles, y réfléchiraient sans doute à deux fois s'ils risquaient de se voir imposer la moindre délocalisation (48). La Chambre sociale de la Cour de cassation va d'ailleurs encore plus loin puisque non seulement elle valide par principe les clauses de mobilité géographique, mais encore elle admet que l'employeur puisse parfois aller au-delà des prévisions contractuelles si l'intérêt de l'entreprise le justifie (49).

D'autres techniques encore permettent de contourner la règle selon laquelle toute modification du contrat de travail requiert désormais le consentement du salarié. Ainsi, dans un arrêt du 3 novembre 2011 (50), la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « *sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur* ». Certes, à première vue, la règle paraît n'être que l'application directe de l'article L. 1121-1 du Code du travail visé par la Haute juridiction, lequel requiert d'apprécier la validité de l'atteinte aux libertés fondamentales à l'aune du principe de proportionnalité (51). En réalité, la faveur faite à l'employeur va plus loin. La directive de l'article L. 1121-1 du Code du travail consiste en effet à apprécier l'équilibre entre l'atteinte à la liberté individuelle du salarié et le but recherché par l'employeur. Or, dans l'arrêt du 3 novembre 2011, il est admis que toute atteinte non "excessive" à une liberté individuelle relève désormais du pouvoir de direction de l'employeur. Aucune allusion n'est faite à la nécessité d'une justification par l'intérêt de l'entreprise et on en revient, une fois de plus, à l'ancienne jurisprudence

(43) J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd., 2012, n° 595 ; adde Ch. Radé, « Haro sur le contrat. À propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 514.

(44) Voir Ph. Waquet, *Revue de jurisprudence sociale*, décembre 1996, p. 793.

(45) V. J. Péliissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* janvier 2004, p. 3.

(46) Soc., 3 juin 2003, n° de pourvoi : 01-40376, *Dr. Ouv.* 2003 p. 527, n. P. Moussy et F. Saramito ; v. encore Soc., 21 janvier 2004, n° de pourvoi : 02-12712, *Dr. Ouv.* 2004 p. 222, n. B. Lardy-Péliissier ; Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 02-46496.

(47) Soc., 2 février 2011, pourvoi n° 09-43022.

(48) Comp. P.-Y. Narvor, qui oppose la « *mobilité des riches : passer d'une résidence à une autre, pour l'agrément ou le régime fiscal* », à la « *mobilité des pauvres : s'éloigner, momentanément ou définitivement, d'un cadre familial, maison et relations, pour un avenir problématique* ».

(49) Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-41412, précité note 37.

(50) Pourvoi n° 10-14702 ; *Dr. soc.* 2012, p. 147, obs. E. Dockès ; *SSL* 19 décembre 2011, n° 1518, p. 11, obs. A. Fabre.

(51) Selon ce texte célèbre, « *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* ».

sur les modifications "substantielles" ou "non substantielles", devenues ici les modifications "excessives" ou "non excessives". L'objectif est toujours le même : définir une catégorie (ici les atteintes non excessives aux libertés individuelles du salarié) où le consentement du salarié n'est plus nécessaire, alors même que, techniquement, il y a bien une modification du contrat de travail au sens de la jurisprudence de 1996.

Toutes ces dérives jurisprudentielles devraient être abandonnées, car elles permettent de contourner la règle posée par l'arrêt de 1996 sur la modification du contrat de travail en élargissant indûment le pouvoir de direction de l'employeur et, partant, en l'autorisant à se dispenser de recueillir le consentement du salarié. L'employeur ne cherche pas ici, simplement, à se faciliter la tâche, car il n'est pas très compliqué de demander le consentement du salarié. En réalité, le véritable objectif est, plus radicalement, de se dispenser de ce consentement.

Le salarié ne doit pas davantage pouvoir consentir en blanc à la modification de son contrat de travail. L'unilatéralisme de l'employeur n'est possible que pour ce qui relève de son pouvoir de direction et il ne peut se dispenser du consentement du salarié, directement ou indirectement, lorsqu'il s'agit de modifier le contrat de travail.

Admettre l'inverse revient à dire qu'il faut le consentement du salarié pour modifier son contrat de travail et, *dans le même temps*, que le consentement de celui-ci n'est pas nécessaire pour modifier son contrat de travail.

C'est ce qu'on appelle un tour de passe-passe. En psychanalyse, on parle d'atteinte au principe de non-contradiction ou encore de déni, classiquement résumé par la célèbre formule d'Octave Mannoni : « *Je sais bien mais quand même...* » (52). Je sais bien qu'il faut le consentement du salarié pour modifier son contrat de travail, mais quand même...

La Chambre sociale de la Cour de cassation a parfois eu une conscience aigüe de ces dérives, par exemple dans un magnifique arrêt du 27 février 2001 (53). Un salarié avait été engagé par une société d'assurance. À la suite d'une promotion, son contrat de travail modifié prévoyait que sa rémunération comportait une partie fixe et des commissions dont les modalités de calcul étaient définies avec précision. Un article du contrat stipulait, cependant, que l'employeur se réservait le droit de modifier à tout

moment les taux et modalités de commissionnement ainsi que les dispositions contenues dans la présente lettre de nomination. Ayant ultérieurement conclu avec plusieurs syndicats un accord d'entreprise portant sur les modalités de commissionnement, l'employeur entendait en imposer les dispositions au salarié, qui refusa cependant de signer cette nouvelle modification de son contrat. Il fut alors licencié. L'employeur forma un pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel ayant donné de cause au salarié au motif essentiel que la clause laissant à l'employeur la faculté de modifier unilatéralement les modalités de calcul de la partie variable de la rémunération du salarié est nulle comme étant potestative. La Cour de cassation rejeta le pourvoi en énonçant, de façon très générale, la limite infranchissable par l'employeur : selon la Haute juridiction, « *la clause, par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou en partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* ».

Le droit des contrats ne doit en effet, en aucun cas, cautionner que le consentement du salarié lui serve à renoncer à l'avance à exprimer ultérieurement son consentement sur les éléments déterminants de celui-ci. Un tel "consentement en blanc" est un oxymore qui ne devrait être cautionné ni par le droit des contrats, ni par le droit du travail.

Il ne s'agit pas là d'une condition de mise en œuvre des clauses de variation mais une condition de leur validité : ces clauses de consentement en blanc doivent être en elles-mêmes prohibées pour les éléments déterminants du contrat, et ce indépendamment de la façon dont elles sont mises en œuvre.

En résumé, la limite à l'unilatéralisme est que l'employeur ne peut pas faire le contrat de travail tout seul, et ne peut pas davantage modifier tout seul les clauses déterminantes du consentement.

3) Le fondement de l'article 1134 du Code civil invoqué pour invalider ces montages apparaît dès lors parfaitement adéquat.

C'est ce texte que vise très pertinemment la Chambre sociale de la Cour de cassation pour poser des limites à la validité des clauses de variation dans le contrat de travail (54). Ainsi, dans l'arrêt précité déjà salué du

(52) O. Mannoni, « Je sais bien, mais quand même... », Les Temps modernes, n° 212, janvier 1964, republié in revue *Incidence*, n° 2, octobre 2006, consacré au thème « Le déni de réalité ».

(53) Pourvoi n° 99-40219 ; *Dr. soc.* 2001, p. 514, note Ch. Radé ; G. Loiseau, « Des clauses abusives dans le contrat de travail », *JCP G* 2001, I, 30.

(54) V. ainsi Soc., 8 janvier 2002, pourvoi n° 99-44467 ; *Dr. soc.* 2002, p. 358, obs. Ch. Radé qui, au visa de l'article 1134 du Code civil, énonce « *que le paiement de la partie variable de la rémunération constitue un élément du contrat de travail qui ne*

peut être modifié sans l'accord de la salariée » ; Soc., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-10243 qui, toujours au visa de l'article 1134 du Code civil, juge qu'« *une clause du contrat de travail ne peut permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié* » (reproduit ci-après p. 504) ; ou encore Soc., 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-43236 qui, toujours au même visa, énonce que « *le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue une modification du contrat de travail qui devait être acceptée par le salarié, nonobstant toute clause contractuelle ou conventionnelle contraire* ».

27 février 2001, la Haute juridiction juge que « *la clause, par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou en partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* ».

La motivation de cette décision est critiquée par plusieurs travaillistes (55), mais elle nous semble pourtant parfaitement convaincante (56).

L'article 1134, alinéa 1 (liberté contractuelle) ne doit pas être utilisé pour contourner la prohibition de l'article 1134, alinéa 2 selon lequel les contrats ne peuvent être modifiés que par le consentement mutuel des parties (57). Sinon, il suffirait de conclure un contrat en prévoyant un droit de modification unilatéral général par l'employeur : on voit bien ce qu'aurait de choquant une telle manœuvre.

L'article 1134 est en outre le siège de la liberté contractuelle, laquelle a valeur constitutionnelle (58). On ne peut, dès lors, se draper des atours du contrat et de la liberté lorsque l'on entend en réalité se dispenser du consentement de l'autre. En d'autres termes, la liberté contractuelle ne doit pas servir à aliéner ce qui est l'essence même de la liberté contractuelle, c'est-à-dire à la nécessité du consentement.

La manœuvre est d'autant plus perverse qu'on veut que le contractant donne sa bénédiction au montage conduisant à lui confisquer sa liberté de consentir. Il doit consentir à ce que l'on puisse dorénavant se dispenser de son consentement : sa servitude doit être volontaire.

Le consentement est l'expression de l'accord à un projet de contrat ou à la modification d'un contrat. Il est la manifestation d'une volonté qui, par essence même, doit être librement exprimée *au moment* où le consentement est requis. La liberté contractuelle est profondément atteinte lorsque l'on peut donner irrévocablement à l'avance son consentement.

(55) Voir ainsi Ch. Radé, « Haro sur le contrat. À propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 514 et s., qui évoque dans la première partie de son commentaire de l'arrêt de 2001 « *le fondement discutable de la règle posée* » ; selon lui, « *la Cour de cassation aurait sans doute été mieux inspirée de fonder la nullité de ces clauses sur un autre fondement* » ; J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, précité, n° 596, note 2, où ils rappellent que l'arrêt de 2001 est fondé sur l'article 1134, alinéa 2, « *ce qui ne convainc guère* » ajoutent-ils ; ou encore L.-K. Gratton dans sa thèse précitée, pp. 40 et s., qui consacre toute une section à « L'article 1134, alinéa 2, du Code civil, un fondement inadéquat à la déclaration de nullité d'une clause contractuelle ».

(56) V. en ce sens les observations de Ph. Waquet qui présidait l'audience de la Chambre sociale dans l'arrêt de 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 120 et s.

(57) *Contra*, Ch. Radé, « Haro sur le contrat. À propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 515, selon lequel l'affirmation de la Chambre sociale de la Cour de cassation « *détache l'alinéa 2*

* * *

Le consentement du salarié étant progressivement devenu le sésame permettant de déconstruire tout le droit du travail, il n'est pas étonnant que certains cherchent à s'en emparer et à le forcer.

Pour ces derniers, l'idéal serait même de ne plus avoir à demander leur avis aux salariés, en d'autres termes qu'ils n'aient plus du tout leur mot à dire. Cela suppose alors de passer à une autre étape, où le forçage du consentement lui-même devient inutile car on s'est débarrassé du consentement, c'est-à-dire du contrat.

Comme pour le projet de Constitution européenne, où, lorsque les citoyens risquent de dire "non" ou, pire, s'ils disent effectivement "non", le mieux est alors de soumettre ensuite la proposition au Parlement et de se dispenser désormais de leur accord.

Le *nec plus ultra* est ainsi aujourd'hui la décontractualisation. Décontractualisation de certaines clauses, comme on l'a vu notamment avec la jurisprudence sur les mentions simplement informatives. Mais on sent une nette volonté de passer à la vitesse supérieure, c'est-à-dire à la disqualification de tout le contrat, et non pas seulement de l'une ou l'autre de ses clauses.

Un précédent existe avec le plan d'aide au retour à l'emploi (PARE) mis en place en 2000. On se souvient que, dans le cadre de la mise en œuvre de ce plan, les chômeurs signaient avec les Assedic des conventions les soumettant à certaines obligations en échange de l'attribution d'une aide financière. Ultérieurement, un protocole, repris par une convention, puis un arrêté ministériel, modifièrent les durées d'indemnisation, ce qui privait certains chômeurs de toute allocation. Les demandeurs d'emploi invoquèrent la force obligatoire de leur accord, et certaines juridictions du fond firent droit à leurs demandes mais, dans un arrêt du 31 janvier 2007

des autres dispositions de l'article 1134, et singulièrement de son alinéa 1^{er} » ; ou encore L.-K. Gratton, thèse précitée, qui énonce que « la règle de l'intangibilité du contrat » de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil « doit être entendue réserve faite d'une clause manifestant la volonté des parties de confier la révision à l'une d'entre elles. Une telle clause devrait être, en raison de la force obligatoire que l'alinéa premier de ce texte lui confère, respectée par le juge et par les parties elles-mêmes ».

(58) Après avoir affirmé que « *le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle* », mais que sa méconnaissance peut néanmoins être invoquée devant lui « *dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* », le Conseil constitutionnel a protégé directement la liberté contractuelle en lui conférant en elle-même une valeur constitutionnelle. Ainsi, dans sa décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 sur la loi pour l'égalité des chances, le Conseil constitutionnel évoque le « *principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789* » à côté des autres principes ou règles de valeur constitutionnelle.

(59), la Cour de cassation jugea que le plan n'avait pas valeur contractuelle. L'argumentation utilisée (60) n'était guère convaincante, dans la mesure où c'est de toute évidence uniquement en contrepartie de l'engagement de l'Assedic de verser les allocations prévues que les chômeurs avaient accepté de conclure des PARE et de prendre eux-mêmes certains engagements. Le Conseil d'État a cependant jugé, à son tour, que ces plans se bornaient à rappeler les exigences légales du régime d'assurance chômage, qui font de l'accomplissement d'actes positifs de recherche d'emploi l'une des conditions du versement de l'allocation, sans ajouter à celles-ci d'obligations nouvelles à la charge du demandeur d'emploi (61). Le demandeur d'emploi est ainsi tenu de souscrire des engagements, mais auxquels les juges déniaient toute valeur contractuelle afin d'admettre la modification unilatérale de la contrepartie promise.

La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (*sic* !) (62) (ancienne proposition de loi Warsmann) utilise la même technique. L'article 45 de cette loi (nouvel article L. 3122-6 du Code du travail) prévoit que « *La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». Puisqu'il ne s'agit pas d'une modification du contrat individuel de travail, il n'est pas nécessaire d'obtenir le

consentement du salarié. CQFD. Et le Conseil constitutionnel a validé la manœuvre, au motif que, s'il y a bien une atteinte à la liberté contractuelle, celle-ci est justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Celui-ci est énoncé sans complexe : il s'agit d'assurer l'adaptation du temps de travail des salariés aux rythmes de production de l'entreprise (63). On est bien loin du principe directeur affirmé dans la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 sur la sécurité et de la santé des travailleurs, qui prévoyait l'obligation de l'employeur de baser son action sur le principe général inverse, repris à l'article L. 4121-2 du Code du travail : « *adapter le travail à l'homme* ».

La vitesse supérieure est atteinte avec le projet d'accords dits "compétitivité-emploi" (là encore l'intitulé serait digne des analyses de Klemperer (64)). Ce projet avait pour objet de permettre à l'employeur de modifier, en fonction de la conjoncture, la durée du travail, les salaires, la mobilité géographique et l'organisation du travail, en résumé tout le contrat de travail ! Selon le projet d'article 5, en effet, « *il s'agit, dans le cadre d'une négociation globale durée du travail/conditions de travail/salaires/emploi, d'ajuster des paramètres [la dénomination est bien euphémisante alors qu'il s'agit d'éléments plus déterminants du consentement les uns que les autres] tels que ci-après : durée du travail, conditions de travail/aménagement du temps de travail, éléments de rémunération : aménagement des taux horaires ou du salaire, en lien ou pas avec la fixation d'une nouvelle durée du travail, suppression de primes...* » (65). Il serait,

(59) Pourvoi n° 04-19464 ; *Recueil Dalloz* 2007, 505, obs. A. Fabre ; *JCP G* 2007, act., n° 86, et *JCP E*, 1546, obs. P. Morvan ; *RTD civ.* 2007, 332, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Recueil Dalloz* 2007, 1469, note Ch. Willmann ; *RDC* 2007/4, 1085, obs. J. Rochfeld ; *Dr. Ouv.* 2007 p. 470, obs. A. de Senga. Adde A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Droit social* janvier 2003, pp. 68-69.

(60) Selon la Haute juridiction en effet, « *le PARE signé par chacun des demandeurs d'emploi ne contenait aucun engagement de l'Assedic de leur verser l'allocation d'aide au retour à l'emploi pendant une durée déterminée et que le taux et la durée de leur indemnisation résultaient de décisions d'admission au bénéfice de cette allocation prononcées par l'Assedic, en application de l'article 36 du règlement annexé à la convention* ».

(61) CE, 11 juillet 2001, requête n° 228361 et autres.

(62) C'est également par une loi dite « de simplification du droit », loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, que le législateur avait autorisé le gouvernement à réformer tout le droit de la filiation par simple ordonnance...

(63) Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012 sur la loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Les requérants avaient fait valoir qu'en permettant à une entreprise de moduler la répartition du temps de travail sur l'année sans devoir obtenir l'accord préalable du salarié, ces dispositions portaient atteinte à la liberté contractuelle. Cependant, pour le Conseil, « *il résulte des travaux préparatoires de la loi déférée qu'en permettant que la répartition des horaires de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas en elle-même une modification du contrat de travail exigeant un accord préalable de chaque salarié, le législateur a entendu conforter les accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise ; que*

cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif, applicable à l'entreprise, qui permet une telle modulation ; que les salariés à temps incomplet sont expressément exclus de ce dispositif ; qu'il s'ensuit que ces dispositions, fondées sur un motif d'intérêt général suffisant, ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution ».

(64) D'autant que la Cour de cassation a jugé, dans l'arrêt *Viveo* du 3 mai 2012 (pourvoi n° 11-20741), « *que la procédure de licenciement ne peut être annulée en considération de la cause économique de licenciement, la validité du plan étant indépendante de la cause du licenciement* ». La Cour d'appel avait constaté que « *l'analyse des éléments comptables des sociétés du groupe Temenos et des perspectives de l'avenir commercial des activités de celui-ci* » faisait ressortir « *que l'activité de ce groupe ne présente aucune fragilité actuelle ou inéluctable dans un proche avenir ; qu'il n'est pas établi que la compétitivité du groupe Viveo France soit actuellement en cause et que, partant, la procédure de licenciement réponde à une nécessité d'assurer la sauvegarde de cette compétitivité* ». Mais donc, désormais, dès lors que l'entreprise a invoqué les nécessités de la compétitivité et qu'elle a prononcé le mot fétiche de "compétitivité", le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut plus être annulé, même s'il s'agissait d'une contre-vérité manifeste. Sur cette affaire, v. le dossier de la SSL, n° 1537, 7 mai 2012, et not. le rapport de P. Bailly, Conseiller doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

(65) Là encore, l'employeur est censé prendre en contrepartie des engagements sur l'emploi, mais on a rappelé leur valeur tout relative, contrairement aux renoncations – bien réelles – des salariés. V. « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? », Controverse entre M.-A. Souriac (« Attention fragile ») et M. Morand (« Les accords compétitivité-emploi : du mieux pour les salariés ? »), *RDT* avril 2012, 194.

avec ce projet, possible de conclure un contrat de travail en prévoyant un droit de modification général échappant à la volonté du salarié.

Le mot d'ordre est, en réalité, de se débarrasser du contrat, qui fait tout de même une certaine place à la volonté du salarié. La technique employée consiste plus précisément à écarter le contrat individuel de travail par des accords collectifs (66), comme avait tenté de le faire l'employeur dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 27 février 2001, avec le manque de succès que l'on sait, mais comme le permet, en revanche, explicitement l'article 45 précité de la loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit. Le projet d'accord compétitivité-emploi, utilisant la même technique mais de façon généralisée, signerait alors l'enterrement du contrat individuel de travail et, partant, d'une grande partie du droit du travail. Il ne serait, dès lors, même plus nécessaire de brûler le Code du travail (67), car celui-ci deviendrait immédiatement et largement caduc (68).

Le forçage du consentement du salarié semble ainsi déjà un sujet dépassé, et l'élimination du contrat apparaît comme bien plus efficace, dès lors qu'on ose y procéder ouvertement et sans retenue. La prochaine bataille consistera alors, sans doute, à essayer de revaloriser le contrat individuel de travail et à lutter contre le passage à la trappe de la volonté du salarié.

Il y aura eu trois étapes en droit du travail. Le passé : le consentement du salarié ne peut pas permettre de renoncer à l'ordre public social. Le présent : le consentement du salarié peut permettre de renoncer à l'ordre public social. L'avenir proche : le consentement du salarié n'est plus nécessaire pour que l'employeur porte atteinte à l'ordre public social. De façon caractéristique, le projet d'accord compétitivité-emploi commençait par réduire à peau de chagrin ce que serait aujourd'hui l'ordre public social, tout le reste pouvant désormais être englouti par les accords collectifs (69).

Toute cette évolution va de pair avec la marchandisation à l'œuvre dans maints domaines. Le consentement de la personne, subjectif et versatile, est perçu comme une entrave à la circulation et à la fluidité qu'on souhaite promouvoir. La financiarisation de l'économie exige ainsi de liquidifier tous les biens puis, *in fine*, d'objectiver et de "liquidifier" les personnes – pour ne pas dire les "liquider" (70) – car elles sont également perçues comme une source de viscosité du marché (71).

Là encore, la psychanalyse nous éclaire. Freud avait prévenu, dans *Le malaise dans la culture* (72), que l'homme a la tentation « *d'exploiter sans dédommagement [la] force de travail de son prochain* », et surtout « *de l'utiliser... (73) sans son consentement* ».

Muriel Fabre-Magnan

(66) V. not. le dossier spécial de la *SSL* sur « L'articulation entre l'accord collectif et le contrat », n° 1534 du 16 avril 2012.

(67) Sur cette idée dont certains ont pu rêver, v. not. les actes du colloque « Faut-il brûler le code du travail ? », Faculté de Droit de Montpellier, 25 avril 1986, reproduits in *Droit Social* 1986, pp. 549 et s.

(68) V. en ce sens, A. Steta et J.-Ch. Mirand, « Les "accords compétitivité-emploi" ou la fin du droit du travail », *Le Monde* du 26 mars 2012. Selon ces auteurs, le nouveau mécanisme « suggère que les accords entre l'employeur et les salariés d'une entreprise prévaudront sur la loi, les accords collectifs tels que les conventions collectives conclues au niveau des branches, ou encore le contrat de travail. Il marquerait dès lors l'avènement d'un nouveau droit du travail caractérisé par l'abolition des notions essentielles qui encadrent les relations individuelles de travail et plus encore celles du consensualisme, principe sur lequel repose l'ensemble du droit des obligations. Pour le dire très simplement, l'"accord compétitivité-emploi" autoriserait le manquement à la parole donnée ».

(69) Le projet d'article 5 le réduit, en effet, aux éléments tels que « *le Smic, la durée légale, les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires, le repos quotidien et hebdomadaire, les congés payés légaux, 1^{er} mai* ».

(70) A. Supiot, « Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008 », *Rev. intern. du trav.*, vol. 149, n° 2 (2010), p. 165, disponible sur le site Internet du BIT <www.ilo.org/public/french/revue/download/pdf/s1supiot.pdf>, qui dénonce « *l'utopie d'un marché total, sous l'égide duquel les hommes, les signes et les choses ont tous vocation à être rendus commensurables et mobilisables dans une compétition devenue globale, c'est-à-dire à être « liquidés » au sens juridique du terme* ».

(71) Il y en a d'autres exemples en droit du travail. V. ainsi A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre. En finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2 », *Droit social* 2006, pp. 264 et s., qui critique le transfert forcé des salariés au nouvel employeur sans qu'ils aient le droit de s'y opposer. La personne du cocontractant et, en l'espèce, celle de l'employeur, est pourtant là encore un élément déterminant du consentement.

(72) *Le malaise dans la culture*, PUF, Quadrige, § 470, p. 53.

(73) « *Sexuellement* », disait ici Freud, mais on sait qu'il accordait une importance sans doute excessive à cette dimension, et son constat vaut bien plus largement.