

LA CENTRALITE RETROUVÉE DU CONTRAT DE TRAVAIL EN DROIT FRANÇAIS

Antoine JEAMMAUD*

SUMARIO: I. *De l'affirmation du déclin au constat du renouveau du contrat de travail.* II. *Les manifestations du rôle renouvelé du contrat de travail.*

Imaginons que la famille de De Buen, arrivée en France pour fuir le fascisme franquiste, n'ait pas été bien vite contrainte de quitter cet asile devant la nouvelle menace constituée par l'invasion allemande. Après les écoles de la République française, le jeune Néstor aurait sans doute découvert la Faculté de droit de Paris d'il y a un demi-siècle. Peut-être serait-il devenu l'un des maîtres du droit du travail français. Et peut-être aurait-il contribué à acclimater et discuter, dans l'Hexagone, la doctrine de la relation de travail.

Cette dernière, certes, a été accueillie par le plus prestigieux *iuslaborista* français du milieu du siècle passé, mais elle ne l'a été qu'avec des nuances ou réserves dictées par la teneur même du droit positif, et elle paraît aujourd'hui à peu près méconnue. Lorsque le Code du travail, des décisions de justice ou des écrits doctrinaux emploient l'expression *relation de travail*, c'est pour nommer, sans signification ni connotation particulière, le rapport entre un employeur et un travailleurs salarié, et parfois même comme simple synonyme de contrat de travail. Ce n'est assurément pas dans le sens précis (*sens fort*) de l'*Arbeitsverhältnis* de la fameuse doctrine allemande des années 20-30 —cette relation juridique naissant du seul fait de l'entrée du travailleur au service de l'employeur et constituée par son intégration à cette *communauté* ou *collectivité de travail* (selon les préférences idéologiques)— et de la *relación de trabajo* de l'article 20 de la *Ley Federal del Traba-*

* Professeur à l'Institut d'études du travail de Lyon, Université Lumière-Lyon 2.

jo.¹ D'ailleurs, la *théorie de la relation de travail* elle-même n'a jamais reçu, dans la doctrine française, la vigoureuse expression qu'elle a pu trouver dans l'œuvre de Mario de la Cueva, ni suscité la discussion qui accompagne son acceptation *en lo general* par Néstor de Buen.²

Quoi qu'il en soit, le déclin du contrat de travail que tous, naguère, s'accordaient à constater, et qui illustre sans doute une *decadencia del contrato* observée et théorisée dans le cadre de divers systèmes juridiques de type libéral,³ n'est plus une tendance forte. En France, l'évolution du droit du travail depuis quelques années est au contraire marquée par un *renouveau* de ce contrat de travail, dont il convient, au-delà d'un constat qui paraît unanime (I), identifier les *manifestations* (II).

I. DE L'AFFIRMATION DU DÉCLIN AU CONSTAT DU RENOUVEAU DU CONTRAT DE TRAVAIL

Depuis la fin du XIXe siècle, on rencontrait sous la plume de juristes français la plus classique des critiques de ce *contrat de louage de services*⁴ que l'on commençait à nommer *contrat de travail*. Les auteurs observaient volontiers que ce contrat n'était qu'un *contrat d'adhésion*, sinon un pseudo-contrat, et, qu'en outre, il jouait un rôle de plus en plus réduit dans l'aménagement juridique des rapports entre employeurs et salariés en raison du développement d'une législation spéciale (*protectrice* du travailleur) d'ordre public comme des conventions collectives. Théorisant ces réflexions bientôt banales, Georges Scelle avait, dans les années 20, dénié toute consistance au "soi-disant contrat de travail", et suggéré d'y voir un simple "acte-condition" (au sens où l'entendait Léon Duguit) déclenchant l'application d'un "statut légal et conventionnel".⁵

¹ Disposant de deux mots différents —*rapport* et *relation*— la langue française permet de distinguer terminologiquement la relation juridique entre employeur et salarié dans sa forme générique (le *rapport de travail* ou *rapport d'emploi* dans la terminologie que nous nous efforçons d'acclimater) et la *relation de travail* au sens original de la *teoría de la relación de trabajo*.

² Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., México, Porrúa, t. I, 1994, cap. XXXI.

³ Buen Lozano, Néstor de, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986.

⁴ Dans la terminologie du Code civil de 1804.

⁵ Scelle, Georges, *Le Droit ouvrier*, 2a. ed., Paris, A. Colin, 1929.

Cette analyse anticontractualiste assez radicale n'avait pas emporté l'adhésion des juristes. Sans doute en raison de sa singularité théorique en son temps (elle annonçait, à travers le concept un peu curieux du *droit ouvrier*, le concept de *droit social* du sociologue Georges Gurvitch), sinon de son inspiration idéologique (on a dit qu'elle était teintée d'anarcho-syndicalisme, ce qui nous paraît fort discutable). La conception proposée deux décennies plus tard par Paul Durand⁶ allait connaître plus de succès, sans faire pourtant l'unanimité. Cette théorisation renouvelée du rapport entre l'employeur et le salarié se référait très explicitement à la "théorie de la relation de travail" (*Arbeitsverhältnis*) découverte chez des auteurs allemands,⁷ et prétendait trouver dans l'évolution du droit français des données ou tendances corroborant cette représentation juridique du monde du travail. Selon Durand le contrat de travail demeurait *la source normale* du rapport juridique d'employeur à salarié (donc la *condition d'application* normale du droit du travail), mais son sens et sa portée s'étaient trouvés réduits avec la considération accordée par le droit positif à l'existence objective d'une *relation de travail*, c'est-à-dire de ce *fait (fait-condition)* qu'est l'entrée et la présence du travailleur dans l'entreprise, comme avec l'intensification du rôle de la loi et des conventions collectives dans la détermination de la condition juridique du travailleur dépendant. En bref, cette interprétation non contractualiste aurait déjà rendu compte d'une part significative des solutions du droit français.⁸

Cette adhésion, même partielle et nuancée, à la doctrine de la relation de travail n'allait pas faire beaucoup d'adeptes parmi les juristes français.⁹ Il

⁶ Durand, Paul, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, núm. 114 et suiv, t. II, 1950, L'auteur avait d'abord développé ce point de vue dans article publié en 1944.

⁷ Durand évoque bien sûr Otto von Gierke, l'inspirateur, et Heinz Potthoff, mais aussi des auteurs d'orientations idéologiques et politiques contrastées, d'Hugo Sinzheimer, figure emblématique des juristes sociaux-démocrates de la République de Weimar, à Molitor, Siebert ou Nikisch. Il signale également les exposés plus ou moins critiques de la théorie dans les traités publiés quelques années plus tôt par Hueck et Nipperdey, dans l'Allemagne du IIIe Reich, Barassi dans l'Italie mussolinienne, mais aussi dans les traités des argentins Guillermo Cabanellas et Mario Deveali.

⁸ Selon Durand, "aucun obstacle grave n'empêche la transposition, en droit français, des principes sur lesquels repose la théorie de la relation de travail". Il estimait néanmoins impossible de s'en tenir à "une théorie unitaire de la relation de travail". Il soulignait aussi la congruence de cette conception de la relation de travail à sa conception de l'entreprise comme une *institution*.

⁹ Il est remarquable que la théorie de la relation de travail soit très rarement évoquée dans les ouvrages français à prétention scientifique. C'est dans un ouvrage de droit belge que l'on rencontre aujourd'hui l'exposé en langue française le plus complet d'un débat par

faut dire qu'elle était liée, chez Paul Durand, à une *doctrine de l'entreprise* qui voyait dans cette entreprise une *institution* reposant sur une communauté d'intérêts entre capital et travail, génératrice d'un intérêt spécifique, et nécessairement soumise au pouvoir d'un chef (naturellement désigné par les détenteurs du capital) chargé de réaliser cet *intérêt de l'entreprise*. À ce lien intime de la thèse de la relation de travail avec une véritable idéologie de l'entreprise s'ajoutait le fait, apparemment indifférent à Durand mais gênant pour nombre de juristes français (même peu progressistes), que la doctrine de l'*Arbeitsverhältnis* avait été cultivée par des juristes serviteurs du *Reich* hitlérien. L'autorité de l'auteur allait cependant renforcer le crédit de la thèse, assez banale en vérité, d'un inéluctable *déclin du contrat de travail*.

Cette perception de l'évolution du droit devait demeurer très présente, jusqu'aux années 80, dans les écrits doctrinaux français, notamment dans quelques ouvrages très remarquables en leur temps très remarquables.¹⁰ Toutefois, quelques auteurs d'importance, sans doute parce qu'ils étaient d'abord des civilistes,¹¹ se refusaient à prétendre que le rapport juridique entre l'employeur et chacun de ses salariés tenait davantage de la *relation de travail* (au sens original) née du fait de l'entrée puis de l'appartenance à l'entreprise de cet employeur, que du rapport contractuel. Disons que le point de vue globalement dominant tenait dans la double affirmation du déclin du contrat de travail et de son *rôle irréductible*,¹² l'accent étant mis, selon les auteurs, sur le premier aspect ou sur le second.

Dès 1968 toutefois, un aussi éminent spécialiste que Gérard Lyon-Caen, pourtant peu enclin à exalter la liberté contractuelle dans les rapports de

rapport auquel sont situées "les options du droit belge" (Jamouille, Micheline, *Le contrat de travail*, Liège, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales, núm. 3 et suivants, 1982, t. I).

¹⁰ Nous pensons à Gérard Lyon-Caen constatant, dans son *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale* de 1955, le passage *du contrat au statut*, au motif que le contrat de travail était *presque vidé de son contenu* et que son rôle se trouvait *réduit à peu de choses*. On songe aussi au manuel de Pierre-Dominique Ollier (1972) et, surtout, à celui de Jean-Claude Javillier (1976), concédant fort peu de place au contrat dans la présentation du droit positif, ce qui était à la fois surprenant (compte tenu des dispositions du code du travail) et très significatif sur le plan idéologique (postulat d'une *autonomie* du droit du travail).

¹¹ Nous songeons aux traités d'André Brun (publié en 1958 avec le concours de H. Galland) et, plus encore, de Guillaume-Henri Camerlynck (première édition de 1966 et nouvelle édition de 1982), mais également à une retentissante étude de Gérard Couturier publiée en 1975 dans la principale revue juridique française.

¹² Double affirmation qu'a exprimé avec constance le classique manuel de Jean Rivero et de Jean Savatier dans ses éditions successives (de 1956 à 1993).

salariat et qui avait naguère si clairement soutenu la thèse du passage “du contrat au statut”, allait proposer la plus vigoureuse réévaluation des vertus et du rôle effectif du contrat de travail.¹³ Puis, à la fin des années 80, des auteurs d’une nouvelle génération devaient constater le *renouveau* de ce contrat de travail, de son rôle dans l’agencement des relations entre employeurs et salariés comme dans la gestion de la main d’œuvre.¹⁴ Il s’agissait bien de signaler une évolution du droit positif, d’en dresser un constat méthodique, et non de *réhabiliter* une technique juridique dont les mérites moraux, politiques ou économiques auraient été trop longtemps méconnus.¹⁵

Ce constat d’un retournement de tendance —du déclin au renouveau du contrat individuel et de son rôle— s’est parfois inscrit dans un nouvel effort de théorisation conduisant à une sorte de *dualité du contrat de travail*. Notre lecture personnelle est que, dans l’actuel droit français, ce contrat constitue à la fois un *authentique contrat* (et non un *pseudo-contrat*, compte tenu de ce qu’est désormais un contrat, de ces opérations les plus diverses que l’on traite, sans hésitation, comme des contrats) et un *acte-condition* (au sens où l’entendaient Duguit et Scelle). En premier lieu, il donne naissance à un rapport juridique entre l’employeur et le salarié, que le droit en vigueur traite bel et bien comme un rapport contractuel gouverné par les règles générales et fondamentales du droit commun des obligations. Dans le même temps, et c’est son autre visage, il va au-delà de l’engendrement de cette situation juridique contractuelle entre deux sujets en intégrant le salarié dans une collectivité de travail. Tout rapport d’emploi entre un employeur

¹³ Lyon-Caen, Gerard. “Défense et illustration du contrat de travail”, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1968, t. XIII, p. 59.

¹⁴ Lyon-Caen, Antoine, “Actualité du contrat de travail”, *Droit social*, 1988, p. 540; Jammaud, Antoine, “Les polyvalences du contrat de travail”, *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 299.

¹⁵ Cette analyse, épistémologiquement située aux confins de ce que nous appelons le travail dogmatico-doctrinal (description et systématisation de la teneur du droit positif) et de la théorie du droit, n’est pas antinomique avec les analyses critiques du droit orientées vers l’interprétation de l’évolution et des *fonctions* du droit dans ses relations avec la totalité sociale, en particulier les rapports de production et les rapports entre classes sociale (sobre la necesaria distinción de los conceptos de *finés* o *finalidades* y de *funciones*, véase nuestro estudio: “Cambios y futuro del derecho del trabajo en Francia”, *Contextos. Revista crítica de derecho social*, Buenos Aires, 1/1997, p. 233, en especial p. 238). Sur le contrat de travail de ce point de vue des fonctions du droit, voir par exemple notre analyse dans l’ouvrage collectif *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, PUG, 1980, p. 178 et suivantes; Bensusán Areous, Graciela Irma, *La adquisición de la fuerza de trabajo asalariado y su expresión jurídica*, UNAM-Azcapotzalco, 1982, p. 79 y sig.

et chacun de ses salariés présente, dès lors, une *double dimension* (ou deux *versants*): une *dimension contractuelle*, celle d'un rapport entre deux contractants (réseau de créances et obligations réciproques sous l'empire du principe de la force obligatoire attachée à tout contrat par le Code civil); une *dimension institutionnelle*, traduisant l'appartenance à une collectivité de travail, qui vaut au salarié de se trouver soumis aux pouvoirs patronaux (à commencer par le pouvoir de direction), mais aussi d'être titulaire de certains droits non contractuels, indépendants du contrat et sur lesquels celui-ci ne peut exercer aucune influence (tel le droit de grève),¹⁶ ou de participer à l'exercice de certains droits proprement collectifs (en matière syndicale, de négociation collective, de représentation électorale des travailleurs dans l'entreprise).¹⁷ C'est à travers cette dualité, et dans cette double dimension qu'elle confère au rapport d'emploi, que le contrat de travail constitue l'un des *mécanismes de base* de cette configuration de relations juridiques entre Etat, patronat, travailleurs, organisations syndicales et professionnelles, que l'on peut nommer "l'ordonnement des relations du travail".¹⁸

Ce retour du contrat de travail est largement observé et commenté aujourd'hui. Il est notamment souligné par le magistrat le plus influent de la Chambre sociale de Cour de cassation au cours de ces dernières années, principal inspirateur de certaines orientations majeures d'une juridiction qui a été

¹⁶ Dans la conception, très singulière, du droit français, la grève n'est pas simplement licite : elle fait l'objet d'un véritable *droit* (d'un *droit subjectif*). Mais ce droit est reconnu individuellement à tout travailleur dépendant (salarié ou fonctionnaire public) —chaque salarié possède, dit la Cour de cassation, un *droit personnel à la grève*— même s'il s'agit, par sa substance, d'un droit individuel de participer à un mouvement collectif, qui suppose donc qu'il y ait action de cessation collectif du travail. Cette conception du droit de grève comme "droit individuel d'exercice collectif", plutôt que comme droit collectif ou droit syndical, a d'importantes conséquences techniques, telles que le droit français est d'un libéralisme probablement sans égal à l'égard de cette forme d'action (licéité de la grève sans mot d'ordre syndical, sans préavis, de la grève minoritaire, etc). Sur ce point, voir : Pélissier, Jean *et al.*, *Droit du travail*, 20a. ed., Paris, Dalloz, 2000, núm. 1102 et suivants.

¹⁷ D'abord développée dans notre étude "les polyvalences du contrat de travail", préc. Parce qu'elles nous semblent mieux ajustées à la complexité de l'état présent du système juridique, cette interprétation du droit positif et la terminologie qu'elle utilise nous paraissent préférables à celles proposées par Alain Supiot, qui parle, dans une perspective plus historique que structurelle il est vrai, d'une "insertion du statut dans le contrat" (Supiot, Alain, *Critique du droit du travail*, 2a. ed., Paris, PUF, 2002, p. 27).

¹⁸ Jeammaud, Antoine, *et al.*, "L'ordonnement des relations du travail", *Recueil Dalloz*, 1998.

l'un des opérateurs de cette orientation.¹⁹ Ce renouveau s'inscrit dans l'une des tendances majeures de l'évolution récente du droit du travail, que l'on désigne d'une expression assez équivoque - mais c'est que cette tendance elle-même est ambivalente: l'*individualisation*.²⁰ Mais il importe surtout de préciser en quoi le contrat de travail occupe aujourd'hui —et à nouveau— une position centrale dans l'ordonnement des relations du travail dans ce pays.

II. LES MANIFESTATIONS DU RÔLE RENOUVÉ DU CONTRAT DE TRAVAIL

La *prospérité législative* de ce contrat constitue le premier signe, le plus manifeste et le moins discutable quant à son interprétation, de cette nouvelle centralité (1). Mais deux autres phénomènes sont assurément plus significatifs. D'abord, le contrat de travail apparaît aujourd'hui comme un véritable *instrument* d'agencement de leurs rapports pour des acteurs que le système de droit traite comme des *parties* se liant par un contrat, même si, bien entendu, cette *vitalité instrumentale* est surtout celle d'un instrument de gestion de la main d'œuvre pour l'employeur (2). Par ailleurs, le fait que le rapport entre l'employeur et le salarié trouve sa source dans un contrat commande d'interpréter et traiter les éléments de ce rapport comme ceux d'un rapport contractuel, et les événements qui les affecte comme des événements affectant un contrat. À cet égard, ce contrat de travail fonctionne comme une *figure* permettant de dire le sens "en droit" d'une situation sociale et d'opérations la concernant. Cette vocation se manifeste désormais avec une importance sans précédent, et cette *vigueur heuristique* participe aussi de la centralité en question (3).

1. *Prospérité législative*

En France, comme en bien d'autres pays, la branche du système juridique qu'est désormais le droit du travail est issu d'un ensemble d'interventions

¹⁹ Philippe Waquet, conseiller-doyen de la Chambre sociale (*Sala de lo social*) jusqu'à sa retraite à la fin de l'année 2001, a publié de nombreux commentaires des évolutions de la jurisprudence confirmant que la Cour avait délibérément opté pour ce *renouveau*.

²⁰ Sur ce mouvement dans le cas français, ses diverses composantes et son ambivalence: Jammaud, A., "La place du salarié individu dans le droit français du travail", *Le droit collectif du travail. Études en hommage à Hélène Sinay*, Frankfurt, Peter Lang, 1994, p. 347.

législatives, les *lois sociales*, ensuite appréhendées comme constituant une *législation industrielle*, et il conserve un caractère fondamentalement légiféré. La France est même le seul pays d'Europe occidentale à posséder un Code du travail. Mais, dans la version actuelle datant de 1973, comme dans la première, réalisée entre 1910 et 1927, ce code est né d'une simple *consolidation* —une réunion et un classement, sans modification substantielle— de textes déjà en vigueur, réalisée par l'administration du ministère du travail et non d'une authentique œuvre législative partiellement novatrice comme avait pu l'être la confection des codes napoléoniens.²¹ Ce Code du travail n'est donc pas de même nature que la *Ley Federal del Trabajo* mexicaine ou le *Estatuto de los Trabajadores* espagnol. Il ne comporte ni titre inaugural, ni aucun autre corps de dispositions introductives ayant statut de règles tenues pour *fondamentales* ou de portée très générale (des *principes généraux*, selon une expression aussi courante que vague), et sa construction ne porte la marque d'aucune réflexion *scientifique* sur l'architecture ou la logique interne du droit légiféré.²² Il ne faut donc pas attacher trop d'importance à la structure de ce document d'origine administrative. Il n'empêche que de très nombreux et emblématiques dispositifs normatifs trouvent place dans le très long titre de ce code consacré au contrat de travail, et qu'ils s'ordonnent donc autour de ce mécanisme contractuel, de cette figure juridique de base.

On rencontre ainsi, dans ce qui constitue donc le régime légal d'un contrat civil spécial, la plupart des normes relatives aux formes et pratiques d'embauche (affirmation que le contrat à durée indéterminée est le contrat de travail de droit commun, régime du contrat à durée déterminée ou du contrat de travail temporaire) et à la rupture du contrat synonyme de perte d'emploi (le droit commun du licenciement, qui apparaît donc essentiellement comme la résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur). Ont également été logées dans ce titre les dispositions, nées de la politique publique de l'emploi, destinées à encourager la pratique de formes de recrutement qu'elles aménagent à cette fin (embauche par un groupement d'employeurs, par exemple). C'est dans ce titre encore que l'on rencontre d'importantes règles tendant à la stabilisation de l'emploi du salarié: la poursuite de cet objectif passe ainsi par la stabilisation du contrat de travail (règle du maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur en cas de transfert

²¹ Ce que la langue officielle nomme désormais une *codification à droit constant*.

²² Pélissier, J. *et al.*, *op. cit.*, nota 16, núm. 58.

d'entreprise, règles imposant et organisant la suspension du contrat de travail du salarié malade ou victime d'un accident, etc). D'autres corps de règles, qui ne visent pas directement le rapport contractuel entre l'employeur et chacun de ses salariés, ou qui ne l'affectent qu'indirectement (régime du règlement intérieur, règles visant l'égalité professionnelle entre femmes et hommes), figurent également dans ce titre *Contrat de travail*. Il est permis de penser, quelle que soit la nature de ce code du travail, que les choix de localisation des textes —des textes en vigueur au temps de la confection du code, comme des innombrables textes nouveaux produits depuis lors— révèlent une certaine perception du cadre juridique des relations du travail.

Mais cette prospérité législative du contrat de travail ne réside pas seulement dans ce phénomène de localisation de dispositions législatives ou réglementaires dans l'ordre du Code du travail. Il est également remarquable que l'encadrement légal de certaines formules de temps de travail revête la forme d'une réglementation du contrat de travail, qui devient ainsi le support de la condition spécifique du travailleur soumis à cette modalité et l'instrument d'une relative garantie de ses intérêts. Par exemple, le régime du travail à temps partiel (logé dans le titre du code consacré au temps de travail) se présente d'abord comme celui d'un contrat de travail spécial, le contrat de travail à temps partiel, et la stabilité de la condition du salarié (limitation de la faculté, pour l'employeur, de réduire ou d'accroître son temps de travail, ou de modifier ses horaires de travail) s'appuie d'abord sur l'imposition de clauses dans le document contractuel obligatoirement dressé et signé, puis sur la force obligatoire de ces stipulations, simple application du principe *Pacta sunt servanda*, qui fait obstacle à leur modification unilatérale. Observons enfin que diverses techniques juridiques de stimulation de l'emploi ou d'encouragement de la formation professionnelle de jeunes travailleurs ou des chômeurs, reposent sur des formules de contrats de travail de type particulier (*contrat de qualification, contrat de formation en alternance, contrat emploi-jeune*, etc.) réglées dans diverses subdivisions du Code organisant la politique de l'emploi ou régissant la formation professionnelle.

Admettons que ces considérations de localisation dans le Code du travail, et même de construction technique d'innovations juridiques plus ou moins *instrumentalisées* au service d'objectifs de politique sociale, n'autoriseraient pas, à elles seules, à parler d'un renouveau du contrat de travail dans la teneur même du droit positif. Mais ce processus connaît des illustrations plus significatives qui, d'ailleurs, procèdent moins de la législation que de

la jurisprudence, cette source paradoxale et incertaine, mais plus abondante que jamais, du droit de la République française.²³

2. *Vitalité instrumentale*

La défense du contrat de travail a autrefois fait valoir le bénéfice que certains salariés pouvaient retirer des stipulations singulières qu'il peut accueillir.²⁴ Autorisé à améliorer la condition du salarié par des clauses plus favorables que les règles légales ou conventionnelles, ce contrat permet depuis longtemps à celui qui dispose d'un réel pouvoir de négociation au moment de l'embauche, ou que son employeur tient à conserver à son service (à *fidéliser*), d'obtenir des garanties particulières (clause de garantie d'emploi, stipulation d'indemnités de rupture supérieures au minimum légal ou conventionnel en cas de rupture du contrat) ou des avantages personnels (salaire supérieur à la norme conventionnelle, primes ou congés supplémentaires logement ou véhicule de fonctions, etc), parfois liés à l'ancienneté acquise dans l'entreprise.

Depuis une quinzaine d'années, le contrat semble surtout utilisé par les employeurs (par les directions des *ressources humaines* ou les juristes des entreprises de quelque importance) pour se soustraire provisoirement à certaines contraintes légales (avec la classique clause d'essai), mais surtout pour élargir ou sophistiquer les sujétions des salariés, préciser ou renforcer la subordination engendrée par tout contrat de travail, avec la stipulation de clauses de mobilité géographique (le salarié accepte par avance toute modification de son lieu de travail et s'engage à rejoindre tout lieu de travail qui lui sera assigné par son employeur en cours d'exécution du contrat), de non concurrence pour le temps qui suivra la cessation du contrat (il s'oblige à ne pas travailler au service d'un concurrent de celui qui sera alors son ancien employeur ou à ne pas fonder une entreprise concurrente), de clauses de résultats (le salarié s'engage à obtenir, chaque année, certains résultats dans son activité ou accepte, d'avance, d'être tenu par des objectifs que fixera annuellement l'employeur), de clauses de remboursement des frais

²³ Sur cette source, ses singularités, ses opérateurs, son rôle croissant dans un droit du travail qui reste foncièrement légiféré (et dans un ordre étatique *légaliste*), *Ibidem*, núm. 48, 62 et suivants.

²⁴ Lyon-Caen, G., *op. cit.*, nota 13.

de formation exposés par l'employeur en cas de démission survenant avant un certain nombre d'années, etc.

Créatrices d'avantages ou de garanties supplémentaires (et parfois exclusives) ou de sujétions particulières pour le salarié, ces clauses occupent un espace de stipulation que ménage, par nature, tout contrat. Un tel espace n'existerait pas, par hypothèse, si le rapport entre l'employeur et le salarié était une pure "relation de travail" (au sens original), naissant en droit de l'entrée du travailleur dans l'entreprise et de son appartenance à celle-ci, sans que l'accord initial sur l'établissement de cette relation puisse avoir la moindre prise sur la condition juridique de ce travailleur. La validité de principe de ces clauses atteste la nature contractuelle du rapport d'emploi et la consistance que peut prendre le contrat de travail.

On s'est pourtant demandé si le principe d'ordre public social, qui exclut ou entraîne la nullité de toute dérogation conventionnelle qui ne serait pas plus favorable au salarié que la loi ou la convention collective, ne s'opposait pas *a priori* aux clauses créant, pour le salarié, des sujétions non prévues par la loi (le Code du travail n'impose aucun devoir de mobilité géographique ou fonctionnelle au travailleur, et l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, résultant du Code civil, ne va certainement pas jusqu'à imposer une obligation de non concurrence dans la période post-contractuelle). Mais la Cour de cassation a jugé que le caractère d'ordre public social des règles légales ou conventionnelles n'avait pas cette portée face au contrat de travail. Il y a quelques années qu'aucun recours n'a posé à nouveau cette question, alors que nombre d'affaires auraient fourni l'occasion de la soulever. Il faut donc comprendre que cette solution n'est plus, pour l'instant, contestée dans son principe, que l'existence de ce fameux espace de stipulation n'est pas radicalement remis en cause.

Cette vocation du contrat de travail à servir d'instrument de gestion de l'entreprise, c'est-à-dire de flexibilisation de la main d'œuvre, connaît malgré tout des limites. Au cours de ces dernières années, de nombreux arrêts de la Cour de cassation ont révélé divers obstacles auxquels pouvait se heurter la liberté contractuelle. Nombreuses sont désormais les manifestations de cette orientation jurisprudentielle, qui vient tempérer la faveur pour l'usage de l'instrument contractuel d'ajustement de la force de travail aux vœux de l'employeur. Ainsi la Cour de cassation estime-t-elle que les clauses d'objectifs ou de résultats sont impuissantes à paralyser le pouvoir d'appréciation du juge sur le caractère réel et sérieux du motif de licenciement : si un licenciement est prononcé pour cause d'insuffisance professionnel au motif que les

objectifs *convenus* n'ont pas été atteints, le juge éventuellement saisi par le salarié doit vérifier que ces objectifs n'étaient pas hors d'atteinte ou que l'échec n'est pas imputable à la conjoncture économique). De manière plus générale, elle rappelle que les clauses du contrat de travail doivent, comme celles de n'importe quel contrat, être invoquées de bonne foi (par application de l'article 1134 du Code civil : "Les conventions ... doivent être exécutées de bonne foi"), et que leur invocation peut constituer un abus, auquel cas elle ne saurait s'imposer au cocontractant (le salarié), parce qu'un principe général fait de l'abus du droit une faute ou une cause de nullité de l'acte qu'il entache.²⁵

Surtout, il apparaît que la teneur d'une clause contractuelle ou les circonstances de son invocation (par l'employeur) peuvent porter atteinte à une liberté ou un droit fondamental, notamment un droit ou une liberté garanti par une norme constitutionnelle. Or, les tribunaux paraissent désormais sensibles à l'incidence de ces prérogatives d'importance majeure dans les relations du travail. D'autant plus qu'un texte législatif de 1992 a introduit dans le Code du travail la disposition suivante: "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché" (article L. 120-2).²⁶ Ainsi la Cour de cassation a enfin reconnu, après des décennies plutôt favorables aux clauses de non concurrence, qu'une telle stipulation restreignait objectivement la liberté du travail garantie par une norme de rang constitutionnel. Elle en déduit désormais qu'un employeur ne peut l'invoquer à l'encontre de son ancien salarié que si elle s'avère "indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise" (condition de justification et de proportion de cette restriction). D'une manière analogue, elle a admis que le jeu d'une clause de mobilité, impliquant un déménagement lointain et même un déplacement du domicile familial du salarié, méconnaissait la liberté de choix du domicile, garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des

²⁵ Cette analyse et cette qualification d'abus de droit (abus de droit contractuel) ont été retenues en cas d'invocation d'une clause de mobilité insérée dans un contrat de travail pour muter un salarié se trouvant dans une situation familiale difficile, ou pour le muter vers un lieu de travail plus éloigné alors qu'il ne disposait d'aucun moyen de transport pour s'y rendre quotidiennement.

²⁶ Texte lui aussi inséré dans le titre *Contrat de travail*, alors qu'il ne concerne pas les seules stipulations contractuelles. Ce qui est un témoignage supplémentaire de la prospérité législative de ce contrat.

libertés fondamentales de 1950. Il ne s'agit là que de quelques illustrations des limites qui, aujourd'hui, s'imposent très clairement, à l'usage du contrat individuel au service d'une flexibilisation de la main d'œuvre. Cette jurisprudence renforce une tendance naguère décelée dans l'évolution contemporaine du droit du travail: l'affirmation des droits de la personne et plus largement des *droits fondamentaux*, comme la reconnaissance de la pertinence des normes constitutionnelles ou des conventions internationales dans les relations du travail, alors que beaucoup de juristes les croyaient sans incidence dans cette sphère de rapports juridiques privés.²⁷ Encore convient-il d'observer que la référence à ces droits fondamentaux surgit, moins comme le vecteur de nouveaux progrès dans la démocratisation des relations au sein de l'entreprise, que comme une barrière aux excès d'une flexibilisation recherchée par l'usage du contrat de travail, comme un mécanisme compensateur de nouveaux périls pour l'accès à l'emploi ou la stabilité des conditions de vie et de travail des salariés.

D'ailleurs, d'autres normes que celles consacrant ou protégeant des "droits de la personne" ou des "libertés individuelles et collectives" paraissent également affecter l'usage de l'instrument contrat de travail redécouvert il n'y a pas si longtemps. Y compris en ce qui concerne des clauses favorables au contractant salarié. Nous pensons à la règle à *travail égal, salaire égal*, audacieusement induite il y a cinq ans par la Cour de cassation de quelques textes du Code du travail : le jeu de cette règle, que la Cour qualifie volontiers de *principe*, devrait tenir en échec la stipulation d'un contrat de travail prévoyant, au bénéfice du salarié, des avantages (prime, avantage en nature) dont ne bénéficieraient pas d'autres travailleurs de la même entreprise effectuant un travail identique ou de même valeur (et qui pourraient alors réclamer ce même élément de rémunération).

On comprendra donc que l'indiscutable renouveau du contrat de travail n'est pas synonyme de reconquête: le droit français ne revient pas au stade *primitif* où régnait la liberté contractuelle (légitimée par la philosophie juridique, ou l'idéologie, de l'autonomie de la volonté). La présence d'un contrat à la source de tout rapport d'emploi et la soumission, par le Code du

²⁷ Voir notre étude: "Cambios y futuro del derecho del trabajo en Francia", préc. Pour une analyse plus complète et récente, voir: Lyon-Caen, Antoine et Vacarie, Isabelle, "Droits fondamentaux et droit du travail", *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 421.

travail lui-même, de ce contrat spécial “aux règles du droit commun”²⁸ sur tous les points qui ne font pas l’objet de règles spéciales (dérogatoires) ou particulières, ne débouchent pas sur une validité incontrôlée des clauses aujourd’hui si fréquemment insérées dans les contrats de travail. Tant s’en faut! Au demeurant, la référence au contrat et la majoration de son poids dans l’agencement juridique des rapports entre employeurs et salariés paraît aujourd’hui tourner plus souvent à l’avantage des seconds que des premiers.²⁹

²⁸ Selon l’article L. 121-1, qui reprend une disposition créée en 1891 par la première loi relative au *despido*. Cette disposition, dont on peut évidemment discuter l’opportunité, ne saurait être ignorée, ni du point de vue de la dogmatique juridique, ni dans l’ordre de la réflexion théorique, comme elle a pu l’être il y a quelques années par des juristes proclamant, avec plus de naïveté et d’exaltation anticiviliste que de rigueur, “l’autonomie du droit du travail”. Sur cette question de l’autonomie, voir: Péliissier, J. *et al.*, *op. cit.*, nota 16, núm. 47; du point de vue de l’approche critique du droit, voir: *Le droit capitaliste du travail*, préc., p. 239 et suivantes.

²⁹ Cette observation n’a qu’une portée partielle. Si, comme nous venons de l’observer, le renouveau du contrat ne s’entend pas d’une reconquête, c’est aussi parce qu’il s’accompagne d’une clarification (jurisprudentielle) des rapports entre le contrat individuel, d’une part, et, d’autre part, la convention ou l’accord collectif, l’usage, l’engagement unilatéral, tous constitutifs de ce que l’on nomme désormais “le statut collectif” des travailleurs de l’entreprise. Il était acquis, depuis des arrêts des années 60, que la convention collective ne s’incorporait pas dans le contrat de travail des salariés, et les grandes réformes de 1982 (*lois Auroux*) suggéraient de ne plus traiter le règlement intérieur comme une annexe des contrats individuels mais comme un acte normateur unilatéral de l’employeur. Il ressort d’arrêts rendus par la Cour de cassation depuis une dizaine d’années que l’usage ne s’incorpore pas au contrat de chacun des salariés, pas plus que les avantages ou garanties découlant de ce que la Cour traite comme un “engagement unilatéral de l’employeur” (consigné dans une note de service, un procès-verbal de réunion avec les représentants élus du personnel, un accord avec ces derniers qui ne peut avoir valeur d’un accord collectif dont la signature est réservée aux syndicats). Cette extériorité par rapport au contrat de travail des avantages et garanties naissant de ces diverses “sources professionnelles” de droit (sur le système des sources des règles de droit, en France, et le phénomène de pluralisme juridique qui le caractérise, voir: Péliissier, J. *et al.*, *op. cit.*, nota 16, núm. 45 et suivants) permet à l’employeur de les remettre en cause sans que chaque salarié puisse prétendre que cela tend à modifier son contrat et requiert donc son consentement en vertu des principes du Code civil. Le contrat de travail n’a donc pas reconquis la totalité du champ du rapport d’emploi. Au contraire, pourrait-on dire. Pour reprendre la terminologie déjà utilisée, maints déterminants de la situation juridique du salarié restent (ou sont clairement devenus) extérieurs à la “dimension contractuelle” de son rapport d’emploi. Cette limitation “spatiale” du “champ contractuel” au sein du rapport d’emploi (sur les concepts de “contenu obligationnel” et de “champ contractuel” dans le cadre de l’analyse dualiste du contrat de travail, voir: Jeammaud, A., Le Friant, M., *et al.*, *op. cit.*, nota 18, núm. 15) semble inspirée par le souci de ménager une certaine flexibilité des facteurs de coût et de rigidité de la main d’œuvre, autant que par une analyse juridique soumise à l’impératif de cohérente des solutions. Sur le plan du “jeu du droit”, elle fonctionne comme une limite à la mobilisation heuristique du contrat de travail évoquée *a continuación*.

3. *Vigueur heuristique*

Bien que le Code du travail ne s'occupe pas de préciser les obligations engendrées par le contrat de travail à la charge de chacune des parties, ce *contenu obligationnel* ne fait guère de doute en ce qui concerne les obligations principales: l'employeur est tenu de confier au salarié les tâches prévues par le contrat ou correspondant à la qualification professionnelle attribuée par le contrat (ou inhérentes à la classification du poste selon les normes de la convention ou de l'accord collectif applicable), et de payer le salaire; de son côté, le salarié doit rester à la disposition de l'employeur et exécuter la prestation de travail. À cela s'ajoute l'incidence d'une des prescriptions de l'article 1134 du Code civil: tout contrat doit être exécuté de bonne foi. Peu importe qu'il s'agisse là d'une obligation contractuelle inhérente à tout contrat selon la loi, ou plutôt d'une obligation légale relative à l'exécution de tout contrat. Observons seulement que cette obligation a fait l'objet d'une interprétation très *constructive* de la part de la Cour de cassation. En effet, elle en déduit, pour le salarié, une *obligation de loyauté* telle qu'il s'expose à une sanction patronale pour certains agissements (le travail parallèle pour un entrepreneur concurrent, le travail *en negro* en dehors de son temps de travail ou pendant une suspension de son contrat pour cause de maladie) ou certaines attitudes en dehors même du temps de travail (le dénigrement de l'employeur ou, au moins si le salarié a la qualité de *cadre*, la critique publique de l'entreprise et de sa politique). Mais elle a également précisé et enrichi la portée de cette obligation de bonne foi à la charge de l'employeur, en considérant que celui-ci devait, en cas de modification de l'organisation de l'entreprise ou d'introduction de nouvelles technologies, adapter le salarié à ces innovations ou bien lui chercher activement à le reclasser dans l'entreprise ou dans une autre société du groupe (si l'employeur appartient à un tel groupe d'entreprises), de sorte que le licenciement du salarié consécutif à une réorganisation ou à une innovation technologique n'est justifié par un motif économique *réel et sérieux* que si l'employeur a recherché, en vain, à adapter ou reclasser le salarié. Cette audacieuse interprétation jurisprudentielle de l'obligation d'exécuter tout contrat de bonne foi, inaugurée en 1992, a été consacrée législativement par des textes de 2000, puis de janvier 2002, qui ont inscrit dans le Code du travail ce devoir d'adaptation ou de reclassement. Elle demeure néanmoins très illustrative d'une démarche de précision de la configuration juridique du rapport d'emploi (aux fins de solution de litiges) dans laquelle la présence

d'un contrat, dont les termes ne disent rien de la question rencontrée par les juges, sert de référence heuristique pour dire *ex post* ce que l'un devait et ce à quoi l'autre pouvait prétendre. La Cour de cassation vient d'ailleurs d'illustrer à nouveau cette démarche d'interprétation juridique du rapport entre employeur et salarié référé à la figure du contrat de travail, en *découvrant* que ce contrat mettait à la charge de l'employeur une "obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par le salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise".³⁰

Plus significative encore nous paraît la construction prétorienne du régime de la modification des conditions de travail et d'emploi du salarié à l'initiative de l'employeur. Dans le silence du Code du travail sur cette question du *jus variandi*, la Cour de cassation a, depuis assez longtemps, posé le problème dans les termes suivants: il convient de se demander si la modification en cause constitue une modification du contrat de travail lui-même. Elle a ainsi érigé la figure du contrat de travail en référence centrale de cette opération de qualification et de détermination subséquente des conditions de réalisation de la modification et des conséquences d'un refus du salarié de s'y soumettre. Cette démarche est déjà ancienne, mais la Cour l'a quelque peu amendé depuis 1996, et en premier lieu quant à la terminologie utilisée. Il s'agit désormais de déterminer si la modification (du lieu de travail, de la qualification professionnelle, des attributions, des tâches, de la rémunération, de la durée ou de l'horaire de travail, etc), que l'employeur voudrait introduire ou a prétendu imposer, constitue une *modification du contrat de travail* ou un *simple changement des conditions de travail*. Dans la première hypothèse, le principe de la force obligatoire de tout contrat (article 1134 du Code civil) empêche l'employeur d'imposer la modification projetée: il peut seulement la *proposer* au salarié qui, comme tout contractant placé devant semblable sollicitation de son partenaire, peut librement accepter ou refuser une révision conventionnelle du contrat. Son refus, puisqu'il est simple

³⁰ Cette obligation de sécurité dont l'existence était jusqu'alors rarement évoquée —et semblait présenter peu d'intérêt compte tenu du régime d'indemnisation automatique des accidents du travail et maladies professionnelles par la Sécurité sociale— vient d'être affirmée par six arrêts rendus le 28 février par la Chambre sociale (*Sala de lo social*) de la Cour de cassation à l'occasion d'affaires concernant des salariés victimes de l'amianté utilisé par leur entreprise dans des conditions excluant le bénéfice de cette couverture *maladies professionnelles* de la Sécurité sociale. Cette doctrine a été réaffirmée par un arrêt du 11 avril suivant.

exercice de sa liberté contractuelle, ne saurait constituer un motif de licenciement (si son contrat est à durée indéterminée) ou de rupture anticipée du contrat à durée déterminée: l'employeur ne peut prononcer un licenciement justifié³¹ que pour le motif (qui doit lui-même présenter un caractère réel et sérieux) de la modification refusée sans faute. Si, au contraire, la modification en cause apparaît comme un simple *changement des conditions de travail*, elle relève de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, qui peut donc prétendre l'imposer au salarié et celui-ci commet un acte d'insubordination (donc une faute) s'il prétend ne pas se soumettre aux nouvelles modalités. Ce salarié récalcitrant s'expose à un licenciement disciplinaire (faute), et l'employeur prendrait peu de risques juridiques en alléguant une *faute grave* permettant de prononcer un licenciement sans délai de préavis ni versement de l'indemnité liée à l'ancienneté.

Tout le problème de mise en œuvre d'un tel système est donc de qualifier la modification en cause, d'opérer la distinction entre les modifications qui constituent de véritables modifications (ou *révisions*) du contrat de travail et celles qui sont de simples *changements* relevant du pouvoir unilatéral de l'employeur. De ce point de vue, la Cour de cassation ambitionne d'édifier une répartition stable entre les deux catégories, afin d'assurer un caractère *objectif*, donc prévisible, à la qualification de modifications devenues si fréquentes aujourd'hui. L'idéal serait de dresser une liste *ne varietur* des éléments du rapport d'emploi appartenant au *champ contractuel*, et dont la modification constituerait donc toujours une modification du contrat. Ce n'est pas facile à réaliser, ainsi qu'en témoignent les incertitudes persistantes concernant le changement du lieu de travail ou même la modification de l'horaire de travail.³² Cela étant, la Cour de cassation entend assez largement

³¹ Le licenciement est justifié s'il a une *cause réelle et sérieuse* (que cette cause ne soit pas contestée ou que le tribunal ait jugé qu'elle présentait bien ces qualités requises par le Code du travail. Il donne lieu au versement d'"indemnités légales" liées à l'ancienneté. Le licenciement injustifié (*dépourvu de cause réelle et sérieuse*) expose l'employeur au paiement d'indemnités réparant le préjudice résultant de la privation d'emploi et qui peuvent être assez lourdes (l'équivalent du salaire des six derniers mois au minimum).

³² La Cour de cassation estime avec constance que le changement du lieu de travail ne vaut modification du contrat que s'il s'agit d'un changement de *secteur géographique*. Mais cette dernière notion reste très incertaine (s'agit-il de la région au sens historique, de la région au sens administratif, du *bassin d'emploi*?), de sorte que l'on voit resurgir la prise en considération de l'incidence du changement de lieu sur les conditions de vie quotidienne du salarié (allongement considérable du temps de transport) ou sur sa résidence (déménagement, bouleversant plus ou moins la vie de la famille), dont la Cour de cassation

ce champ contractuel. En particulier, elle considère que la rémunération présente en principe un caractère contractuel, même si l'écrit constatant le contrat n'en dit rien, de sorte que toute modification de cette *rémunération contractuelle* s'analyse en une modification du contrat ; elle ne peut donc être imposée au salarié, même si l'employeur prétend que les modalités de détermination du salaire qu'il voudrait imposer seraient plus avantageuses pour le travailleur. Ce salarié est décidément traité comme un contractant, mis en situation d'invoquer le contrat qui est réputé fonder son rapport avec l'employeur pour résister à un changement, que ce changement procède de la volonté unilatérale de l'employeur ou d'un accord collectif. Il est implicitement convié à exercer sa liberté contractuelle dans un sens dont il reste le seul juge.

Ce thème de la modification et les exemples évoqués donnent bien à voir le contrat de travail dans un usage heuristique plutôt qu'instrumental, comme une figure mobilisable pour interpréter une situation du point de vue du droit, dire ce qu'elle est, ce qu'elle vaut, ce à quoi peuvent prétendre "en droit" les uns et les autres. Et cette analyse contractuelle fournit, à travers la possible invocation de principes *civilistes* comme la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle, un moyen de résistance au salarié. Certes, on pourra juger qu'il s'agit là de *bricolage juridique* pour faire face, souvent, à des problèmes (la modification des attributions et des conditions de travail dans un contexte d'économie globalisée imposant aux entreprises une plus grande flexibilité) qui appelleraient de grands choix de politique du droit. À commencer par le choix de la primauté de l'accord collectif sur les choix individuels — dès lors impuissants à tenir en échec la norme ou la décision collectivement négociée — qui signifierait remise en cause d'un système français encore fortement individualiste.³³ Pour l'heure, justement, il ne

entendait faire l'économie au nom de la nécessaire *objectivation* de la qualification. La substitution d'un travail de nuit (à supposer qu'elle soit régulière, c'est-à-dire autorisée par un accord collectif ou par l'inspecteur du travail) d'un travail de jour constitue nécessairement, selon la Cour, une modification du contrat de l'intéressé. En revanche, il n'est pas certain que le changement d'horaire dans la journée soit automatiquement un *simple changement...* que l'employeur pourrait imposer (s'il bouleverse la vie familiale du travailleur ou de la travailleuse, ou allonge fortement le *temps contraint* par le travail).

³³ La primauté du collectivement négocié sur les options individuelles supposerait, au moins, que seul soit valide la convention ou l'accord collectif signé par un ou des syndicats majoritaires dans le cadre de l'entreprise ou de la branche (et pas simplement *représentatif* dans les conditions, très libérales et peu exigeantes, que pose aujourd'hui le droit français). Ce qui n'est pas (encore) la règle du droit positif, même si des lois récentes privilégient dans quelques matières particulières ce modèle de *l'accord majoritaire* et si le débat syndical sur une possible évolution est enfin ouvert.

nous semblait d'un plus grand intérêt de signaler cet indiscutable indice d'individualisation que constitue le renouveau du contrat de travail en guise d'hommage à un *maestro* qui a prêté une attention si soutenue à un processus de *déclin du contrat* avec lequel ce renouveau semble rompre.