

Gérer et anticiper la modification du contrat de travail ⁽¹⁾

par Franck PETIT
Professeur à l'université d'Avignon
et des pays de Vaucluse

PLAN

- I. **La modification en temps réel**
 - A. La proposition de la modification
 - B. Les conséquences de la modification
- II. **La modification anticipée**
 - A. L'anticipation d'une modification de secteur géographique
 - B. L'anticipation d'une modification dans l'aménagement du temps de travail
 - C. L'anticipation d'une modification de la rémunération

L'article L. 1221-1 du Code du travail soumettant le contrat de travail aux règles du droit commun des contrats, il est nécessaire que sa modification se fasse conformément à la règle de l'article 1134 du Code civil : celle-ci interdit au juge ou à l'une des parties d'imposer à l'autre partie la modification du contrat, c'est-à-dire de substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants (2). Mais on sait également que le salarié se place, en concluant un contrat de travail, sous la subordination de l'employeur et il risque, en refusant d'effectuer telle ou telle directive, sous prétexte qu'elle n'est pas conforme à l'objet de son contrat de travail, de commettre un acte d'insubordination.

À l'origine, le Code du travail ne s'est nullement préoccupé de cette question de la modification du contrat de travail. Cet oubli s'est révélé désastreux pour les salariés, puisqu'ils ne savaient jamais avec certitude s'ils pouvaient légitimement refuser une demande de changement des conditions d'emploi. C'est donc la jurisprudence qui a déterminé, à l'aide du droit commun des contrats, les règles applicables à la modification du contrat de travail.

Cette modification peut se faire en temps réel : cela signifie qu'il revient à l'employeur de solliciter, en cours d'exécution du contrat, l'accord du salarié pour modifier un élément du contrat, tel que le secteur géographique ou la durée du travail.

Mais la nécessité de recueillir à chaque modification du contrat l'acceptation du salarié rend sa gestion difficile. C'est pourquoi de nombreuses clauses ont vu le jour pour obtenir, de manière anticipée, l'acceptation du salarié à l'évolution de son contrat. On trouvera un exemple typique de cette situation à travers la clause de mobilité, qui permet à l'employeur d'obtenir à l'avance le consentement du salarié à la modification du lieu de travail. Ces clauses de modification ne sont pas sans danger, notamment lorsqu'elles entraînent des conséquences importantes dans la vie non pas seulement professionnelle, mais également personnelle du salarié. C'est pourquoi le juge s'est efforcé d'abord d'en contrôler la validité, ensuite d'en limiter le champ d'application.

Mais avant d'aborder la question de l'efficacité de ces clauses de variation, qui se caractérisent par l'acceptation anticipée du salarié à la modification de ses conditions de travail (partie II), on commencera par exposer le régime de la modification du contrat de travail en temps réel, celle qui se traduit par la signature d'un avenant (partie I).

(1) Cette étude constitue la version écrite d'une conférence faite le 13 juin 2016 au Palais de justice d'Avignon lors de l'assemblée générale des conseillers prud'homaux d'Avignon.

(2) Cass. Civ. 6 mars 1876 (affaire du Canal de Craponne), DP 1976, 1, 193, note Giboulot.

I. La modification en temps réel

Avant de s'intéresser aux conséquences d'une modification acceptée ou refusée (B), il convient de revenir au moment et à la formalisation de la proposition de la modification (A).

A. La proposition de la modification

La jurisprudence s'est efforcée de cerner la notion de modification, particulièrement en ce qui concerne le régime de la proposition, et, on le verra ultérieurement, celui de l'acceptation (§ 1). Mais dans le but de voir appliquer de nouveaux dispositifs considérés comme plus souples (modification des contrats pour motif économique, réduction du temps de travail décidée par voie conventionnelle), le législateur est intervenu par la suite pour s'écarter, sur tel ou tel point, des solutions retenues par application du droit commun des contrats (§ 2).

1. La notion de modification

Distinction entre modification du contrat et simple changement dans les conditions de travail

Les juges ont d'abord été amenés à distinguer la modification du contrat de travail de ce qui relevait de sa simple exécution. Cette distinction est d'un intérêt essentiel, car, dans l'hypothèse d'une modification, l'employeur doit recueillir l'accord du salarié, alors que, dans celle d'un changement des conditions de travail, le salarié commet une faute s'il refuse la directive de son employeur (3).

Jusqu'en 1996, la jurisprudence établissait une distinction entre les modifications substantielles – qui devaient être acceptées par le salarié – et les modifications non substantielles, qui pouvaient être imposées par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Mais, depuis un arrêt *Le Berre* du 10 juillet 1996 (3 bis), la Cour de cassation a abandonné cette distinction au profit de l'actuelle terminologie : la locution « *modification substantielle* » a été remplacée par celle de « *modification* », alors que celle de

« *modification non substantielle* » a disparu au profit de l'expression « *changement dans les conditions de travail décidé dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur* ».

Cette jurisprudence se justifie surtout d'un point de vue terminologique ; toute modification du contrat est, en effet, par nature, substantielle ; l'expression « *modification non substantielle* » heurtait donc le bon sens ; quant à la notion de « *changement des conditions de travail décidé dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur* », elle porte en elle-même sa justification : ce qui ne relève pas d'une modification du contrat peut être imposé au salarié, car ce dernier s'est placé sous la subordination de son employeur. Il doit donc accepter ce que l'employeur lui ordonne de faire dans l'exécution du contrat.

Aujourd'hui, pour savoir s'il y a modification du contrat de travail ou changement des conditions de travail, la Cour de cassation procède selon trois méthodes.

D'une part, sont considérés comme faisant nécessairement partie, même en l'absence d'écrit, de l'essence du contrat de travail – du « *socle contractuel* » (4) – les quatre éléments suivants : la rémunération, le « *secteur géographique* » (5), la durée du travail (6) et la qualification du salarié. Lorsque l'employeur entend toucher à l'un d'entre eux, il devra nécessairement recueillir l'acceptation du salarié. Par exemple, toute modification du salaire, même minime, est une modification du contrat de travail. La Cour de cassation a retenu cette solution à de nombreuses reprises. Celle-ci exclut toute modification unilatérale de la rémunération, « *aussi minime soit-elle* » (7), même plus avantageuse (8), même indirecte (9). Il a été jugé également que la perte d'un logement de fonction, en tant qu'elle entraîne la diminution d'un avantage en nature, vaut modification du contrat de travail (10). Puisque l'introduction d'un accord de modulation du temps de travail peut avoir une influence sur le niveau

(3) J. Péliissier, « La détermination des éléments du contrat de travail », Dr. Ouv. 2005 p. 92.

(3 bis) Bull. civ. n° 278, Dr. Ouv. 1996, p. 459, n. P. Moussy.

(4) Expression de Philippe Waquet ; add. du même auteur, « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », Dr. Ouv. 2007, p. 175.

(5) Seul un changement définitif de secteur géographique constitue une modification du contrat de travail ; une mutation géographique à titre temporaire échappe à cette qualification, dès lors qu'elle est justifiée et que le salarié est prévenu bien à l'avance du caractère temporaire et de la durée prévisible de celle-ci.

(6) A. Johansson, « Le contrôle par le juge des clauses contractuelles relatives à la durée et aux horaires de travail », Dr. Ouv. 2014, p. 634 ; dans le contrat de travail à temps partiel, la répartition du travail à

temps partiel constitue, autant que la durée du travail elle-même, un élément essentiel du contrat qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié (Cass. Soc. 11 oct. 2006, n° 05-41.760).

(7) Cass. Soc. 18 oct. 2006, n° 05-41.643.

(8) Cass. Soc. 5 mai 2010, n° 07-45.409.

(9) Sont assimilées à des modifications du contrat, parce qu'elles touchent indirectement au salaire, la remise en cause de l'exclusivité dont bénéficiait un VPR (Cass. Soc. 6 juil. 2004, n° 02-42.865), la restriction de la zone de prospection d'un attaché commercial (Cass. Soc. 26 sept. 2007, JCP S, 2007, 1877, n. A. Barège), la diminution significative de l'ouvrage fourni à un travailleur à domicile (Cass. Soc. 5 avr. 2006, Bull. V, n° 137 ; 26 sept. 2007, JCP S 2008, 1078, n. T. Lahalle).

(10) Cass. Soc. 14 nov. 2007, JCP S 2008, 1078, n. B. Bossu.

de rémunération du salarié, il était jugé, autrefois, que l'instauration d'une modulation du temps de travail constituait une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié (11). Mais cette solution a été contrée par une intervention législative, selon laquelle « *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* » (12).

D'autre part, la reconnaissance d'une modification peut être fonction de ce que les parties ont pu vouloir dans leur relation de travail. Elles ont pu faire entrer dans le champ contractuel des éléments considérés par elles comme déterminants (13), ou sciemment écarter telle ou telle disposition, indiquant ainsi leur volonté de ne pas s'y soumettre. Toute modification de cet accord de volontés constituera alors une modification qui devra être expressément acceptée par le salarié. Ainsi, l'introduction d'une clause de non-concurrence (14) ou de mobilité (15) dans un contrat qui n'en contient pas s'analyse en une modification du contrat de travail.

Enfin, de manière résiduelle, le juge se réfère, pour tout ce qui ne se rattache pas au socle contractuel, à l'importance de la mesure patronale. Dans cette hypothèse, la situation personnelle et subjective du salarié intervient peu dans la reconnaissance de la modification de son contrat de travail ; cette méthode s'applique, par exemple, pour la détermination de nouveaux horaires de travail ; si la modification est minime, elle s'analyse comme un simple « *changement des conditions de travail* » (16) ; tel est le cas lorsqu'un employeur demande à un directeur administratif et financier d'être présent le vendredi après-midi, sans remettre en cause la durée du travail prévue au contrat (17) ; en revanche, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit constituera une modification du contrat de travail, de même que le passage d'un horaire variable à un horaire fixe (18), ou inversement (19).

(11) Cass. Soc. 28 sept. 2010, Dr. soc. 2011, p. 154 ; J. Barthélémy, « Modulation des horaires et contrat de travail », Dr. Soc. 2011, p. 151.

(12) Art. L. 3122-6 C. trav., issu de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 45. V. not. I. Odoul-Asorey, « Les temps modernes : entre résistance et soumission du contrat de travail face à l'accord collectif », Dr. Ouv. 2015, p. 218.

(13) Cass. Soc. 31 mai 2006, n° 04-43.592 : « *Lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié* ».

(14) Cass. Soc., 7 juil. 1998, RJS 1998, n° 958.

(15) Cass. Soc., 2 avr. 1998, Bull. V, n° 196.

2. Les interventions législatives

Procédure de licenciement pour motif économique

La loi du 20 décembre 1993 a introduit dans le Code du travail (20) une procédure spéciale en matière de modification pour motif économique, procédure qui déroge sur de nombreux points au droit commun de la modification du contrat. L'employeur qui envisage une telle modification est tenu de la proposer par écrit au salarié. Si ce dernier ne répond pas à la proposition dans le délai d'un mois, il est censé l'avoir acceptée. S'il veut la refuser, il peut le faire par écrit ; en présence d'un tel refus, l'employeur peut alors prononcer le licenciement – si la modification repose sur une cause réelle et sérieuse, mais il peut également renoncer à sa proposition (21).

Refus d'un accord de maintien de l'emploi ou d'un accord de mobilité interne

Depuis la loi du 14 juin 2013, les employeurs ont la possibilité de conclure des accords de maintien de l'emploi « *en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise, dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives* » (22) ; cet accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement, de la part de l'employeur, de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, ainsi que la rémunération. L'accord de maintien de l'emploi détermine les modalités selon lesquelles chaque salarié est informé de son droit d'accepter ou de refuser l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail. À défaut, cette information est faite par l'employeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, précisant que le salarié dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le salarié, en l'absence de réponse dans ce délai, est réputé avoir accepté l'application de l'accord à son contrat de travail.

(16) Par exemple, constitue un simple changement des conditions de travail le fait de muter un salarié sur un site situé à 25 kilomètres, site accessible par voie rapide, les deux sites étant dès lors situés dans le même secteur géographique (Cass. Soc. 27 sept. 2006, n° 04.47.005).

(17) Cass. Soc. 24 janv. 2007, n° 05-42.688.

(18) Cass. Soc. 24 janv. 2007, n° 05-42.688.

(19) Cass. Soc. 14 nov. 2000, Bull. V, n° 365.

(20) Art. L. 1222-6 C. trav.

(21) Pour une illustration du contrôle judiciaire de la mise en œuvre Cass. Soc. 23 sept. 2008, n° 07-42.602, Dr. Ouv. 2009, p. 82, n. A. Mazières.

(22) Art. L. 5125-1 C. trav. ; v. not. A. Soumeire, « Accords de compétitivité, accords de maintien de l'emploi : l'affaiblissement de la résistance du contrat de travail », Dr. Ouv. 2015, p. 228.

Pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci.

Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et il repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. Le salarié bénéficie soit du congé de reclassement (23), soit du contrat de sécurisation professionnelle (24).

En ce qui concerne le rejet d'un accord de mobilité interne, les solutions retenues sont comparables. Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne, leur licenciement repose aussi sur un motif économique et est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique (25). En revanche, il ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1.

Réduction conventionnelle du temps de travail

Le législateur était également intervenu pour faciliter dans l'entreprise l'introduction des 35 heures. La réduction du temps de travail impliquait une réorganisation importante de l'entreprise et posait le plus souvent la question de la modification des contrats de travail des salariés concernés. L'article 30 de la loi du 19 janvier 2000 dispose que « *La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail* » (26). Il résultait *a contrario* de cette disposition, d'application apparemment simple, qu'il pouvait tout de même y avoir modification des contrats de travail si la réduction du temps de travail était décidée, non pas par voie conventionnelle, mais par voie de décision patronale unilatérale. Il en allait de même si la réduction du temps de travail, même introduite par voie conventionnelle, se traduisait

également par une diminution du niveau ou du mode de rémunération. Le salarié pouvait, dans cette hypothèse, refuser cette modification, sans que son refus puisse être qualifié de fautif.

B. Les conséquences de la modification

Mises à part ces hypothèses légales, c'est le juge qui s'est prononcé, en s'inspirant du droit commun des contrats, sur la forme de l'acceptation par le salarié de la proposition de modification (§ 1) et sur les conséquences du refus exprimé par le salarié (§ 2).

1. Les conditions d'acceptation de la modification

Il est revenu au juge de déterminer les conditions de l'acceptation par le salarié d'une modification de son contrat. Le plus souvent, la proposition de modification du contrat rencontrait le silence de l'intéressé, celui-ci poursuivant le travail et préférant se taire pour être sûr de garder son emploi. Il n'était pourtant pas rare qu'à l'occasion de la rupture du contrat de travail, ce même salarié réclame à son employeur des droits calculés sur la base des anciennes conditions de travail (surtout lorsque la modification consistait en une baisse de rémunération). La question s'est alors posée de savoir si ce comportement passif, cette absence de protestation valait acceptation des nouvelles conditions de travail. Il est acquis, depuis l'arrêt *Raquin* du 8 octobre 1987 (27), que le fait de poursuivre le travail ou l'absence de protestation ne permet pas de présumer l'acceptation du salarié. Les juges font, à cette occasion, application de la règle classique selon laquelle le silence ne vaut pas acceptation.

L'employeur a donc intérêt à recueillir l'accord du salarié – par exemple par la signature d'un avenant au contrat de travail – à l'occasion de toute modification du contrat de travail. Dès que le salarié accepte, les nouvelles dispositions se substituent aux anciennes.

2. Les conséquences d'un refus

Refus d'une modification

Le salarié est en droit de refuser une modification de son contrat de travail. Son refus n'est pas fautif, puisque l'article 1134 du Code civil l'autorise à se prévaloir de son contrat, considéré comme la loi des parties. En présence d'un tel refus, de deux choses

(23) Art. L. 1233-71 C. trav.

(24) Art. L. 1233-66 C. trav.

(25) Art. L. 2242-19 C. trav.

(26) Art. L. 1222-7 C. trav.

(27) Bull. civ. V, n° 541, Dr. Soc. 1988, p. 140, n. J. Savatier, Dr. Ouv. 1988, p. 259, n. P. Tillie.

l'une : soit l'employeur renonce à son projet de modification, soit il licencie le salarié. Mais, s'il choisit cette deuxième option, il peut être amené à prouver devant le juge que la modification était nécessaire. Il devra, notamment, faire état de l'existence d'un motif économique – difficultés économiques, mutations technologiques ou nécessité de réorganiser l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité – si son projet de modification du contrat de travail repose sur des considérations économiques. En aucun cas, le licenciement du salarié qui refuse une modification ne se justifie par le refus lui-même (28). Le motif du licenciement est seulement tiré du motif de la modification proposée.

En revanche, le salarié qui refuse un « *changement de ses conditions de travail* » commet une faute disciplinaire, son comportement étant assimilé à un acte d'insubordination (29). L'employeur peut alors le licencier, sans que son refus soit nécessairement constitutif d'une faute grave (30).

Refus d'une sanction disciplinaire

Le problème s'est également posé de savoir si un salarié pouvait refuser une sanction disciplinaire entraînant une modification de son contrat de travail – par exemple une mutation ou une rétrogradation. On pouvait penser, *a priori*, que le prononcé d'une sanction ne nécessite pas l'accord préalable du salarié. Le pouvoir disciplinaire s'impose aux travailleurs et devrait l'emporter sur les droits contractuels.

La jurisprudence s'est d'abord prononcée en faveur de la primauté du droit disciplinaire sur le droit contractuel : en l'absence d'une volonté non équivoque de démissionner, le refus d'une sanction disciplinaire entraînant une modification du contrat de travail a été considéré comme une faute grave, justifiant un licenciement disciplinaire sans indemnité (31). Le salarié pouvait toutefois contester la légitimité de la sanction initiale, celle qui avait modifié son contrat de travail. Si cette mesure n'était pas justifiée, le refus du salarié ne pouvait plus être

considéré comme fautif et le licenciement prononcé devenait sans cause réelle et sérieuse (32).

Cette solution avait l'inconvénient de réduire à néant la résistance du salarié à l'égard d'une sanction considérée par lui comme abusive. S'il prouvait que la sanction initiale était illégitime, le salarié qui avait perdu son poste ne pouvait obtenir qu'une indemnisation.

C'est pourquoi la Cour de cassation a décidé d'offrir au salarié, sur le fondement de la force obligatoire du contrat – arrêt *Hôtel Le Berry* du 16 juin 1998 (33) – une plus grande capacité de résistance face à la sanction. Aujourd'hui, l'intéressé peut d'abord refuser la sanction entraînant une modification de son contrat, sans que ce refus soit considéré comme fautif. Mais l'employeur est en droit de prononcer une autre sanction, celle-ci remplaçant la sanction refusée ; cette deuxième mesure, qui nécessite le respect d'une nouvelle procédure – notamment l'organisation d'un nouvel entretien préalable dans le délai de la prescription de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 du Code du travail (34), risque souvent de se traduire par le licenciement du salarié, lorsque l'employeur estime que la première sanction était justifiée.

Un arrêt du 28 avril 2011 (35) est venu compléter cette construction jurisprudentielle, en obligeant l'employeur qui notifie au salarié une sanction emportant modification du contrat de travail à informer l'intéressé de sa faculté d'accepter ou de refuser cette modification.

Au terme de ce développement, il n'échappe à personne que le régime de la modification du contrat de travail apparaît comme un frein au pouvoir de direction de l'employeur (36). En ce sens, le contrat de travail, parfois présenté comme un instrument de sujétion du salarié, offre au contraire au salarié une capacité de résistance et, partant, une échappatoire face au vouloir de l'employeur. Pour atténuer cette résistance, on a vu apparaître dans les contrats de travail des clauses de variation.

(28) Cass. Soc., 14 mai 1997, Dr. Soc. 1997, p. 740, obs. F. Favennec et G. Couturier.

(29) Cass. Soc., 24 et 25 juin 1992, Dr. Soc. 1992, p. 818, concl. Y. Chauvy.

(30) Cass. Soc., 15 juil. 1998, Dr. Soc. 1998, p. 889, n. G. Couturier.

(31) Cass. Soc., 30 avr. 1985, Bull. V, n° 266 ; Dr. Ouv. 1986, p. 380 ; J. Frossard, Dr. Soc. 1987, p. 499.

(32) V. par ex. Cass. Soc., 31 oct. 1989, RJS 12/89, n° 926 ; 7 avr. 1993, Dr. Soc. 1993, p. 598 ; 7 déc. 1993, Dr. Soc. 1994, p. 212 ; 14 fév. 1995, D. 1995, p. 413, n. J. Mouly ; 5 fév. 1997, Dr. Soc. 1997, p. 318.

(33) Cass. Soc., 16 juin 1998, Bull. V, n° 320 ; Dr. Soc. 1998, p. 803, rapp. P. Waquet ; JCP 1998, n° 41, 1769, obs. D. Corrigan-Carsin ; note critique de C. Radé, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur », Dr. Soc. 1999 ; C. Puigelier, « Une modification du contrat prononcée à titre de sanction disciplinaire ne peut être imposée au salarié », D. 1999, p. 125 ; J. Mouly, « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement », D. 1999, p. 359 ; v. Cass. Soc. 17 juin 2009, n° 07-44.570, Dr. Ouv. 2009, p. 612.

(34) Cass. Soc. 28 avr. 2011, n° 10-13.979.

(35) Cass. Soc. 28 avr. 2011, n° 09-70.619.

(36) C. Vigneau, « Contrat et individualisation dans la relation de travail », Dr. Ouv. 2009, p. 175.

II. La modification anticipée

Les employeurs demandent souvent aux salariés, au moyen d'une clause de variation du contrat de travail, d'accepter à l'avance la modification envisagée (37). Cette anticipation dans la modification se constate, par exemple, à l'égard des secteurs géographiques (A), de l'aménagement du temps de travail dans les contrats de travail à temps partiel (B) et de la rémunération (C).

A. L'anticipation d'une modification de secteur géographique

Le lieu de travail est, en principe, considéré comme un élément essentiel de la relation de travail, même s'il n'est pas expressément déterminé par le contrat. Il ne peut être modifié sans l'accord du salarié. Mais les parties peuvent convenir dans un écrit que le salarié accepte, à l'avance, de travailler sur une autre zone géographique préalablement définie (38). Ce pouvoir de l'employeur d'imposer un tel changement résulte de la clause de mobilité.

Cette clause doit être expressément acceptée par le salarié (39) : elle doit figurer dans le contrat de travail signé par le salarié. Si elle apparaît en cours d'exécution du contrat de travail (40), il appartient à l'employeur de recueillir – au moyen d'un avenant – l'accord du salarié, puisque la Cour de cassation analyse cet ajout comme une modification du contrat de travail.

Lorsque l'employeur entend faire jouer la clause de mobilité, le salarié doit obéir à l'ordre de mutation. Sa résistance est assimilée à un acte d'insubordination et peut être sanctionnée par un licenciement pour faute, généralement – mais pas nécessairement – grave (41).

Mais la Cour de cassation a peu à peu contrôlé la mise en œuvre de la clause de mobilité (42). Dans un premier temps, elle a admis qu'aucune sanction ne pouvait être retenue à l'égard d'un salarié qui avait refusé une mutation injustifiée, même en présence d'une clause de mobilité : l'idée s'était fait jour que sa mise en œuvre pouvait, en effet, être abusive, notamment lorsqu'elle mettait un salarié dans une situation familiale critique, alors que l'employeur pouvait muter un autre collègue sans que ce dernier ait trop à souffrir de cette mesure (43). Dans un second temps, elle a même décidé, dans un arrêt du 14 octobre 2008, qu'il appartient au juge de rechercher si la mise en œuvre de la clause de mobilité ne porte pas atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale, et si cette atteinte peut être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (44), sous peine de licenciement injustifié. Dans un arrêt rendu le même jour (45), elle a également indiqué que la mise en œuvre d'une clause de mobilité doit être conforme à l'intérêt de l'entreprise ; la bonne foi contractuelle étant présumée, il appartient en conséquence au salarié s'estimant victime d'une mise en œuvre dommageable de la clause de mobilité de prouver que la décision de l'employeur a été prise, en réalité, pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, ou que cette mise en œuvre s'est faite dans des conditions exclusives de bonne foi contractuelle. Par ailleurs, un arrêt rendu le 23 septembre 2009 a prononcé la nullité d'une clause de mobilité par laquelle un salarié s'était engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale (46).

(37) M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », Dr. Ouv. 2012, p. 459.

(38) Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application (Cass. Soc. 12 juil. 2006, n° 04-45.396) ; elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée (Cass. Soc. 7 juin 2006, n° 04-45.846, Dr. Ouv. 2006, p. 529) ; ces deux solutions ont été confirmées (Cass. Soc. 14 octobre 2008, n° 06-46.400).

(39) Cass. Soc., 2 avr. 1998, RJS 1998, n° 564.

(40) Cass. Soc., 24 nov. 1999, RJS 2000, n° 14.

(41) Cass. Soc., 5 janv. 1977, Bull. V, n° 2 ; v. aussi Cass. Soc. 7 oct. 1997, n° 95-41.857 : « *Lorsqu'une clause de mobilité est incluse dans un contrat de travail, le changement d'affectation du salarié ne constitue pas une modification du contrat, mais un simple changement de ses conditions de travail, et le refus du salarié de rejoindre sa nouvelle affectation constitue, en principe, une faute grave* » ; progressivement, cette jurisprudence s'est assouplie [v. Cass. Soc. 4 fév. 2003, n° 01-40.476 (« *La seule circonstance que l'employeur n'ait pas commis d'abus dans la mise en œuvre de la clause de mobilité ne caractérise pas la faute grave du salarié qui*

a refusé de s'y soumettre ») ; Cass. Soc. 7 déc. 2004, n° 02-41.640 (même solution) ; aujourd'hui, le principe a été renversé : le refus du changement d'affectation par l'effet de la clause de mobilité constitue un manquement aux obligations contractuelles, mais « *ne caractérise pas à lui seul une faute grave* » (Cass. Soc. 23 janv. 2008, n° 07-40.522).

(42) Valérie Lacoste-Mary, « La négociation de la mobilité du salarié sous contrôle du juge », Dr. Ouv. 2010, p. 301.

(43) Cass. Soc., 18 mai 1999, Dr. Soc. 1999, p. 734, obs. B. Gauriau ; JCP E, 2000, p. 40, obs. C. Puigellier ; v. aussi Cass. Soc., 9 juin 1998 et 16 fév. 1987, Jurisp. Soc., UIMM, n° 88-509, p. 469.

(44) Cass. Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523, cinquième espèce, annexée à F. Canut, « Tir groupé autour de la clause de mobilité (à propos de six arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 14 oct. 2008) », Dr. Ouv. 2009, p. 7.

(45) Cass. Soc. 14 oct. 2008, n° 07-43.071.

(46) N° 07-44.200, en annexe à A. Chirez, « Le changement "volontaire" d'employeur : une novation exigeant l'acceptation expresse du salarié en cours de contrat », Dr. Ouv. 2010, p. 17.

Il peut arriver que la mise en œuvre de la clause de mobilité s'accompagne d'une modification de tout ou partie de la rémunération (47), ou d'un bouleversement des horaires de travail – comme le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, ou inversement (48) : dans ces hypothèses, l'employeur doit recueillir l'acceptation expresse du salarié, conformément au régime de la modification du contrat de travail.

La clause de mobilité est enfin sans effet à l'égard des représentants du personnel : l'employeur devra dans tous les cas solliciter l'autorisation de l'administration pour procéder à la mutation. S'il désire rompre le contrat de travail du salarié qui refuse la mesure, il devra respecter les règles statutaires prévues en cas de licenciement (49). Le chef d'entreprise est donc privé du pouvoir d'imposer directement, sous la menace d'un licenciement, une mutation.

Mention « contractuelle » ou mention « indicative »

La simple indication du lieu de travail dans le contrat de travail vaut-elle « contractualisation » de ce lieu de travail ? Cette question s'est posée, en particulier, à l'occasion de la délocalisation d'une entreprise au sein d'un même secteur géographique. On sait, à ce sujet, qu'un salarié n'est en droit de refuser ce déplacement que s'il entraîne une modification de son contrat de travail. Pour répondre à cette interrogation, il y a lieu de distinguer entre la véritable délocalisation – celle qui se traduit par un changement de secteur géographique (50) – et le déplacement de l'entreprise au sein d'un même secteur géographique ; dans la première hypothèse, le salarié ne pourra légitimement opposer une résistance à la proposition de délocalisation

que si son contrat de travail ne comporte aucune clause de mobilité ; en revanche, dans la seconde hypothèse, le droit de s'opposer à la mesure proposée par l'employeur se trouve réduit : pour se prévaloir du régime de la modification des contrats de travail, les salariés doivent apporter la preuve que le lieu du travail était un élément essentiel de leur contrat, qu'il a été « contractualisé ». Dans l'arrêt *Aventis Pharma* (51), qui concernait le transfert des activités et des personnels de Romainville à Vitry, Alfortville et Antony, il a été jugé – sans que soit précisée l'existence d'un même secteur géographique entre ces quatre villes (52) – que « la mention du lieu de travail dans les contrats 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 » (53) ; en l'espèce, le lieu de travail faisait seulement l'objet d'une mention informative dans les contrats de travail ; cette mention était dépourvue de toute force obligatoire. La Cour de cassation pouvait en déduire que les salariés n'avaient aucun droit à se placer sur le terrain de la modification de leur contrat de travail et à demander l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

B. L'anticipation d'une modification dans l'aménagement du temps de travail

Dans un contrat de travail à temps complet, la modification dans l'aménagement du temps de travail peut passer par l'application d'un accord collectif de modulation du temps de travail. Par application de l'article L.3122-6 dans le Code du travail, « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année

(47) Cass. Soc. 14 oct. 2008, n°07-41.454, F. Canut, *ibid.*, deuxième espèce.

(48) Cass. Soc. 14 oct. 2008, n°07-40.092, F. Canut, *ibid.*, première espèce.

(49) Cass. Soc., 23 sept. 1992, Dr. Soc. 1992, p. 152.

(50) Même en l'absence de clause de mobilité dans le contrat de travail, tout changement du lieu de travail n'entraîne pas une modification du contrat de travail ; ce lieu peut varier au sein de ce que la Cour de cassation dénomme un « secteur géographique », sans que le salarié puisse se prévaloir d'un droit à résister à ce changement (Cass. Soc., 15 déc. 1998, RJS 2/99, n° 157 ; 4 mai 1999, RJS 6/99, n° 792) ; il n'y a modification du contrat de travail – et donc possibilité de refus du salarié – que si l'entreprise change de secteur géographique (Cass. Soc., 4 janv. 2000, RJS 2000, n° 152) ; toutefois, un déplacement occasionnel au-delà du secteur géographique n'est pas considéré comme une modification du contrat de travail, dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique (Cass. Soc., 22 janv. 2003, p. 433, obs. J. Savatier).

(51) Cass. Soc., 21 janv. 2004, Dr. Ouv. 2004, p. 222, n. B. Lardy-Pélissier ; Dr. Soc. 2004, p. 380, n. B. Gauriau, « La jurisprudence

dite *Framatome et Majorette* ne doit-elle pas être abandonnée ? » ; G. Lyon-Caen, « Les pochettes-surprises de la Chambre sociale : l'arrêt *Aventis-Pharma* », Semaine sociale Lamy 2004, n° 1154 ; l'arrêt du 21 janv. 2004 reprend une distinction – celle qui oppose les clauses informatives aux clauses contractuelles – que faisaient déjà apparaître les arrêts du 3 juin 2003, Dr. Soc. 2003, p. 884, obs. J. Mouly, Dr. Ouv. 2003, p. 523, n. F. Saramito et P. Moussy.

(52) Ce manque de précision est lui-même à l'origine d'une incertitude concernant la portée de l'arrêt du 21 janv. 2004 : faut-il considérer que la solution retenue concerne autant un déplacement de l'entreprise au sein du même secteur géographique qu'une délocalisation en dehors du secteur géographique initial ? Les quatre villes concernées par cette affaire – Romainville, Vitry, Alfortville et Antony – pouvaient être rattachées à un même secteur géographique ; cette circonstance conduit à limiter la portée de l'arrêt aux seuls déplacements au sein d'un même secteur géographique (en ce sens, A. Mazeaud, *Droit du travail*, 2004, Montchrestien, p. 285, n. 70).

(53) V. sur cet arrêt l'échange très vif entre le prof. G. Lyon-Caen – Les pochettes surprises de la Chambre sociale : l'arrêt *Aventis-Pharma*, Semaine sociale Lamy du 2 fév. 2004, n° 1154 – et le Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation P. Sargos – Semaine sociale Lamy n° 1157 du 23 fév. 2004 ; v. également Le Canard enchaîné du 3 mars 2004.

prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ». Mais cette disposition ne s'applique pas aux salariés qui travaillent à temps partiel. L'explication est ancienne : la possibilité d'adopter le temps partiel a toujours été présentée sous l'angle d'une liberté ; en libérant du temps que le salarié peut consacrer à d'autres activités (famille, loisirs, formation, autre activité professionnelle), le contrat de travail à temps partiel peut être présenté comme un facteur d'émancipation. Il ne faudrait pas qu'en lui imposant un changement de la répartition de son temps de travail, on en vienne à réduire sa possibilité de s'adonner, pendant son temps libéré, à sa famille, à ses loisirs, à des études ou à une autre activité professionnelle.

Le recours au formalisme pour s'engager à temps partiel

Le contrat de travail à temps partiel a été doté par le législateur d'un régime juridique protecteur, protection essentiellement assurée par un formalisme destiné à assurer l'information du salarié sur ses conditions de travail et le mettre ainsi à l'abri de modifications inopinées : le maître mot est celui de *prévisibilité* pour le salarié, essentiellement assurée par la définition écrite des éléments essentiels d'un tel contrat (54). Le contrat de travail à temps partiel est, en effet, « *un contrat écrit* » (55), qui doit contenir plusieurs mentions, dont deux sont essentielles au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation : il s'agit des mentions de la durée hebdomadaire ou mensuelle et de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou, le cas échéant, les semaines du mois. Cette nécessité d'établir un écrit comportant des précisions sur ces éléments centraux – le salarié sachant quand et combien de temps il doit travailler, dans une logique de travail à temps partiel choisi – a de longue date été interprétée par la Cour de cassation comme une règle de preuve et non comme une condition de validité du contrat. Selon les Hauts magistrats, en effet, l'absence d'écrit fait seulement présumer que l'emploi est à temps complet, l'employeur étant à même de combattre cette présomption. Dans le dernier état de sa jurisprudence, après quelques évolutions, la Cour de cassation juge que cette présomption induite par

l'absence d'écrit – ou d'écrit comportant les deux mentions précédemment évoquées – cède devant la preuve « *de la durée du travail exactement convenue, que le salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il ne devait pas se tenir constamment à la disposition de l'employeur* » (56). Cette exigence se justifie certainement par une conception du travail à temps partiel dans laquelle le salarié doit pouvoir prévoir avec précision son rythme de travail, notamment pour pouvoir profiter des périodes d'inaction, que cela soit pour des raisons personnelles ou professionnelles. Cette prévisibilité souhaitée est sans conteste mise en cause lorsque la durée du travail du salarié varie, même s'il donne ponctuellement son accord à ces modifications. Quant à la méconnaissance de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou entre les semaines, elle peut être considérée comme ayant pour effet de placer concrètement le salarié en permanence à la disposition de son employeur, et justifier une « *requalification* » du contrat, qui semble de plus en plus s'écarter d'un simple mécanisme probatoire pour s'orienter vers un véritable contrôle des conditions d'exécution de la relation de travail (57).

Modification de la répartition de la durée du travail dans un contrat de travail à temps partiel

Dans le contrat de travail à temps partiel, la répartition du travail dans la semaine ou le mois constitue, au même titre que la durée du travail, un élément essentiel du contrat de travail à temps partiel au regard de la « *fonction légale* » de ce type de contrat de travail (58). La Cour de cassation a, dès lors, logiquement estimé que la modification non pas seulement de la durée de travail convenue, mais également de sa répartition dans la semaine ou le mois nécessitait le consentement du salarié (59). Le législateur a consacré la position de la Cour de cassation, qui admettait que le contrat de travail autorise l'employeur, par une stipulation spécifique, à modifier dans l'avenir cette répartition sans avoir à recueillir ultérieurement l'accord du salarié. L'article L.3123-14 du Code du travail dispose ainsi que le contrat de travail à temps partiel doit préciser les cas (60) dans lesquels une modification éventuelle

(54) A. Gardin, « Le travail à temps partiel : entre sécurité et flexibilité », Dr. Ouv. 2014, p. 64.

(55) Art. L. 3123-14 C. trav.

(56) Cass. Soc. 25 mars 2009, Bull. civ. V, n° 88 ; 15 sept. 2010, n° 09-40.473 ; voir déjà Cass. Soc. 9 avr. 2008, Bull. civ. V, n° 84.

(57) Sur cette proposition, v. D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, IRJS 2011.

(58) Sur cette notion, voir A. Lyon-Caen, « Le recours au contrat à durée limitée », Dr. Soc., 1983, p. 5.

(59) Cass. Soc. 6 avril 1999, Bull. civ. V, n° 166.

(60) La clause conférant à l'employeur le pouvoir de modifier la répartition des horaires « *en fonction des nécessités du service* » ne correspond pas à cette exigence légale (Cass. Soc. 7 déc. 1999, Bull. civ. V, n° 479).

de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois peut intervenir, ainsi que la nature de cette modification. En l'absence d'une telle stipulation contractuelle, le refus du salarié d'accepter un changement de la répartition de ses horaires de travail ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement.

Le salarié conserve aussi un droit de refus, alors même que l'employeur s'est montré précautionneux et respectueux de la loi : s'il demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon les modalités préalablement définis dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement, dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée.

Par ailleurs, même en présence d'une clause de variation, la modification de la répartition ne peut pas être immédiate, l'employeur devant respecter un préavis : toute modification de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois est notifiée au salarié sept jours au moins avant la date à laquelle elle doit intervenir (61), une convention ou un accord collectif de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement pouvant abaisser cette durée à 3 jours ouvrés (62). Il faut bien distinguer cette question de la modification des horaires quotidiens du salarié – ce n'est donc plus la répartition de la durée qui est en cause : la Cour de cassation juge en effet « *qu'à défaut de clause expresse contractuelle fixant un horaire de travail quotidien, le changement de l'horaire de la journée de travail d'un salarié à temps partiel relève en principe du pouvoir de direction de l'employeur* » (63).

(61) Art. L. 3123-21 C. trav.

(62) Art. L. 3123-22 C. trav.

(63) Cass. Soc. 18 juil. 2001, Bull. civ. V, n° 276.

(64) Cass. Soc., 4 mars 2003, *M. c/ société Comptoir général ameublement*, n° 01-41.864 ; sur ces questions, v. P. Waquet, « Les clauses de variabilité », *Liaisons sociales mensuel*, déc. 2000, p. 64 ; S. Tournaux, « La négociation des sujétions contractuelles du salarié », *Dr. Ouv.* 2010, p. 293 ; plus largement, C. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. Soc.* 2001, p. 802 ; v. sur l'ensemble de la question L.-K. Gratton, *Les clauses de variation du contrat de travail*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2011.

(65) Cass. Soc., 27 fév. 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 514, n. C. Radé ; M. Fabre-Magnan, préc.

C. L'anticipation d'une modification de la rémunération

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 de l'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels (64). En revanche, les clauses de variation de la rémunération peuvent être annulées si elles réservent à l'employeur le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail : il a été jugé que la « *clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, al. 2 du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* » (65) ; par ailleurs, un salaire ne peut être aléatoire et, ainsi, ne peut faire l'objet d'une mise en participation (66).

Franck Petit

(66) Cass. Soc. 16 sept. 2009, n° 08-41.191. Plus largement : P. Lokiec, « La déconnection du temps de travail et de la rémunération », *Dr. Ouv.* 2012, p. 207.