

Les particules contractantes

Banalités de base à propos du contrat de travail*

par Jacques DÉCHOZ, Inspecteur du travail, Docteur en philosophie

PLAN

I. Sur les éléments essentiels du contrat de travail

- A. Le descriptif succinct des tâches de travail
- B. Le lieu de travail
- C. La rémunération

II. Sur les dissymétries informationnelles

III. Sur le principe d'incertitude

IV. L'effet relatif des contrats

- A. La survie des contrats
- B. L'effet des conventions collectives

V. La charge de la preuve

- A. L'écrit
- B. Le risque de la preuve

Les soins, les services, le travail et l'industrie forment la matière du contrat de louage d'ouvrage ; voilà ce qu'on y donne à loyer, voilà ce qu'on y paye...

Rapport du Tribun Mouricault, discussion du Conseil d'État, 14 ventôse an XII

L'essence du libéralisme, c'est l'empire du contrat, faisant de l'homme une particule contractante. Et, sans nul doute, l'article 1134 du Code civil, en énonçant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », constitue le pivot juridique fondant l'ordre socio-économique dans lequel s'inscrit le monde occidental depuis plus de deux siècles, à tel titre que la récente ordonnance réformant les contrats a repris cette formulation (1), car « la comparaison avec la loi a force symbolique », comme l'énonce le rapport au Président de la République relatif à celle-ci.

Les hommes, constitués libres et égaux en droit, sont ainsi voués à accomplir et réaliser leur liberté et leur égalité par le jeu des conventions « légalement formées ». Dans ce sens, la relation de travail a très vite été perçue comme un contrat paradoxal, dès lors qu'il transforme, à l'instant de sa conclusion, l'une des parties (libre donc, et égale en droit) en subordonnée *juridiquement* de l'autre... Et parallèlement, le droit social, à tout le moins jusqu'à ce jour, a été énoncé comme l'ensemble des règles tendant à limiter ce déséquilibre, au profit donc de la partie faible. Dans cette mesure, cette branche du droit a été bien souvent dite s'être constituée contre le droit civil (2) et le Code du travail être un code dissident du Code Napoléon (3), par la limitation du droit souverain de propriété de l'employeur et de son pouvoir de direction (4), d'aucuns ajoutant, pour nuancer cette vision, « afin de garantir l'exploitation capitaliste du travail » (5).

Assurément, cette conception n'est pas dénuée de fondements. Il n'en demeure pas moins qu'à ne penser que dans ces termes – celui du rééquilibrage du rapport de subordination – on laisse de côté, sans le voir, le fait que le droit social, à maints égards, contredit les fondements même du droit privé des contrats dans un sens, lui, clairement défavorable au salarié.

Le vingt-cinquième anniversaire de l'adoption de la directive européenne 91/533 CE du 14 octobre 1991

relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, d'une part, la promulgation de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, d'autre part (6), nous donnent ici l'occasion de mettre en lumière certains aspects de cette dissymétrie aménagée tant par la loi que par une jurisprudence toute prétorienne.

Et cette dissymétrie est d'autant plus fondamentale que le présupposé de la liberté et de l'égalité, en droit

* Raoul Vaneigem, « Banalités de base », Internationale situationniste, Bull. n°7, avr. 1962.

(1) Principe désormais codifié à l'article 1102.

(2) Pour un bon aperçu de cette construction, cf. Francis Holdern, « Du Code civil à un droit spécifique », Cahiers de l'Institut régional du travail, Université d'Aix-Marseille II, 1991.

(3) Pour reprendre les termes de François Ewald dans son introduction à la *Naissance du Code civil* (éd. Flammarion, 1989).

(4) Jean-Emmanuel Ray allant jusqu'à avancer, dans ce sens, qu'au profit des salariés « le droit du travail cherche à compenser l'inégalité économique employeur-salarié, en créant une inégalité juridique » (*Droit du travail, Droit vivant*, éd. 2011 p.23). Mais où

est donc cette inégalité en faveur du salarié, alors même que le contrat de travail se définit par la subordination juridique, c'est-à-dire juridiquement garantie ?

(5) Cette approche est celle des juristes s'inscrivant, à une certaine époque, dans la mouvance du matérialisme historique, dans le sillage de Gérard Lyon-Caen, dont l'article paru dans cette revue en 1950 (« Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », Dr. Ouv. 1950, p.1, reproduit en 2004, p.52) doit être regardé comme inaugural, et notamment Antoine Jeammaud (cf. en particulier *Le Droit capitaliste du travail*, Presses universitaires de Grenoble 1980).

(6) Hasard du calendrier, cette ordonnance prendra effet le 1^{er} octobre 2016.

des parties au contrat de travail, est précisément ce qui fonde en légitimité – bien plus que le droit social, comme l'énonce Alain Supiot (7) – cette très singulière

notion de marché du travail, à mi-chemin entre l'économique et le juridique. Puisqu'à défaut, il ne s'agirait que d'un marché des travailleurs...

I. Sur les éléments essentiels du contrat de travail

Si les gouvernements français, quelle qu'en soit la couleur ou nuance politique, ont su faire preuve d'une désinvolture constante à l'égard des instruments communautaires relevant du droit social, mettant ainsi près de dix ans à transcrire en législation interne le droit des jeunes à bénéficier d'un repos hebdomadaire de deux jours continus, ou celui de tout travailleur à un repos quotidien de onze heures, ce mépris a sans doute culminé à l'occasion de la transcription de la directive précitée.

Cinq ans plus tard, un auteur notait que « ce texte n'a pas été transcrit en droit français » (8). On ne saurait assurément lui faire grief de n'avoir vu que cette transcription avait été déjà réalisée par le décret n°94-761 du 31 août 1994, dite « portant transcription de la directive n°91-53... ». On attendait une loi, ce fut un décret – et bien au-delà du délai de transcription imposé (9). Dans un temps où la logorrhée en matière de production législative et réglementaire sévit, il est, en effet, peu surprenant que lui ait échappé ce que l'on pourrait qualifier d'entrefilet dans le Journal Officiel, se bornant juste à rajouter une ligne aux bulletins de paie, à tous les bulletins de paie et non seulement au premier émis après l'embauche. Soit, plus précisément, la phrase rituelle : « durée du préavis : licenciement, article L.1234-1 du Code du travail, démission, se référer aux usages applicables », ce qui relève dans une large mesure du comique : les « usages » dans les secteurs très éclatés, non couverts par des conventions de branches, étant, par construction, tout hypothétiques... Pour le reste, le gouvernement estimait, en effet, que la feuille de paie issue de la loi du 4 mars 1931 comportait toutes les mentions imposées par cette norme communautaire.

Et pourtant, si l'on s'y penche quelque peu attentivement, la transcription de cette directive méritait assurément une loi. Elle fixe, en effet, un certain nombre de clauses essentielles liant les parties, dont nous n'évoquerons ici que quelques-unes.

A. Le descriptif succinct des tâches de travail

Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'une mention telle que « ELS » (10) constitue effectivement une description sommaire... Et que dire des bulletins de paie d'entreprises relevant de la convention collective nationale des cabinets d'architecte, qui, au motif que la grille de classification de cette convention est établie sur les seuls fameux critères classants, sans mention aucune des usuels « emplois-repère », ne font apparaître qu'un simple coefficient, mettant sur la même strate architectes, économistes, urbanistes, responsables comptables... ?

On voit là que cette paresse du législateur, se refusant à imposer l'établissement d'un « descriptif du poste de travail » est susceptible, pour le moins, de créer des flous, des indéterminations (11) quant à l'objet fondamental du contrat : ce à quoi s'oblige le salarié.

Mais sans doute s'agit-il de tout autre chose que paresse : cette obligation reviendrait, de fait, à rendre contractuelle les *fiches de poste*, désormais largement généralisées, ou les *descriptifs du poste occupé* figurant en préambule des entretiens d'évaluation, toutes choses que les employeurs veulent maintenir dans l'infra-contractuel, c'est-à-dire dans le domaine de la subordination.

Et si la disparition des grilles conventionnelles de métiers a permis ce glissement vers l'infra-contractuel de la définition de l'objet du contrat, ce qui établit que la liberté et l'égalité contractuelle s'articulent avec le droit collectif à la négociation, nous noterons ici que ce même glissement se retrouve dans les objectifs quantitatifs. Naguère courants dans les contrats de certaines catégories de salariés, notamment les commerciaux, comme mécanisme déclencheur de primes ou comme motif de rupture du contrat en

(7) *La gouvernance par les nombres*, 2015, Fayard.

(8) Dr. Soc. 1996, n°2, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », p.132. Tel autre, quant à lui, voyait dans les textes instituant la déclaration préalable à l'embauche une telle transcription pour la constater, ce qui est logique, incomplète (« La sophistication des clauses du contrat de travail », Dr. Ouv. décembre 1997, p.478). Et récemment, un auteur (« Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *La Semaine Juridique Sociale*, décembre 2015) énonçait que « la directive de 1991 n'a jamais été transposée... ».

(9) La date butoir imposée était fixée au 1^{er} juin 1993 par l'article 9.1. de la directive.

(10) Employé(s) libre-service : aussi bien affecté(s) aux caisses, en rayon, à la mise en rayon à l'aube...

(11) Sur l'indétermination du poste de travail, cf. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, éd. 2015, p.120.

cas de non-satisfaction de ceux-ci, ils ont quasiment disparu au niveau contractuel, pour se retrouver, généralisés, dans le cadre des entretiens d'évaluation, comme mode discret de sanction et comme faits générateurs de primes, aux critères fixés unilatéralement.

B. Le lieu de travail

La question du lieu de travail comme élément du contrat se pose au premier chef lors de sa modification, et l'on sait tout le débat relatif à la distinction entre changement des conditions de travail et modification du contrat de travail en cas de déménagement de l'établissement au sein duquel le salarié effectue sa prestation de travail, où la fixation de la solution de continuité relève largement de l'arbitraire du juge prud'homal. Si cette question a été traitée dans ces pages avec brio par Muriel Fabre-Magnan (12), il importe de souligner que la rupture de la terminologie d'une modification substantielle/non substantielle du contrat, au-delà d'une clarification de la sémantique juridique applaudie par les commentateurs, a été accompagnée par un reniement d'un des principes essentiels du droit des contrats. En effet, il ne s'est agi de rien moins que l'abandon de la recherche de la volonté commune des parties. Là où était pris en compte le domicile de chaque salarié pour apprécier l'existence ou non d'une modification substantielle du contrat, un décentrement a été opéré, traitant sur le même plan l'ensemble de la communauté de travail. Que l'employeur, en termes de sécurité juridique, trouve son compte dans cette nouvelle optique, sans doute. Mais assurément pas les travailleurs, ni le droit civil, bien malmené (13).

Mais au-delà de ce point, se pose ici la question des clauses de mobilité, qui se sont multipliées ces dernières années. Naguère, elles ne concernaient guère que les cadres, elles se retrouvent désormais insérées dans les contrats d'adhésion que sont amenés à signer, sans pouvoir les négocier, de simples employés, voire des travailleurs temporaires, dans le

cadre des nouveaux contrats à durée déterminée. Or, la directive 91/533 précise que compte au nombre des éléments essentiels du contrat et doit être mentionné en tant que tel « le lieu de travail », ou « à défaut de lieu de travail fixe, le principe que le travailleur est occupé à divers endroits, ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur » (14). Dès lors, il convient de s'interroger si les clauses de mobilité ne constituent pas des stipulations relevant d'une forme illégale de l'*opting out* et ne devraient pas être constatées comme nulles, au même titre que la Cour de cassation sait écarter les clauses permettant à un employeur de passer librement un travailleur de jour en travailleur de nuit (15), et cela, alors même que l'article L. 3122-37 (16) du Code du travail ne reconnaît pas, au moins implicitement, qu'un tel changement d'horaire constitue une atteinte au contrat.

À défaut de s'incliner enfin devant le droit communautaire, et de faire du droit interne une lecture conforme à celui-ci (17), on ne peut qu'espérer que le juge prud'homal reconnaîtra, dans l'immense majorité des cas, dans le contrat de travail un contrat d'adhésion tel que défini au nouvel article 1110 du Code civil (18), et saura constater la nullité de ces stipulations léonines (19) que constituent maintes clauses de mobilité, en application de l'article 1171 tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016, dès lors qu'elles créent « un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat. »

C. La rémunération

Constituent donc un élément essentiel de la relation de travail les éléments de rémunération. Qui s'en surprendrait, puisque celle-ci est la contrepartie de la prestation de travail ? D'autant que la Cour de cassation ne se fait pas faute de le rappeler, allant jusqu'à énoncer que, même sans modifier le montant perçu, « le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord » (20).

(12) « Le forçage du consentement du salarié », Dr. Ouv. juillet 2012.

(13) Pour une critique lucide de cette évolution jurisprudentielle, prétendument respectueuse de la souveraineté du contrat, cf. Alain Supiot, *La Gouvernance par les nombres - la disponibilité : l'indétermination des conditions de travail*, pp. 356 et s. et, dans ces pages, Francis Saramito (Dr. Ouv. septembre 2008, p. 484).

(14) Précision et distinction essentielles pour ce qui concerne la prise en compte des temps de trajet pour les salariés itinérants (cf. CJUE aff. C-266/14, 15 septembre 2015, Dr. Ouv. 2016 p. 169 n. V. Lacoste-Mary).

(15) Cf. Cass. Soc. 18 décembre 2001, n° 98-46.160 et, dans le même sens, 14 octobre 2008, n° 07-40.092.

(16) « Lorsque le travail de nuit est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, notamment avec la garde d'un enfant ou la prise en charge d'une personne dépendante, le salarié peut refuser d'accepter ce changement sans que ce refus constitue une

faute ou un motif de licenciement. » : ce qui veut dire que, dans les autres cas, le refus est fautif... et que, corrélativement, on se trouve dans le registre de la modification des conditions de travail et non dans celui de la modification du contrat.

(17) Ce à quoi appelait Philippe Waquet dans *Liaisons Sociales Magazine* d'octobre 1998 (cité par Pascal Moussy, « Un pas en avant, deux pas en arrière », Dr. Ouv. janvier 1999, p. 3).

(18) « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

(19) Telles des clauses de mobilité régionale incluses dans des contrats de travail d'agents de surveillance, y compris dans des contrats à durée déterminée conclus pour surcroît d'activité de brève durée, permettant de les muter à cent kilomètres de chez eux, sans prise en charge aucune des frais engagés...

(20) Cass. Soc. 28 janvier 1998, SA *Systia informatique*, n° 95-40.275.

Toutefois, ce statut contractuel de la rémunération n'est pleinement vrai que pour ce qui concerne les stipulations écrites. Pour le reste, on sait ce qu'il en est : la paie est pour partie composée d'éléments contractuels, pour partie d'éléments conventionnels et pour partie de ce qui relève de l'usage, tel, par exemple, un treizième mois, voire du pur arbitraire de l'employeur, soit les classiques « primes exceptionnelles », lorsqu'elles n'ont pas pour fonction de rémunérer illégalement les heures supplémentaires.

De ce fait, la réception du premier bulletin de paie par le salarié, après la conclusion de son contrat ou sa modification, est tout sauf une réelle et sincère information pleine et entière. *Quid*, en effet, du partage entre le contractuel, le conventionnel éventuellement précaire, sous réserve des dits avantages individuellement acquis (21), et le gracieux, qui l'est éminemment, tant qu'en raison de sa généralité, de sa fixité et sa constance (mais de son importance également), il ne s'est pas intégré au contrat de travail (22) ? *Quid* également des modes de calcul des primes ? *Quid* enfin des primes à périodicité non mensuelle ? En quoi le premier bulletin de paie informe-t-il le salarié de celles-ci ? Et qu'en est-il de l'empire du contrat, lorsque la Cour de cassation (23) estime qu'un changement d'horaire peut légitimer une prime « non-contractuelle », dès lors que ce changement d'horaire n'est qu'une modification des conditions de travail ?

Lorsque donc la directive 91/533 énonce que doit figurer sur la notification « *le montant de base, les autres éléments constitutifs, ainsi que la périodicité de la rémunération à laquelle le travailleur a droit* », c'est-à-dire *tous* les éléments de rémunération, elle vise, si on lui donne un sens plein et entier, à contractualiser tous les éléments de salaire, c'est-à-dire à limiter l'arbitraire de l'employeur, le paternalisme du patron...

Au demeurant, il convient de rappeler ici que c'est ce que font (en principe) les dispositions législatives régissant les contrats de travail à durée déterminée (24) ainsi que les contrats de travail tempo-

raires (25) et, dans une formulation moins rigoureuse, ceux à temps partiel (26), aux fins de garantir le respect de la parité de traitement.

Sans nul doute, avons-nous fait une lecture de la directive 533/91 CE lui donnant son plus grand sens (27) ; une autre lecture, toute inverse (tant les textes de compromis, tels ceux du droit communautaire, le permettent, voire favorisent, pour éluder d'insolubles contradictions), est évidemment possible. C'est ce que fit Gérard Couturier naguère dans une simple note en bas de page, en avançant que « *les arguments tirés de cette directive ne sont que d'une portée limitée parce que ses règles posent des obligations précontractuelles d'information : elles n'ont pas pour objet de déterminer le contenu du contrat lui-même* » (28). Force est, cependant, de s'interroger, si l'on retenait l'argument, sur la nature de ce singulier contrat où l'une des parties – l'employeur – aurait toute faculté de modifier (en sa faveur) un élément essentiel des obligations contractées : s'agirait-il encore réellement d'un contrat, conclu entre des parties libres et égales en droit ?

Mais au-delà de ce débat, si fondamental soit-il, de la portée qu'il convient de donner à cette notion d'« *élément essentiel du contrat de travail* », portée qui concerne essentiellement les conflits naissant à l'occasion d'une modification de ceux-ci, il importe de voir que, dans une lecture comme dans l'autre, le contractant employeur est placé en surplomb du contractant salarié à double titre, par une dénivellation temporelle – la notification doit se faire dans le mois qui suit la conclusion du contrat – mais également, et plus fondamentalement, de l'unilatéralité du contrat : l'employeur informe le salarié des conditions contractuelles... Dès lors, comment dénier que, sauf preuve contraire, le contrat de travail soit un contrat d'adhésion, avec les effets qui en découlent, de par l'ordonnance de février 2016, d'annulation des clauses abusives, mais également de l'interprétation des clauses ambiguës en faveur de la partie faible au contrat et non plus de celle qui

(21) L'avant-projet de loi *El Khomri* prévoyant de réduire ces acquis au seul maintien de la rémunération.

(22) Cass. Soc. 11 mars 2008, n° 07-40.210, Dr. Ouv. septembre 2008, p. 491, n. Patrice Adam.

(23) Cass. Soc. 9 avril 2015, n° 13-27.624.

(24) Article L.1242-12 : « *Le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. À défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. Il comporte notamment : 7° Le montant de la rémunération et de ses différentes composantes, y compris les primes et accessoires de salaire s'il en existe (...)* ».

(25) Par le jeu des dispositions combinées des articles L.1251-16 et L.1251-43.

(26) Article L.3123-14 : « *Le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit. Il mentionne : 1° La qualification du salarié, les éléments de la rémunération (...)* »

(27) Comme le fit naguère l'un des auteurs précités note 8 (Dr. Ouv. 1997).

(28) « *Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail* », Dr. Soc., novembre 1998, p. 879 : on s'étonnera de voir qualifiée de précontractuelle une notification effectuée dans le mois qui suit la conclusion du contrat. Gérard Couturier ne voulait-il pas plutôt dire « infra-contractuel » ?

s'oblige ? Comment contester, de même, que ces contrats soient conclus sans respect, à tout le moins, de l'obligation d'information loyale consacrée par

l'article 1112-1 nouveau du Code civil (29) non pas postérieurement à la conclusion du contrat, mais lors de la phase des négociations ?

II. Sur les dissymétries informationnelles

Si la liberté et l'égalité (en droit) constituent l'axiomatique sur la base de laquelle se fonde le libéralisme, l'établissement d'un marché fondé sur une concurrence libre et non faussée présuppose une circulation sans rétention de l'information. Si, à cet égard, notre Code civil napoléonien restait muet quant à l'obligation d'information à charge des contractants, en retard en cela du droit de la consommation ou du droit à la santé, qui l'établissent clairement en faveur de la partie faible – le consommateur, le patient – la récente ordonnance vient, faisant bien davantage qu'un simple toilettage des textes, imposer une obligation sans équivoque d'information réciproque, qui s'inscrit clairement dans le registre plus large de la conclusion de bonne foi des contrats, y inclus la phase de négociation.

Et il convient ici de revenir sur cette fameuse notification écrite des conditions essentielles du contrat de travail. En effet, quelle que soit la lecture que l'on fasse, la question se pose quant à la nature précise de cet étrange contrat où la partie forte (l'employeur, il est bon de le souligner aujourd'hui) n'est tenue que d'*informer* après coup la partie faible (le salarié, donc) des conditions essentielles du contrat conclu ou modifié, quitte, le cas échéant, à en tirer toutes les conséquences en cas d'opposition de ce dernier. Imagine-t-on, par exemple, des contrats de ventes d'immeuble où le cédant n'aurait à informer qu'après la vente l'acheteur de présence d'amiante par exemple ? La directive européenne et sa très maladroite transcription en droit interne

apparaissent ainsi en pleine contradiction avec la règle de négociation et de conclusion de bonne foi des contrats, incluant éminemment l'obligation d'information inscrite à l'article 1112-1 (nouveau) du Code civil.

Mais cette dissymétrie informationnelle n'est pas unique. Elle se retrouve ainsi dans le jeu combiné des articles... du Code du travail. Soit, en effet, un salarié qui se voit proposer, ainsi que nombre de ses collègues, une modification du contrat de travail pour motif économique. Celui-ci se trouve ainsi dans l'obligation de choisir, dans l'ignorance totale des conditions, pourtant déjà connues de l'employeur et, à ce titre, cocontractant, dans lesquelles il se verra licencié (primes extra-conventionnelles, aide à la création d'entreprise...). Bien entendu, l'option jurisprudentielle, pleinement cohérente avec la lettre du texte, qu'est venue battre en brèche la loi n°2005-32 du 18 juillet 2005, mettait-elle l'employeur dans une position défavorable : il devait, en effet, élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi sans connaître la réponse des salariés, et donc dans l'ignorance du nombre de licenciements économiques qu'il aurait à prononcer. Du point de vue purement logique, il semble impossible d'établir, dans cette situation, une règle mettant les parties au contrat à égalité en termes d'incertitude quant à la position de l'autre joueur-contractant. Mais le fait est que la loi a choisi de mettre en position d'infériorité la partie faible au contrat. Au nom de quelle légitimité ?

III. Sur le principe d'incertitude

Enfin, cette dissymétrie informationnelle se retrouve dans et par la transcription en droit interne de la notification des conditions essentielles du contrat de travail, puisque, on l'a vu plus haut, le salarié n'est pas pleinement informé par son bulletin de paie quant à celles-ci. Ainsi : cette prime d'astreinte qui figure sur le bulletin de paie constitue-t-elle un tel élément ? Nullement, répond la Cour de cassation

dans un surprenant arrêt : le salarié ne possède aucun droit acquis en la matière... On voit donc que, bien au-delà de la dissymétrie informationnelle, se trouve la question de l'incertitude généralisée dans laquelle est placé le salarié à tous égards, et les clauses de non-concurrence, bien que largement cadrées par la jurisprudence et toutes contractuelles qu'elles doivent être, en sont l'archétype. En effet, tous les

(29) « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Mais nous ne doutons

nullement que ces nouvelles dispositions seront utilisées par les seuls employeurs pour légitimer des licenciements suite à des « découvertes » quant à leur passé, et non révélées spontanément par leurs salariés lors de leurs entretiens d'embauche...

accords collectifs qui les instituent prévoient la possibilité de la levée de la clause par l'employeur lors de la rupture du contrat, le libérant ainsi de l'obligation de verser sa contrepartie. De ce fait, un effet inhibiteur dans la recherche d'un autre emploi par le salarié pendant l'exécution du contrat de travail joue pleinement, pour un coût nul pour l'employeur...

Et il convient ici de rappeler que dans un jeu – ici, le jeu du contrat – la partie en position de force est toujours celle qui maîtrise en sa faveur le plus grand degré d'incertitude.

Cette dissymétrie, propre au contrat de travail, est rendue encore plus criante par la nouvelle rédaction

du Code civil. En effet, dans ses articles relatifs à la négociation, la règle est posée que « *l'offre faite à personne déterminée ou indéterminée comprend les éléments essentiels du contrat envisagé...* » (30). Dès lors, la règle posée par la directive 91/533, et plus encore sa pauvre transcription en droit interne, dérogent-elle radicalement à ce nouveau principe, par inversion temporelle mettant l'employeur en surplomb du salarié dans l'acte contractuel, y inclus pour ce qui concerne les contrats à durée déterminée, puisque ceux-ci, ainsi que les contrats de travail temporaire, doivent être remis dans les deux jours qui suivent l'embauche ou la mise à disposition (31).

IV. L'effet relatif des contrats

L'un des principes fondamentaux posés par le Code civil est celui de l'effet relatif des contrats, principe réaffirmé par la nouvelle rédaction du Code civil, son atteinte violant le principe de liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Or, à cet égard, le droit du travail, à double titre, s'en écarte pour ce qui concerne, d'une part, la survie des contrats de travail en cas de modification juridique de l'employeur et, d'autre part, pour ce qui est de l'effet des accords collectifs.

A. La survie des contrats

La loi du 19 juillet 1928 ajouta un alinéa à l'article 23 du code de 1910, devenu par la suite le célèbre L. 122-12 et désormais L. 1224-1. Il ne s'agissait pas alors de protéger l'emploi – la crise de 1929 n'était nullement envisagée – mais bien plutôt d'attacher les salariés à leurs machines, comme les serfs jadis à la terre. Au même titre que les seigneurs du Moyen-âge, les industriels avaient besoin d'eux, tout autant que des machines et des murs qu'ils rachetaient. Et comme le notait brillamment Michel Henry, dans un article aussi décisif que bref dans ces pages, « *l'ardeur mise par les patrons de la sidérurgie aurait dû attirer l'attention de ceux qui n'ont vu dans cette règle qu'un progrès du droit social sur le droit civil, en l'espèce le principe de l'effet relatif des contrats* » (32).

Bien entendu, cet article L. 1224-1 du Code du travail, en tant qu'il impose aux salariés concernés le transfert de leur contrat, et donc la poursuite de leur travail au profit du repreneur, est manifestement contraire aux dispositions de l'article 1274 du Code civil imposant l'accord du débiteur lorsqu'il y a novation, notamment – et tel est le cas lorsqu'il y a transfert d'établissement – lorsque, « *par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé* » (33). Là encore, le cocontractant salarié est traité comme un mineur... Et l'approche institutionnelle (34) de la relation de travail ne saurait utilement être invoquée ici : l'Allemagne, terre d'élection de cette approche, admet, à l'inverse, le droit d'option (ou d'opposition à son transfert) du salarié et, par ailleurs, cette distorsion par rapport aux principes civilistes n'a été posée par la loi que dans le seul intérêt de la partie patronale...

B. L'effet des conventions collectives

Dans un temps où désormais le « dialogue social » au sein des entreprises est devenu en lui-même une vertu de nos modernes démocraties – fut-ce, mais cela n'est pas avoué, dans le but de faire baisser le coût du travail – bien des lecteurs ignorent sans doute que, avant leur reconnaissance par la loi en

(30) Article 1113. Ainsi faudrait-il, en toute logique, que les offres d'emploi à Pôle Emploi mentionnent les éléments retenus par la directive...

(31) Articles L. 1242-13 et L. 1251-42 du Code du travail.

(32) « Le droit du travail est-il une conquête de la classe ouvrière ? », Dr. Ouv. novembre 1992, p. 390, et l'on ne peut que regretter que des auteurs récents aient ignoré cette mise en garde, tel Jacques Le Goff, qui y décrypte un mystérieux progrès, dans une logique toute marquée par l'idéalisme hégélien et le positivisme d'Auguste Comte, conduisant l'humanité laborieuse

vers l'avènement de sa pleine reconnaissance et maturité (cf. *Du Silence à la parole*, éd. L'Univers des normes, Presses universitaires de Rennes, p. 325).

(33) Article 1271 ancien (et encore en vigueur du Code civil), la nouvelle rédaction issue de l'ordonnance de février maintient bien entendu ce préalable de l'accord du créancier.

(34) Sur l'opposition entre approche institutionnelle et approche contractuelle, voir en particulier Alain Supiot, *Critique du Droit du travail*, préc.

1919, les accords signés apparaissaient, aux yeux des juges et de la doctrine, comme un monstre juridique. Quelle valeur donner à ces étranges objets, fruits des luttes ouvrières, le plus souvent mettant terme à une grève ? Comment concevoir qu'une convention conclue entre un employeur et un syndicat puisse avoir un effet sur d'autres conventions : les contrats de travail ? C'était, à l'évidence, violer le principe de ce fameux effet relatif des contrats. Fut alors invoquée la stipulation pour autrui prévue à l'article 1121 du Code civil pour en admettre la licéité. C'est très précisément sur cette base, purement civiliste, que s'est construit le principe de faveur ou, en d'autres termes, la hiérarchie des sources du droit. Et c'est cette conception même qui a manifestement porté les juges de la Cour de cassation à estimer qu'une modulation du temps de travail modifiait le contrat de travail et que, dès lors, en ce que cette modification se faisait au détriment des salariés individuellement pris, elle ne pouvait leur être opposable et imposée. La loi sut mettre un terme rapidement à de telles errances passées.

Ce rappel peut sembler étrange désormais, alors même que la majorité des organisations syndicales, si ce n'est toutes, admettent aujourd'hui aisément qu'un accord puisse modifier les contrats de travail au nom sacro-saint de l'emploi, par diminution de la

rémunération ou par augmentation de la durée de travail, mais, bien au-delà et sans même cette justification, en instaurant des journées de douze heures de travail ou des repos journaliers fractionnés : et cela alors même que leurs effets désastreux pour la santé sont avérés (34 bis).

Notre propos n'est pas ici de retracer l'évolution du droit conventionnel au cours des trente dernières années, de la faculté de conclure des accords dérogatoires (à la loi) en matière de durée de travail à la possibilité de modifier les contrats de travail, des premiers accords de modulation aux accords d'entreprise prévus par le projet de loi « Travail » dont les clauses se substitueront aux clauses contraires des contrats de travail, c'est-à-dire plus favorables. Au-delà de ce singulier retournement de tout le sens de ce qu'est le syndicalisme, désormais pensé comme simple courroie de transmission (35) des directions d'entreprise, il faut ici souligner à quel titre ces accords, qui demeurent des conventions au sens de la loi, violent le principe d'effet relatif des contrats, et, qui plus est, là encore, dans une totale dissymétrie, puisque seules les clauses de ces accords, comme défavorables aux salariés, ont vocation à se substituer aux clauses plus favorables, le principe de non-intégration demeurant la règle absolue dans le cas inverse.

V. La charge de la preuve

A. L'écrit

Est-il besoin de rappeler ici que le principe inscrit dans le Code napoléonien est, qu'en matière d'acte juridique, l'écrit s'impose, au titre de l'article 1341 du Code civil ? Sous quelques réserves – celles en droit commercial, par exemple, qui ne nous intéressent pas ici – mais, implicitement, dans sa rédaction d'origine, en son chapitre infiniment bref relatif au contrat de louage de service, le très fameux article 1781 écartait cette obligation quant aux contrats des domestiques et ouvriers, en disposant qu'à leur égard « *Le maître est cru sur parole – pour la quotité des gages – pour le paiement des salaires de l'année échue – et pour les acomptes donnés pour l'année suivante.* ». Et non seulement, donc, cet article créait implicitement une

exception à l'obligation d'écrit, mais qui plus est, introduisait une inversion radicale, au profit du propriétaire des moyens de production, de l'employeur, dit-on aujourd'hui, de la charge de la preuve.

Lorsque cet article fut abrogé, par la loi du 2 août 1868, dans la période libérale du Second Empire, pour écartier l'obligation de preuve par écrit, la jurisprudence se référa à l'exemption prévue par l'article 1348 du Code civil, en raison de l'impossibilité morale d'exiger le constat par écrit des obligations : comment, en effet, l'ouvrier, placé sous subordination juridique de l'employeur, pourrait-il exiger de lui ce fameux contrat écrit ? Et cela demeure le motif pour lequel, en droit du travail, à ce jour encore, un tel écrit n'est pas exigé légalement (36) pour les contrats de droit

(34 bis) Cf. « Références en santé au travail » (INRS) mars 2014, n°137 : « Organisation du travail en 2X12 : les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs », L. Weibel et consorts

(35) Pour reprendre l'expression utilisée dans la remarquable étude ethnographique d'une entreprise de la grande distribution alimentaire de Marlène Banquet (*Encaisser, enquête en immersion dans la grande distribution*, La Découverte, 2015).

(36) La majorité des conventions de branche l'exigeant, mais des exceptions demeurent, telle la convention des bureaux d'architecte.

commun, c'est-à-dire les contrats à temps plein et à durée indéterminée, et cela, malgré le renvoi explicite du Code du travail au code fondateur, l'article L. 1221-1 rappelant que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* ». Encore convient-il de s'interroger sur la seconde phrase de ce même article : « *Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* »... Au-delà de l'hypocrisie consommée de la formule, l'employeur étant seul décideur en la matière et le rédacteur du contrat, sauf rarissime exception (37), cette formulation peut être lue comme une exemption implicite à la rédaction écrite du contrat (mais peut-on encore parler de forme au sujet d'un contrat verbal ?) ou seulement le rappel que rien ne s'oppose à ce qu'il fasse l'objet d'acte authentique...

Le problème est, toutefois, que c'est la position même de l'un des deux contractants – l'employeur – qui place la partie faible dans l'impossibilité morale d'obtenir un contrat écrit : dissymétrie, une fois de plus, dès lors que l'on admet que la partie dominante puisse se prévaloir de l'existence d'un tel contrat...

B. Le risque de la preuve

Au nom du principe inscrit à l'article 9 du Code de procédure civile, selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur, renforcé par l'alinéa 1^{er} de l'article 1315 du Code civil, les dispositions du Code du travail instaurant un aménagement de la charge de la preuve en matière de licenciement (38), de temps de travail (39), puis de discrimination (40), apparaissent comme purement dérogatoires en faveur du salarié et dérogatoires au droit commun. Cette approche doit être toutefois fortement nuancée. Ce même article du Code civil, dans son second alinéa, énonce, en effet, que « *celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou l'extinction de son obligation* ». Et c'est au visa de ce texte que la Cour de cassation estime, sans texte spécifique inscrit au Code du travail, qu'il appartient à l'employeur de démontrer la réalité du surcroît de travail ayant justifié le recours au contrat à durée déterminée conclu pour ce motif (41) ou à l'entreprise

utilisatrice en cas de recours au contrat de travail temporaire (42).

Il nous semble qu'en matière de rapport de travail, ce deuxième alinéa reste fort oublié, même si, ces dernières années, la Cour de cassation a su en faire redécouvrir la portée aux juges du fond et plus largement faciliter l'accès à la preuve par les salariés, notamment dans le cadre des contentieux en discrimination ou fondés sur le principe « à travail égal, salaire égal ».

À l'inverse, force est de s'interroger sur les dispositions de l'avant-projet de loi légitimant le licenciement pour motif personnel en raison d'un accord conclu au nom de l'emploi, offensif ou défensif, la conclusion d'un accord collectif, en raison du seul motif pour lequel il a été conclu, la défense ou la promotion désormais de l'emploi, faisant obstacle au juge d'apprécier la réalité des difficultés économiques arguées.

Notre propos, en conclusion, n'était pas ici de faire valoir le contrat de travail comme l'« *ultime rempart* » des salariés. Dans un temps où l'accord collectif est désormais voué le plus souvent à orchestrer la régression des droits des salariés et où le principe de faveur inscrit aux articles L.2251-1 et L.2254-1 du code du travail n'est plus qu'un affichage, une pétition de principe, avant sans doute que de disparaître, il ne saurait l'être (43).

Notre propos ne se veut pas davantage une réhabilitation du Code civil contre le Code du travail, encore moins dans sa nouvelle rédaction qui, inscrite dans l'idéologie *law and economic*, ne cesse de proclamer viser une « *efficacité économique du droit dans une économie mondialisée* », où il convient de renforcer l'attractivité de notre législation. Notre propos n'est pas, enfin, de faire l'apologie du droit social communautaire, dont on ne sait que trop les limites. Et si nous avons montré à quel titre le droit applicable aux contrats de travail est dérogatoire au droit commun dans un sens défavorable au salarié (44), mettant, dès l'instant de la conclusion, l'employeur-cocon-

(37) En particulier les footballeurs et autres sportifs de haut niveau, « négociés » par leurs managers, leur club ou agent commercial.

(38) Loi du 13 juillet 1973.

(39) Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992.

(40) Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002.

(41) Cass. Soc. 1^{er} février 2000, n° 97-44.952.

(42) Cass. Soc., 28 novembre 2007, n° 06-44.843.

(43) L'avant-projet de la loi sur la négociation collective, en notre main au moment où nous écrivons, pose bien ce principe de faveur au sein même du fameux préambule... mais avec la réserve suivante : « *sauf quand la loi en dispose autrement...* » (article 56).

(44) N'évoquant qu'en passant, puisque ce n'est pas l'objet de notre propos premier, dans cette simple note en bas de page, la dérogation en matière de prescription du contentieux du contrat de travail, toujours inférieur à celle de droit commun des six mois prévus par l'article 2271 du Code Napoléon aux trois ans, voire une année seulement, actuels, d'autant plus choquants dès lors qu'engager une action prud'homale contre celui auquel on est soumis par un lien de subordination juridique est pour le moins délicat. Et n'évoquant de même que le seul droit du travail rompt avec le principe de réparation intégrale du préjudice subi, en matière d'accident du travail jusqu'alors seulement, mais l'on a vu à quel point le gouvernement était prêt à effectuer cette rupture en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

tractant en constant surplomb du salarié, ce n'est pas pour affirmer que l'exploitation du travail salarié ne saurait s'accommoder de l'application stricte des règles civilistes.

Nous souhaitons juste ici, montrer cet atavisme persistant depuis quelque deux siècles par lequel la règle posée par l'État refuse au salarié cette égalité en droit, alors qu'elle, et elle seule, avec la liberté, fonde la légitimité des conventions, et dans quelle mesure le libéralisme n'hésite pas à nier les principes de droit qui le fonde, afin de garantir l'inégalité entre le capital et le travail (45). Nous voulions faire ressortir comment l'égalité formelle qui légitime l'inégalité réelle est un leurre (46).

Nous souhaitons, au-delà, montrer à quel titre le contrat de travail est une « simple fiction, dont le contenu ne peut être réellement connu, ni discuté lors

de l'embauche », comme le disait si justement Gérard Lyon-Caen dans un article célèbre (47) et demeurant, quarante ans plus tard, d'une ardente actualité. Et il suffit, pour s'en convaincre, de songer à l'instant et au lieu où la naissance du contrat est rapportée ou datée – l'entretien d'embauche – pour se convaincre qu'il ne s'agit pas là pleinement d'un contrat, que le déséquilibre est là, déjà, et la subordination effective. Qu'il y a non pas échange de consentements, mais juste, de la part du salarié, acte d'allégeance à celui dont il est immédiatement le subordonné. Et que cette fiction-là même, le droit n'a jamais su la porter réellement.

Jacques Déchoz

(45) Ce en quoi nous ne saurions adhérer à l'affirmation d'Alain Supiot, selon lequel « L'ordre juridique ne peut s'accommoder durablement de contradictions internes. De telles contradictions le travaillent de l'intérieur, et conduisent lentement, mais sûrement, à sa transformation. » (*Critique du Droit du travail*, p. 118).

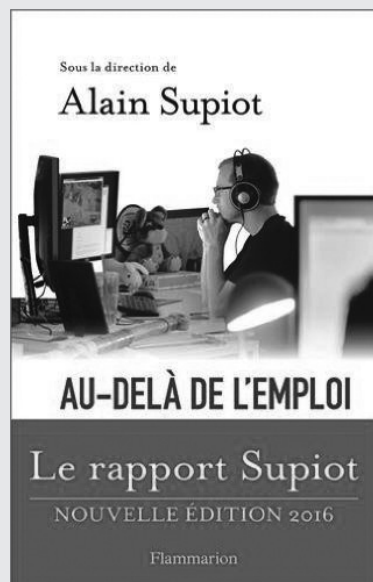
(46) Et il ne serait que trop aisé de montrer à quel point cette distorsion, que nous avons étudiée sur le seul plan du droit civil, se retrouve dans le droit pénal. La condamnation à des peines de

prison ferme de militants de Goodyear est là pour en témoigner, mise en regard de la mansuétude de la justice à l'égard des employeurs, poursuivis pour non-paiement de salaire ou suite à des accidents du travail mortels où leur responsabilité est pourtant manifeste.

(47) « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974, p. 233.

AU-DELÀ DE L'EMPLOI LES VOIES D'UNE VRAIE RÉFORME DU DROIT DU TRAVAIL

Alain Supiot (dir.)



Flammarion coll. Essais - 2016
ISBN 978-2-08-138286-2
316 pages - 23 euros

Alain Supiot avait présidé à la rédaction d'un rapport commandité par la Commission européenne sur « les transformations du travail et le devenir du droit du travail en Europe ». À partir d'une analyse comparative des évolutions sociologique, économique, juridique et managériale de l'organisation du travail dans les pays-membres, ce rapport a avancé quelques propositions fortes pour le renouveau de ce qu'on appelait alors le modèle social européen. Traduit en plusieurs langues, c'est devenu au fil des années un « classique », qui a contribué au renouvellement des débats sur la crise de l'emploi, et auquel se réfèrent encore des responsables et des analystes de tous bords.

Alain Supiot nous propose une lecture actualisée de ce rapport, qui trace les voies d'une véritable réforme du droit du travail. Depuis le tournant du siècle, le passage à l'euro, l'élargissement de l'Union européenne, la financiarisation de l'économie, la crise de 2008... ont conduit à l'abandon de toute ambition sociale et à la réduction du droit du travail à un facteur d'ajustement aux contraintes de la globalisation. À rebours de ce renoncement, ce livre tient compte de la place centrale que le travail - dans la diversité et l'actualité de ses formes - occupe dans l'institution de l'Homme et de la Société, et aide à penser un projet politique porteur de plus de justice sociale.

Le numéro du Droit Ouvrier d'octobre 2015 intitulé *Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ? (Sur les ambiguïtés des réformes récentes en matière de chômage, formation professionnelle et complémentaire santé)*. Entretien entre avocats, syndicaliste, universitaires et Alain Supiot a examiné les prolongements récents, réels ou potentiels, de ce rapport.