

# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 867



*Publication  
bimensuelle*

*15 septembre  
2017*

# Consultez sur www.courdecassation.fr

*le site de la Cour de cassation*



## COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION   JURISPRUDENCE   PUBLICATIONS   ÉVÉNEMENTS   HAUTES JURIDICTIONS   INFORMATIONS & SERVICES



### La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français



Siégeant dans l'enceinte du palais de justice de Paris, la Cour de cassation a pour mission de contrôler l'exacte application du droit par les tribunaux et cours d'appel. Afin de garantir une interprétation uniforme de la loi, l'article L 411-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : **"Il y a pour toute la République une Cour de cassation"**.

[Présentation](#)   [Organisation](#)

### Derniers arrêts mis en ligne

- Communiqué relatif à l'arrêt dit AZF du 13 janvier 2015  
**DESTRUCTIONS, DÉGRADATIONS ET DÉTERIORATIONS**
- Arrêt n° 6661 du 13 janvier 2015 (12-87.059) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR06661  
**DESTRUCTIONS, DÉGRADATIONS ET DÉTERIORATIONS**
- Arrêt n° 616 du 9 janvier 2015 (13-80.967) - Cour de cassation - Assemblée plénière - ECLI:FR:CCASS:2015:AP00616  
**TRAVAIL ; APPEL CORRECTIONNEL OU DE POLICE**

[ARRÊTS](#)   [AVIS](#)   [COMMUNIQUÉS](#)   [TRADUCTIONS EN 6 LANGUES](#)



1<sup>re</sup> chambre civile

### Actualités

- Affaire AZF : Consulter le communiqué et l'arrêt**
- Activité 2014 de la Cour en quelques chiffres-clés**
- Retournée solennelle : consulter les discours**
- Communiqué relatif à l'arrêt d'assemblée mixte du 09.01.15**

[Voir les précédentes Unes](#)

### Questions prioritaires de constitutionnalité

- Arrêt n° 7873 du 13 janvier 2015 (14-90.044) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR07873
- Arrêt n° 2 du 6 janvier 2015 (14-87.893) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR00002

QPC soumises à la Cour de cassation

[par date](#)   [par texte](#)

### Informations et suivi d'un pourvoi

- Service de l'accueil et services du greffe
- Bureau d'aide juridictionnelle
- Charte de la procédure des justiciables

[SUIVRE VOTRE AFFAIRE](#)

### Colloques à venir

**26 janvier 2015**

**5 février 2015**  
CYCLE HISTOIRE 2015 - LES PROCES POLITIQUES DANS L'HISTOIRE

[Voir tous les colloques](#)

### Liens professionnels

- Experts judiciaires (dont traducteurs)
- Marchés publics
- Commander des arrêts en ligne
- Contact presse

Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Fonds ancien de la bibliothèque

Sites partenaires

Contact | FAQ | Plan du site | Informations éditeur | Mises en ligne récentes  
© Copyright Cour de cassation

Rechercher



COUR DE CASSATION

# Bulletin *d'information*

---

*Communications*

*Jurisprudence*

*Doctrine*



## Remerciements

*Les Rencontres de la chambre sociale ont pour ambition de permettre aux magistrats, qui forgent la jurisprudence, et aux universitaires, qui la commentent et la critiquent, ainsi qu'à certains praticiens d'échanger sur quelques thèmes d'actualité. La réussite de ces Rencontres dépend directement de l'implication et de l'esprit d'ouverture manifestés à chaque édition par l'ensemble des participants. Qu'ils soient tous remerciés pour leur investissement, leur attention et leur fidélité.*

*Un remerciement doit plus particulièrement être adressé aux magistrats qui, une fois de plus, ont permis, par leur contribution, l'organisation matérielle de la journée et la retranscription des débats : Mmes et MM. Stéphanie Ala, Ludovic Belfanti, Céline Champley-Coulet, Alexandre David, Sophie Depelley, Dorothee Dibie, Fanélie Ducloz, Laurence Duvallet, Benjamin Joly, Didier Le Corre, Aurélie Prache, Nathalie Sabotier, Françoise Salomon, Thierry Silhol, Marie-Anne Valéry.*

*Philippe Flores, conseiller référendaire.*

# Table des matières

LES RENCONTRES DE LA CHAMBRE SOCIALE 2017	Pages
<b>LE DROIT DU TRAVAIL ET LES DÉROGATIONS</b>	
Remerciements.....	3
Propos introductifs.....	5
<b>Première thématique :</b>	
<i>Quand le droit du travail déroge au droit commun, sous la présidence de M. J.-M. Béraud, conseiller doyen honoraire de la chambre sociale de la Cour de cassation</i>	
<i>Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat</i>	
- contribution de M. J.-Y. Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation.....	7
- contribution de M. S. Tournaux, professeur à la faculté de droit de Bordeaux - COMPTRASEC UMR CNRS .....	15
<i>Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du contrat de travail</i>	
- contribution de Mme S. Depelley, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, et de M. P.-Y. Verkindt, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (université de Paris I) .....	24
<b>Seconde thématique :</b>	
<i>Quand le droit du travail organise des dérogations à ses propres règles, sous la présidence de Mme P. Fombeur, président de chambre à la section du contentieux du Conseil d'État</i>	
<i>Les dérogation en droit du travail. Le recours à l'accord dérogatoire</i>	
- contribution de Mme F. Favennec Héry, professeur à l'université de Paris II, et de M. R. Weissmann, avocat général référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation .....	34
<i>Le régime de l'accord collectif dérogatoire. De la dérogation à la supplétivité</i>	
- contribution de Mme F. Ducloz, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation .	41
- contribution de Mme A. Gardin, professeur à l'université de Lorraine, IFG.....	50

# Rencontres de la chambre sociale du 10 mars 2017

## Propos introductifs de M. Philippe Flores, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation

J'ai le plaisir et l'honneur d'ouvrir ces rencontres même si j'éprouve un peu d'appréhension à le faire en présence du président de la chambre sociale, monsieur Jean-Yves Frouin. Ce n'est pas tous les jours qu'on préside son président, à tout le moins celui qui le fut avant que l'obsolescence programmée n'accomplisse son œuvre d'éviction. Mais je sais néanmoins pouvoir trouver quelques motifs d'apaisement dans son ouverture d'esprit et son attention aux autres, qualités qui sont les conditions mêmes de ces rencontres et dont elles s'efforcent de témoigner.

Quoiqu'il soit difficile, voire interdit, au juge de se défendre lorsque ses décisions sont critiquées, il n'est pas pour autant enfermé dans une tour d'ivoire. Des membres de la chambre sociale participent ainsi à des journées d'actualité ou à des colloques universitaires dans lesquels ils exposent et par là même s'exposent.

Mais dans ces rencontres de la chambre sociale, ce ne sont plus des membres de la chambre qui répondent individuellement à des invitations, c'est la chambre elle-même qui, collectivement, invite la doctrine, d'autres juges et des personnalités extérieures à des échanges sur sa production dans les lieux mêmes où se fabrique sa jurisprudence.

Aussi, au nom de la chambre, je veux remercier tous ceux qui ont répondu à son invitation car l'intention n'est pas de leur demander d'être à l'écoute, en tout cas pas seulement d'être à l'écoute, mais aussi d'exprimer leur point de vue, leurs critiques positives ou négatives sur la jurisprudence. C'est cette recherche de l'échange qui explique aussi le choix des intervenants. Sur chaque thème, un membre de la chambre, conseiller ou avocat général, et un membre de la doctrine ou personnalité extérieure se succèdent. Je n'ignore ni la difficulté ni l'intensité du travail qui leur est demandé et, pour certains peu habitués à ce type d'exercice, le stress qu'ils éprouvent. Aussi, qu'ils soient tout particulièrement remerciés.

Toute vie naît d'une rencontre et celles de la chambre sociale se sont montrées fécondes. Je me contenterai de deux exemples. L'idée que les négociateurs sociaux sont des producteurs de normes par délégation de la loi et doivent donc bénéficier dans l'élaboration des dispositifs conventionnels d'une marge d'appréciation et de liberté équivalente à celle que le juge constitutionnel reconnaît au législateur a été émise au sein de ces rencontres. Même si certains membres de la chambre l'appréhendaient déjà confusément, sa formulation n'a pas été sans influencer la jurisprudence relative à la règle d'égalité dans les normes négociées : présomption de validité des différenciations catégorielles et, en amont, liberté de principe de création de catégories professionnelles par voie d'accord collectif.

De même, l'idée que la responsabilité civile d'une société mère pourrait être substituée à la notion de coemployeur, difficile à maîtriser dans sa dimension collective, émise là encore lors de rencontres, a donné lieu à des débats internes à la chambre marqués du sceau de la qualité. Sans doute, le pas n'a pas été franchi complètement, mais les choses ont été mieux maîtrisées et sait-on ce que sera l'avenir ? Mais je ne poursuivrai pas plus avant sur cette question car le thème retenu pour cette année est précisément celui de la dérogation : dérogation par le droit du travail à des règles de droit commun ; dérogation au sein même du corpus légal régissant le travail, notamment par la négociation collective avec, bien entendu, le débat sur l'articulation des différents niveaux de négociation.

Le droit du travail est souvent perçu, avec une connotation négative chez certains, comme un droit qui s'écarte du droit commun.

Pourrait-il en être autrement ? Le droit du travail doit régir cet objet particulier qu'est le labeur humain alors que le droit commun des contrats est surtout fait pour en régir le résultat, dont le salarié, lui, est dépossédé. Il doit aussi saisir le pouvoir du chef d'entreprise, inhérent à la subordination du salarié, le réguler et assurer son articulation avec le contrat alors même que la frontière entre les deux n'est pas étanche, le pouvoir étant susceptible d'être contractualisé. Il doit aussi organiser les rapports collectifs, assurer la mise en place des institutions représentatives du personnel et des syndicats, l'exercice de leurs attributions... Il doit encore articuler contrat et statut, droit administratif et droit privé, ce qui implique pour le juge du travail d'entretenir des rapports avec son homologue de l'ordre administratif, ce qu'il fait. Ceci étant, qu'aurait été et que serait la jurisprudence sociale sans ce qui était encore hier l'article 1134 du code civil ?

Le droit du travail doit encore régir la négociation collective et son résultat, c'est-à-dire l'articulation des normes conventionnelles dans leurs rapports avec la loi ou avec le contrat, mais aussi l'articulation de ces normes entre elles dès lors qu'elles ne sont pas négociées au même niveau. Et là s'ouvre un nouveau champ d'interrogations et aussi de disputes depuis que la négociation collective n'est plus seulement un instrument d'amélioration de la loi au profit des salariés, mais aussi un instrument d'organisation de l'entreprise en dérogation à la loi. Les comités d'entreprise, dans lesquels certains voyaient une institution apte à l'accueil et au développement d'une forme de cogestion, sont devenus porteurs de l'expression des intérêts des seuls salariés. A l'inverse, les syndicats traditionnellement porteurs des revendications du salariat sont aujourd'hui appelés à participer à la gestion de l'entreprise à travers la négociation dérogatoire. Historiquement, le hiatus est profond et explique la rugosité des débats, d'autant que derrière ce qui est désigné sous le terme de hiérarchie des normes conventionnelles se dissimule nécessairement la hiérarchie des producteurs de ces normes.

Aussi, à la différence du droit commun, qui est sans doute plus apaisé, le droit du travail apparaît à bien des égards et plus que jamais comme un droit des tensions : tensions dans l'entreprise, tensions entre l'entreprise et la branche, tensions entre les logiques dont il est traversé et les corpus normatifs qu'il est appelé à mobiliser.

Par ailleurs, le droit du travail apparaît aujourd'hui comme un droit instable qui se cherche. L'encre est à peine sèche que, déjà, il faut reprendre l'écriture. Plus gravement, cela témoigne sûrement de l'obsolescence de certains modèles, mais aussi de certains espoirs. La société qui naguère encore était celle des certitudes est devenue aujourd'hui celle des incertitudes et des inquiétudes. Serait-ce la fin de certaines utopies, alors qu'on sait qu'il en est de nécessaires ?



# Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat<sup>1</sup>

Jean-Yves Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation

1. Prendre pour objet de réflexion « *le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat* », c'est d'une certaine manière rouvrir le vieux débat sur la question des liens qu'entretient le droit du travail avec le droit civil, débat qu'on pouvait considérer comme clos, en tout cas dépassé, par l'admission communément admise à tout le moins d'un particularisme du droit du travail, renvoyant pour les uns à l'autonomie de ce droit, pour les autres à sa filiation avec le droit civil.

Pourquoi y revenir, tout n'a-t-il pas été dit sur le sujet, et de la manière la plus remarquable qui soit<sup>2</sup> ? Tout simplement parce que la question est en quelque sorte renouvelée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui oblige (peut-être) à repenser la nature des liens entre contrat de travail et droit commun des contrats. Ce sera l'objet de la contribution du professeur Tournaux.

Mais il va de soi que pour parfaitement appréhender la problématique renouvelée, il nous a semblé qu'il était utile de faire une sorte d'état des lieux, et par conséquent de s'interroger sur le point de savoir dans quelle mesure et dans quels cas le contrat de travail est l'objet de dérogations au droit commun des contrats. C'est l'objet de la présente contribution<sup>3</sup>.

2. Alors, commençons, si l'on peut dire, par le commencement : l'ancien article L. 121-1 du code du travail, inséré dans un chapitre « *Dispositions générales du contrat de travail* », disposait que « *le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun* ». Il s'en déduisait qu'en l'absence de disposition spéciale, les règles du droit commun des contrats s'appliquent au contrat de travail. Le même texte recodifié sous le numéro L. 1221-1 du code est intégré dans un chapitre relatif à la formation du contrat de travail, ce qui pourrait laisser supposer que cette applicabilité des règles de droit commun au contrat de travail ne concerne (plus) que sa formation. Mais il est généralement admis qu'en toute hypothèse le droit du travail est un démembrement du droit commun qu'est le droit civil, de sorte que, quand il ne règle pas une question, le droit commun a vocation à s'appliquer.

Ce qui est vrai, c'est que le contrat de travail est souvent présenté comme une sorte d'acte-condition<sup>4</sup> qui déclenche l'application d'un statut social, de l'ordre public social issu du code du travail, de sorte que l'application du droit commun des contrats pourrait dès lors être largement privée de sens si l'on considère au fond que c'est tout le droit du contrat de travail qui est dérogatoire. Mais, en réalité, on sait bien que ce statut social n'épuise pas tout le droit applicable à la relation de travail. Or, comme il n'est pas discuté que la relation de travail trouve sa source dans un contrat individuel de travail, notre interrogation de départ - le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat - retrouve toute son actualité, d'autant qu'à la charnière des années 1990-2000, il a été noté un renouveau du contrat de travail ou de la force obligatoire appliquée au contrat de travail<sup>5</sup>.

3. Ces remarques liminaires étant faites, il nous appartient de circonscrire notre sujet :

- il ne peut être question d'aborder ici, sous couvert de dérogations au droit commun, ce qui relève du statut, même si incidemment cela nous arrivera, notamment quand une obligation dégagée du contrat a été consacrée par la loi, comme l'obligation de reclassement ;

- il ne peut être davantage question de considérer comme dérogation des clauses ou dispositions contractuelles qui ne se rencontrent guère que dans un contrat de travail parce qu'elles sont liées à l'objet de ce contrat, comme celles prévoyant une période d'essai ;

- on a fait, par ailleurs, le choix de s'en tenir ici au contrat individuel de travail, ce qui exclut deux autres sources : le contrat collectif, qui recouvre aussi bien la convention collective traditionnelle, dont on sait qu'elle a une nature contractuelle et réglementaire, que certains des accords collectifs plus récents, les accords dits donnant-donnant, dont même le contenu comporte des engagements réciproques, à la manière d'un contrat synallagmatique<sup>6</sup>. L'autre source ici exclue est l'engagement unilatéral de l'employeur. On l'a exclu arbitrairement, pour de simples raisons de périmètre de notre intervention, mais il faut en dire un mot car c'est là déjà une dérogation importante, sinon au droit commun des contrats, du moins au droit commun des actes juridiques. La doctrine civiliste a toujours été très réticente à admettre la manifestation unilatérale de volonté comme source d'obligations et si la

<sup>1</sup> Le style oral de la contribution a été largement conservé.

<sup>2</sup> Not. G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, 229 ; G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », *D.* 1975, chron. 151 et 221.

<sup>3</sup> La présente contribution est délibérément limitée à la situation d'avant la réforme du droit des contrats.

<sup>4</sup> Ou de « fait-condition », X. Lagarde, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD civ.* 2002, p. 435 et s.

<sup>5</sup> P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999, 383.

<sup>6</sup> Sur la notion de contrat collectif, F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats de travail*, LGDJ 2001, 589 et s.

justice civile l'a parfois admis, c'est toujours de manière ponctuelle et dans des hypothèses limitées. À l'inverse, la jurisprudence sociale a admis de façon tout à fait générale, dès 1990, que l'engagement unilatéral de l'employeur lie celui-ci, elle en a élaboré le régime juridique, s'y référant même dans le visa de ses arrêts, et la doctrine travailliste le présente désormais comme l'une des sources du droit du travail<sup>7</sup>.

4. Reste à déterminer, le sujet étant ainsi circonscrit, quel sera notre fil d'Ariane pour conduire cette étude. C'est la principale difficulté du sujet.

La question des dérogations du contrat de travail au droit commun des contrats ne pose pas de problème de fond : on en trouve beaucoup des dérogations, et elles sont faciles à identifier. Le problème est de construction : compte tenu de ce que l'on a dit plus haut, quand on n'est pas dans le champ de l'application du statut, c'est le droit commun des contrats qui a vocation à s'appliquer. Il y a cependant des dérogations, c'est le sujet de cette étude, mais quel est le fil qui les relie toutes et qui devrait déterminer notre construction ? On peut en trouver un, mais c'est toujours le même, qui peut être formulé différemment : l'inégalité des parties contractantes ? Certes. Le rapport de subordination, sans doute. La protection du salarié, partie faible à la relation de travail, certainement. Mais tout cela ne fait qu'une partie. Alors, faute de mieux, on a choisi la facilité, non pas le plan d'idées mais une présentation purement descriptive : les dérogations dans la formation du contrat (I), les dérogations dans l'exécution du contrat (II), les dérogations dans la rupture du contrat (III).

## I. - Le contrat de travail et les dérogations au droit commun dans la formation du contrat

5. La formation du contrat recouvre tout à la fois les conditions de formation et les conditions de validité du contrat de travail. Dans chacune de ces hypothèses, il arrive que le contrat de travail prenne quelque liberté avec le droit commun des contrats. Mais c'est surtout au niveau des sanctions des conditions de formation et de validité que le contrat de travail s'affranchit largement du droit commun, ce qui renvoie à la question plus large des nullités en droit du travail.

- S'agissant des conditions nécessaires à la formation du contrat de travail, on imagine bien que, comme tout contrat, le contrat de travail ne se forme pas (toujours) en un trait de temps et puisse donner lieu à une période pré-contractuelle d'offres, de pourparlers ou de promesses. À partir de quel moment peut-il être considéré qu'un contrat s'est véritablement formé ? En droit commun, il faut une offre et une acceptation, le silence gardé par le destinataire d'une offre ne valant pas à lui seul acceptation.

La Cour de cassation s'écarte sensiblement de ces règles en énonçant, à propos de la promesse d'embauche, que « *constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction* » (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-42.951, Bull. 2010, V, n° 296), ce qui revient à considérer que vaut contrat de travail la seule offre suffisamment précise, mais qui n'est qu'une offre, d'un employeur à un destinataire.

Sans doute peut-on voir dans cette dérogation l'application d'une exception retenue par la jurisprudence en droit commun des contrats selon laquelle, lorsque l'offre de contracter est faite dans l'intérêt exclusif de celui auquel elle est adressée, il est permis aux juges du fond de décider que le silence du destinataire vaut alors acceptation. En somme, la situation du marché de l'emploi est telle qu'il y aurait lieu de considérer que cette exception est constituée toutes les fois qu'une offre d'embauche suffisamment précise est faite à une personne déterminée. On a toutefois fait remarquer, non sans raison, que l'exception au principe ne vaut normalement que pour autant que le destinataire de l'offre n'a aucune raison de la décliner, ce qui peut sans doute valoir pour la proposition d'une prime exceptionnelle, comme cela a été récemment jugé (Soc. 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.353), mais est plus difficilement concevable pour un contrat de travail dans sa globalité (dont on conçoit bien qu'on puisse toujours avoir quelque raison de le refuser)<sup>8</sup>.

La forme du contrat de travail ne s'écarte pas, en revanche, nous semble-t-il, du droit commun des contrats. Le contrat de travail est, de principe, un contrat consensuel, comme le contrat ordinaire. Par exception, même si elles sont assez nombreuses parce que les contrats spéciaux sont nombreux, il peut être un contrat formel, mais c'est la même chose en droit commun.

6. S'agissant des conditions de validité du contrat, s'il n'est guère discuté que les règles de droit commun s'appliquent normalement sans restriction particulière au contrat de travail, sous réserve des dispositions légales relatives à la capacité de conclure un contrat de travail, l'application qui en est faite au contrat de travail connaît quelques assouplissements par rapport au droit commun, notamment en ce qui concerne l'appréciation des vices du consentement.

D'abord, le dol pouvant être imputé au salarié est entendu très restrictivement, comme l'illustrent deux arrêts de 1999, dont l'un avait suscité une certaine polémique : « *La fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol. Elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* » (Soc., 30 mars 1999, pourvoi n° 96-42.912, Bull. 1999, V, n° 142)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> M. Fabre-Magnan, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *Semaine sociale Lamy*, n° 1095, du 28 octobre 2002.

<sup>8</sup> Note G. François, « De l'application des concepts de droit commun relatifs à la formation du contrat en droit du travail », sous Soc., 16 décembre 2015, *La semaine juridique*, éd. social, 2016, n° 7, n° 1067.

<sup>9</sup> « *N'est pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse la mention litigieuse, même imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, qu'un salarié a fait figurer dans son curriculum vitae, selon laquelle il a bénéficié d'une expérience professionnelle d'une année au sein d'une société importante, à un poste d'assistant de responsable de formation, alors qu'il n'avait effectué qu'un stage de formation de quatre mois dans cette société* » : Soc., 16 février 1999, pourvoi n° 96-45.565, Bull. 1999, V, n° 74.

Ensuite, la question s'est posée de savoir si l'erreur provoquée (provoquée par un dol) est ou non excusable. Il était permis d'hésiter : en l'état de l'article 1109 du code civil, qui énonce qu'il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou si le consentement a été surpris par dol, on pouvait dès lors considérer avec le professeur Ghestin<sup>10</sup> que des considérations éthiques justifiaient le caractère nécessairement excusable de l'erreur en cas de dol. C'est la solution qui a prévalu devant les juridictions civiles : « *la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée* » (3<sup>e</sup> Civ., 21 février 2001, pourvoi n° 98-20.817, *Bull.* 2001, III, n° 20). Mais on pouvait aussi estimer, comme le soutenait le professeur Mouly<sup>11</sup>, que si la personne qui s'estime victime (l'employeur) avait l'obligation légale de se renseigner sur un élément, elle ne peut pas être surprise du mensonge ou du silence circonstancié du cocontractant, car si elle avait vérifié l'information, elle n'aurait pas contracté. C'est la solution qui a été adoptée par la chambre sociale (Soc., 3 juillet 1990, pourvoi n° 87-40.349, *Bull.* 1990, V, n° 329) : « *l'erreur sur la personne n'est cause de nullité du contrat de travail que dans la mesure où elle est excusable. Est inexcusable la faute d'une société qui recrute un directeur sans procéder à des investigations qui lui auraient permis de découvrir que, président-directeur général d'une société, il venait de déposer le bilan de cette société, aussitôt mise en liquidation de biens* ».

On comprend bien ces deux catégories de solutions adoptées par la jurisprudence sociale en matière de dol et d'erreur provoquée, même si elles peuvent se discuter<sup>12</sup>. Il s'agit au fond de prendre en compte l'inégalité des parties à la relation de travail dans l'appréciation de leur comportement respectif et des conséquences juridiques à en tirer.

7. Reste à s'interroger sur la sanction des conditions de formation et de validité du contrat. En droit commun, cette sanction, c'est normalement la nullité, c'est-à-dire l'anéantissement rétroactif de l'acte, ce qui se comprend bien : la nullité du contrat, c'est la conséquence logique d'un défaut de respect des conditions de forme d'un contrat quand une forme particulière est exigée, et c'est plus encore la conséquence logique du défaut de l'une des conditions de validité du contrat : le contrat est alors réputé n'avoir jamais existé. Au demeurant, celui qui se prévaut de l'absence de l'une des conditions de validité du contrat ou du défaut de respect d'une condition de forme a souvent un intérêt à la nullité.

En matière de contrat de travail, la nullité est une sanction souvent peu appropriée : d'abord l'anéantissement rétroactif du contrat n'a guère de sens s'agissant d'un contrat à exécution successive. Par la force des choses, il est impossible de revenir sur l'exécution passée du contrat de travail<sup>13</sup> ; ensuite et surtout, le salarié a un intérêt au maintien de son contrat de travail.

Pour ces raisons, « *la nullité du contrat de travail paraît à bien des égards introuvable* »<sup>14</sup> :

- quand il s'agit de sanctionner la méconnaissance des conditions de forme exigées pour la formation du contrat, la sanction qui s'impose le plus souvent (sauf pour le contrat d'apprentissage) est celle de la requalification, requalification en contrat à durée indéterminée quand il s'agit de sanctionner le non-respect des règles qui limitent la possibilité de recourir à des contrats de travail précaires, requalification en contrat à temps plein quand il s'agit de sanctionner l'absence d'un écrit pour la conclusion d'un contrat à temps partiel, étant ici observé que dans le premier cas, la sanction de la requalification est automatique, les conditions de forme étant considérées comme exigées *ad validitatem*, sous réserve que ce soit le salarié qui l'ait demandée, tandis que dans le deuxième cas, la requalification n'est opérée que pour autant que l'employeur n'apporte pas la preuve que le contrat conclu avait bien été conclu à temps partiel, l'exigence de l'écrit étant considérée comme *ad probationem* ;

- quand il s'agit de sanctionner l'invalidité d'une clause du contrat, même essentielle, il est le plus souvent recouru, plutôt qu'à la nullité du contrat tout entier ou même à la nullité de la clause illicite elle-même, à des techniques telles que la réfaction, ou la nullité-réduction, ou la nullité-substitution. « *L'initiative du juge peut aller très loin puisqu'en cas d'indétermination du salaire, contractuellement prévu, le constat de la nullité d'une telle clause l'autorise, et même l'oblige, à fixer lui-même le salaire contractuel* » (Soc., 22 mai 1995, pourvoi n° 91-41.581, *Bull.* 1995, V, n° 161)<sup>15</sup> ;

- enfin, quand il s'agit de sanctionner la méconnaissance des conditions de validité du contrat, on devrait logiquement retrouver la sanction de la nullité du contrat, mais il n'est pas rare, comme l'illustre un arrêt récent (Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-21.521, *op. cit.*, note 11), qu'un vice du consentement dans la formation du contrat soit sanctionné comme un manquement dans l'exécution du contrat de travail, et par suite sur le terrain des règles applicables au licenciement, ce qui est peu orthodoxe.

D'une manière générale, les sanctions en droit du travail donnent lieu, même en dehors de toutes dispositions légales particulières, à l'application de règles propres, au demeurant extrêmement variables, qui n'ont pas grand-chose à voir avec l'application des règles de droit commun dans des situations analogues<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> J. Ghestin, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP* 2011, 703 ; « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP* 2012, 812.

<sup>11</sup> J. Mouly, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable », *D.* 2003, 2023 ; « Une règle de nature à induire en erreur : la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *D.* 2012, 1346.

<sup>12</sup> Il est permis de se demander si la première serait encore adoptée : Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-21.521, note D. Chenu, « Le dol comme cause réelle et sérieuse de licenciement », *La semaine juridique, éd. social*, 2016, n° 13, n° 1118.

<sup>13</sup> G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *mélanges Ghestin*, 275 et s.

<sup>14</sup> X. Lagarde, *op. cit.*, n° 6.

<sup>15</sup> X. Lagarde, *op. cit.*, qui ajoute : « La nullité atteindrait-elle un des éléments essentiels du contrat, ce qui, en toute autre occurrence, justifierait son annulation, la relation de travail demeure et son contenu est judiciairement déterminé ».

<sup>16</sup> Sur l'ensemble de la question, G. Couturier, « La théorie des nullités... », *op. cit.*

## II. - Les dérogations au droit commun des contrats dans l'exécution du contrat de travail

8. On ne s'arrêtera pas ici sur les dérogations au principe de l'effet relatif du contrat, car il s'agit de dérogation légale, donc de l'ordre public social, quand on songe à l'article L. 1224-1 du code du travail. Alors, il est vrai que la jurisprudence sociale admet l'application volontaire de l'article L. 1224-1 en la fondant, sans doute à tort, sur la novation, alors qu'il s'agit en réalité juridiquement d'une cession de contrat, dont la jurisprudence civile fait une large application.

Il faut, en revanche, dire un mot de l'application de la loi dans le temps. En matière de contrat ordinaire, le contrat demeure soumis aux lois en vigueur au jour de sa conclusion et échappe ainsi à l'application de la loi nouvelle (3<sup>e</sup> Civ., 17 février 1993, pourvoi n° 90-17.491, *Bull.* 1993, III, n° 7), à moins que le législateur n'en décide autrement sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Ce n'est pas tout à fait la même chose en matière de contrat de travail, où il peut être considéré que les lois sociales nouvelles qui entrent dans le champ de l'ordre public social s'appliquent immédiatement à toutes les conventions en cours, même à défaut de dispositions légales expresses en ce sens. Ainsi a-t-il été jugé en 2000 que l'ordre public social impose l'application immédiate aux contrats de travail en cours et conclus avant leur entrée en vigueur des lois nouvelles ayant pour objet d'améliorer la condition ou la protection des salariés (Soc., 12 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.541, *Bull.* 2000, V, n° 278).

Mais s'interroger sur les dérogations au droit commun des contrats dans l'exécution du contrat de travail, c'est principalement poser la question du contenu du contrat de travail et celle de son évolution ou de sa mutation. Sur ce double terrain, le droit du contrat de travail ne s'écarte pas très sensiblement du droit commun des contrats, on a même souvent fait valoir à la charnière des années 2000, notamment en ce qui concerne la mutation du contrat, qu'il s'en rapprochait. À voir, car les choses sont sans doute moins simples qu'il n'y paraît.

### A. - Le contenu du contrat de travail

9. Le contenu du contrat de travail, c'est ce que les parties ont entendu y mettre, sous réserve de l'ordre public, auquel il ne peut être dérogé. C'est aussi ce que les parties n'ont pas nécessairement entendu y mettre mais s'y trouve tout de même comme un prolongement naturel du contrat ou par la volonté du juge. On retrouve là la double question de l'étendue de la liberté contractuelle et du forçage du contrat, commune au contrat de travail et au droit commun des contrats. C'est en ce sens que l'on disait à l'instant que le droit du contrat de travail ne s'écarte pas très sensiblement du droit commun des contrats. Tout est affaire de degré plus que de substance, même s'il reste que les limitations de la liberté contractuelle y sont plus présentes qu'en droit commun des contrats, tandis que le forçage du contrat y est plus important :

- force est de constater que la liberté contractuelle est toute relative en droit du travail à raison d'un ordre public social particulièrement développé, notamment quand il s'agit de clauses qui confèrent une prérogative à l'employeur et/ou sont de nature à porter atteinte aux droits et libertés attachés à la personne du salarié. Ces clauses, ou bien sont illicites et donc nulles, ou bien sont étroitement encadrées, ou bien elles n'ont qu'une portée limitée. On songe pour la première catégorie à des clauses qui autoriseraient le prononcé de sanctions pécuniaires, aux clauses de variation, d'exclusivité pour un salarié à temps partiel ou aux clauses de fixation de la résidence du salarié<sup>17</sup>, pour la seconde catégorie aux clauses de non-concurrence, de mobilité géographique ou de dédit-formation, et pour la troisième aux clauses d'objectifs, lesquelles peuvent certes valablement imposer des objectifs au salarié, mais pour autant qu'ils soient réalistes et raisonnables et, partant, sans constituer en eux-mêmes une cause réelle et sérieuse de licenciement en cas de non-respect ;

- s'agissant du forçage du contrat, on sait bien de quoi il s'agit. L'expression inventée par Josserand pour le droit commun des contrats a pour objet de rendre compte d'obligations qui ne résultent pas du contrat mais que le juge découvre comme une suite normale du contrat en se fondant le plus souvent sur l'article 1135, ancien, du code civil (« *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation selon sa nature* »). Sur ce fondement, le juge civil a ainsi dégagé deux obligations principales : l'obligation d'information et l'obligation de sécurité.

Sans se fonder le plus souvent sur l'article 1135 du code civil mais en sollicitant plutôt de manière assez audacieuse l'article 1134 (ancien), alinéa 3, du même code, et l'exigence de bonne foi qu'il prévoit dans l'exécution du contrat, le juge social est allé bien au-delà du juge civil dans le forçage du contrat en décidant, notamment :

- que l'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi (Soc., 25 février 1992, pourvoi n° 89-41.634, *Bull.* 1992, V, n° 122) ;

- qu'il est tenu d'une obligation de reclassement avant de procéder au licenciement pour motif économique d'un salarié (Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, pourvoi n° 89-43.494, *Bull.* 1992, V, n° 228), ou à son licenciement pour inaptitude ;

- qu'il est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en vertu du contrat de travail, dont il doit assurer l'effectivité ;

- que l'employeur, investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique, est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes ou faits qu'il passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail, même susceptibles d'incrimination pénale (Soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.612, *Bull.* 2006, V, n° 307) ;

- enfin, que les frais qu'un salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être supportés par ce dernier (Soc., 21 mai 2008, pourvoi n° 06-44.044, *Bull.* 2008, V, n° 108), ou encore que l'employeur doit assurer l'entretien des tenues de travail dont il impose le port au salarié (Soc., 12 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.585, *Bull.* 2012, V, n° 331).

<sup>17</sup> Les clauses de variation, d'exclusivité, de fixation de la résidence ne sont pas radicalement nulles, mais elles sont tellement encadrées que cela revient au même.

Cette dernière obligation, dégagée en application de l'article 1135 du code civil, découle de manière peu contestable du contrat de travail. Les précédentes sont plus difficiles à rattacher au contrat, même par le biais de l'article 1135 (ancien) du code civil, auquel d'ailleurs la chambre sociale ne s'est pas référée, mais pas forcément davantage par application du devoir de bonne foi. Pour autant, on peut bien comprendre qu'on ait pu les induire d'une relation de travail à raison de la nature et de l'objet de cette relation de travail.

## B. - L'évolution ou la mutation du contrat de travail

10. On a souvent présenté l'évolution de jurisprudence intervenue dans les années 1996-1998 relativement à la mutation du contrat de travail, et consistant dans la substitution de la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail à l'ancienne distinction modification substantielle-modification non substantielle, comme un retour à l'application des règles de droit commun régissant la modification du contrat, c'est-à-dire à la force obligatoire du contrat, de telle sorte qu'il n'y aurait là désormais nulle dérogation au droit commun des contrats, mais au contraire stricte application de ce droit commun.

C'est sans doute pour partie exact, mais pour partie seulement : c'est exact en ce sens qu'en vertu de l'article 1134 du code civil, les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties. Sous ce rapport, la gradation des modifications était dépourvue de sens et de pertinence. Si on est en présence d'une modification du contrat, quelle qu'en soit l'importance, elle requiert l'accord des parties. La distinction opérante à faire est donc celle qui distingue entre ce qui relève du contrat, qui oblige les parties, et implique leur accord pour sa modification, et ce qui relève de l'exécution proprement dite du contrat - les conditions de travail - et peut être modifié unilatéralement par l'employeur. En posant que ce qui est de l'ordre du contractuel ne peut être modifié que du commun accord des parties, la jurisprudence est donc incontestablement revenue à l'application du principe d'intangibilité des contrats, prévue en droit commun des contrats.

11. Mais, au-delà de ce principe de base, qu'en est-il ? La situation est plus nuancée.

D'abord, qu'est-ce qui relève du contrat ? Réponse d'évidence : tout ce que les parties y ont mis et qui est dans le contrat. Pas si simple : outre ce qui y est par la volonté du juge mais ne s'y trouve pas vraiment, le contrat de travail est souvent incertain ou imprécis à bien des égards. En réalité, est contractuel ce que le juge dit qui est contractuel, c'est-à-dire le socle contractuel : fonction, lieu, rémunération, temps de travail, précision étant apportée que certaines mentions expresses du contrat peuvent n'être paradoxalement pas considérées comme contractuelles mais simplement informatives (lieu d'exécution du contrat, convention collective applicable, usages d'entreprise, horaires de travail). Par conséquent, pour déterminer à quoi s'applique la force obligatoire du contrat, il faut d'abord reconstituer ce qui est dans le contrat et ça, c'est largement l'œuvre du juge, sous le contrôle de la Cour de cassation, plutôt que des parties contractantes. Sous l'intitulé « *l'indifférence à la volonté réelle des parties* », un auteur peut ainsi écrire : « *la jurisprudence fait prévaloir des règles qu'elle a posées elle-même et qui déterminent ce qui doit être prévu par le contrat et à quelles conditions les parties peuvent donner au contrat un contenu plus large* »<sup>18</sup>.

Ensuite, 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, alinéa 2, du code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* » (Soc., 27 février 2001, pourvoi n° 99-40.219, *Bull.* 2001, V, n° 60). On comprend bien cette règle qui aboutit à interdire les clauses de variation ou de modification unilatérale, et son fondement est incontestable, sauf à préciser immédiatement, comme il a été relevé<sup>19</sup>, qu'elle procède d'une lecture autonome et distincte de l'alinéa 2 de l'article 1134 (ancien) par rapport à l'alinéa 1 qui se discute : en effet, la clause en cause est une clause du contrat, qui a comme telle force obligatoire en application de l'article 1134, alinéa 1. D'ailleurs, il n'a jamais été discuté que la clause géographique de mobilité, qui est une clause de modification unilatérale du contrat, est parfaitement valable (pour autant qu'elle précise sa zone géographique d'application).

Enfin, l'article 1134 du code civil n'empêche pas qu'il puisse être passé outre le refus de la modification du contrat de travail par le salarié. Si la modification unilatérale du contrat est justifiée, elle fonde la légitimité du licenciement. « *On comprend dès lors l'exacte portée de la référence à l'article 1134 du code civil : il ne s'agit pas d'interdire la modification du contrat par la volonté d'une seule des parties, solution conforme au droit commun. Il s'agit simplement de soumettre le pouvoir de l'employeur à une exigence de justification. À proprement parler, on n'applique pas l'article 1134, on l'instrumentalise* »<sup>20</sup>.

Ainsi, c'est sans doute bien d'un certain retour à la force obligatoire du contrat dont il s'agit, mais à géométrie assez variable et pas vraiment dans l'épure du droit commun des contrats.

12. On ne peut tout à fait en rester là sur l'exécution du contrat de travail sans évoquer, avant d'aborder la rupture du contrat, ce qu'il en est de l'inexécution du contrat de travail et des conséquences qui peuvent en résulter au regard de la responsabilité contractuelle du salarié. On sait bien à cet égard, car la règle est ancienne, que la responsabilité pécuniaire d'un salarié, et donc sa responsabilité contractuelle, à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde (Soc., 25 janvier 2017, pourvoi n° 14-26.071, publié au *Bulletin*), ce qui n'est pas ce que prévoit l'article 1147 du code civil. La dérogation au droit commun des contrats s'explique aisément : il semble logique que l'employeur supporte à titre principal les risques de la prestation de travail confiée au salarié et dont l'activité lui profite. Il n'en reste pas moins que la règle de droit commun est très profondément modifiée.

<sup>18</sup> G. Couturier, « Le contrat de travail et le droit des contrats », *Revue de droit du travail* 2007, 407.

<sup>19</sup> C. Fladé, « Haro sur le contrat, à propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », note sous Soc., 27 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 514.

<sup>20</sup> X. Lagarde, *op. cit.*

### **III. - Le contrat de travail et les dérogations au droit commun dans la rupture du contrat**

13. Quand on aborde la question des dérogations au droit commun des contrats dont est l'objet le contrat de travail au regard des règles gouvernant la rupture du contrat, on est frappé par une sorte de paradoxe.

Au vu des textes du code du travail, même dans sa rédaction avant recodification, il pouvait être soutenu, sur le fondement de ces textes, éclairés par une lecture un peu autonomiste, que la rupture du contrat de travail à durée indéterminée obéit par la volonté de la loi aux seules dispositions du code du travail et déroge par conséquent dans le principe et de manière générale aux dispositions de l'article 1134 (ancien) du code civil, et à l'ensemble des modes de rupture des contrats de droit commun. En effet, l'article L. 122-4 du code du travail disposant que le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes et étant compris dans une sous-section portant le titre « Résiliation du contrat », elle-même incluse dans une section intitulée « Résiliation du contrat de travail à durée indéterminée », une telle lecture n'avait rien d'aberrant et n'aurait tout simplement pas été contraire aux textes<sup>21</sup>. La chambre sociale s'est d'ailleurs posée cette question (de l'autonomie de la rupture du contrat de travail par rapport aux modes de rupture des contrats de droit commun) au cours de l'année 1996, quand elle a clarifié les rapports entre rupture d'un commun accord et transaction. Une partie de la doctrine se l'est également posée quelques années plus tard<sup>22</sup>.

En consacrant, au cours de l'année 1996, l'applicabilité de principe des modes de rupture de droit commun à la rupture du contrat de travail, la Cour de cassation a admis la filiation du droit du travail avec le droit civil, mais dans le même temps, et c'est en ce sens qu'il y a un certain paradoxe, elle a développé une conception véritablement autonomiste<sup>23</sup> dans l'application qu'elle faisait de ces modes de rupture à la rupture du contrat de travail en décidant que si les modes de rupture des contrats de droit commun s'appliquent à la rupture du contrat de travail, c'est de manière distributive ou à des conditions très restrictives, ce qui revient dans la réalité des choses à déroger au droit commun des contrats.

À quoi il convient d'ajouter, et c'est par là que l'on commencera, que la chambre sociale a également développé une conception particulière et dérogatoire (au droit commun) concernant les modes de rupture spécifiques au contrat de travail.

#### **A. - Les modes de rupture spécifiques au contrat de travail**

14. Ce sont, d'abord, la rupture à l'initiative de l'employeur ou du salarié, c'est-à-dire le licenciement et la démission, si on met à part la rupture conventionnelle, qui a remplacé la rupture amiable comme mode de rupture d'un commun accord du contrat de travail.

La chambre sociale de la Cour de cassation en a une acception particulière pour des raisons liées au caractère protecteur du droit du travail : le licenciement, c'est sans doute formellement la rupture, c'est-à-dire le droit de résiliation unilatérale, à l'initiative de l'employeur, mais c'est en réalité bien plus que cela puisque c'est toute rupture par l'employeur quand bien même il n'aurait pas eu l'intention de rompre le contrat et entendrait même imputer la rupture au salarié, et c'est encore toute rupture par le fait de l'employeur, c'est-à-dire tout comportement ou agissement de l'employeur qui tend à dire ou voir le contrat de travail rompu. À l'inverse, la démission, ce n'est pas toute rupture à l'initiative du salarié, mais seulement l'acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail (sans l'imputer à l'employeur). Faut-il voir dans cette acception particulière de la rupture à l'initiative de l'employeur et du salarié une dérogation au droit commun des contrats ? On peut en discuter, mais il est sûr que la conception extensive de la notion de rupture à l'initiative de l'employeur et restrictive de la notion de rupture à l'initiative du salarié ne rend pas exactement compte d'un droit de résiliation unilatérale également partagé et est étroitement tributaire de la spécificité de la relation de travail.

15. Mais surtout, la chambre sociale a admis en 2003, à côté de la rupture à l'initiative du salarié qu'est la démission, un autre mode de rupture du contrat du travail à l'initiative du salarié en lui donnant ses règles propres : c'est la prise d'acte, ou résiliation unilatérale pour inexécution. Ce n'est pas là de prime abord une dérogation au droit commun des contrats si l'on considère que la jurisprudence civile (1<sup>re</sup> Civ., 13 octobre 1998, pourvoi n° 96-21.485, *Bull.* 1998, I, n° 300) et la jurisprudence commerciale avaient déjà avant 2003 reconnu la validité d'une résiliation unilatérale pour inexécution. Mais c'était, si l'on peut dire, de manière ponctuelle et, en quelque sorte, exceptionnelle, sans qu'il s'agisse à proprement parler d'un mode autonome de rupture des contrats (même si l'admettre dans certains cas, c'est l'admettre en principe), quand la chambre sociale en a fait, elle, un véritable mode autonome de rupture du contrat de travail parmi les autres modes de rupture spécifiques au contrat de travail, avec le licenciement et la démission. C'est en ce sens que l'on peut y voir une dérogation au droit commun des contrats qui se comprend bien : la Cour de cassation a entendu consacrer une pratique habituelle des relations de travail en permettant à un salarié qui estime qu'un manquement de l'employeur rend impossible la poursuite du contrat de travail de rompre unilatéralement le contrat, ce qui ne préjuge pas de la qualification de la rupture.

<sup>21</sup> Il pouvait certes être aussi considéré que ces dispositions légales, sans déroger aux dispositions de droit commun et notamment à celles de l'article 1134 du code civil, n'en sont que l'application, l'article 1134, alinéa 2, du code civil disposant que les conventions légalement formées ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise, le droit de résiliation unilatérale de l'employeur et du salarié entrant dès lors dans les causes de rupture que la loi autorise sans exclure pour autant les autres modes de rupture. En ce sens, M. Fabre-Magnan, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations... », *op. cit.*

<sup>22</sup> « Le principe étant posé de l'éviction de la demande en résiliation judiciaire à l'initiative de l'employeur, la Cour de cassation ne devrait pas tarder à en étendre les applications à tous les modes de rupture non prévus par le code du travail et "importés" du droit civil, telle la résolution amiable ou la rupture pour force majeure », C. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, 802.

<sup>23</sup> L'expression est du professeur Radé, *idem*.

## B. - Les modes de rupture communs à tous les contrats

16. Ils sont bien connus : c'est la rupture d'un commun accord, la rupture par force majeure, la résiliation judiciaire, la transaction (même si la transaction n'est pas à proprement parler un mode de rupture). Tous, on l'a dit, s'appliquent de principe à la rupture du contrat de travail, mais dans des conditions qui n'ont pas toujours grand-chose à voir avec les règles applicables à ces modes de rupture en droit commun des contrats.

Ainsi avait-il été admis, par une application combinée des articles 1134 du code civil et L. 121-1 du code du travail, avant que la rupture conventionnelle ne soit instituée en 2008 dans le code du travail, que le contrat de travail peut être rompu d'un commun accord entre les parties (Soc., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-46.540, *Bull.* 2003, V, n° 309).

Mais dans le même temps il était jugé, d'une part, que l'existence d'un différend au moment de la conclusion d'une convention de rupture affecte la validité de cette convention, d'autre part, qu'il ne peut être procédé valablement à une rupture d'un commun accord par les salariés bénéficiant d'une protection spéciale contre le licenciement, ce qui avait pour conséquence de marginaliser la rupture amiable comme mode de rupture du contrat de travail pour des raisons faciles à comprendre, le salarié étant dans un lien de subordination et ce mode de rupture le privant de toute indemnité consécutive à la rupture, tous éléments de nature à rendre suspecte l'intégrité de son consentement à la rupture.

De même est-il admis dans le principe que le contrat de travail peut prendre fin par force majeure, comme le contrat ordinaire mais à des conditions en réalité plus restrictives : dans un premier temps, la chambre sociale s'est même écartée de la définition traditionnelle de la force majeure en énonçant qu'elle s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre *impossible* la poursuite du contrat de travail (Soc., 12 décembre 2003, pourvoi n° 01-40.921, *Bull.* 2003, V, n° 50) ; dans un deuxième temps, elle s'est ralliée à la définition adoptée par l'assemblée plénière de Cour en 2006 selon laquelle est constitutif de la force majeure un événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution (assemblée plénière, 14 avril 2006, pourvoi n° 04-18.902, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 6), mais il semble bien que l'application qu'elle en fait est particulièrement restrictive puisqu'il n'a guère été trouvé depuis 2006 d'hypothèse dans laquelle une rupture du contrat de travail par force majeure ait été retenue par la jurisprudence.

En troisième lieu, la jurisprudence sociale applique de manière distributive la résiliation judiciaire comme mode de rupture du contrat de travail, en ce sens qu'elle admet certes le salarié à user de cette voie de droit, mais l'interdit à l'employeur au motif qu'il dispose, avec le licenciement, du droit de résilier unilatéralement le contrat de travail, éventuellement aux torts du salarié (Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 98-46.411, *Bull.* 2001, V, n° 89).

Enfin, la transaction, mode de règlement des différends de droit commun, est applicable aux différends nés du contrat de travail mais pour autant qu'elle est parfaitement dissociée de la rupture (amiable) du contrat, ce qui implique qu'elle ne peut avoir pour objet de mettre fin au contrat de travail et qu'elle doit donc être postérieure à la rupture. Et, même dans cette hypothèse où elle est valable si elle satisfait aux exigences de droit commun et, notamment, comporte des concessions réciproques, il n'est pas rare que le juge social remonte à la qualification erronée de la rupture, et donc d'une certaine manière à l'appréciation du bien-fondé de la rupture, pour en déduire qu'il n'y a pas eu de véritable concession de la part de l'employeur, ce qui n'est pas très orthodoxe dès l'instant que la transaction a normalement autorité de la chose jugée entre les parties.

17. On le voit, la Cour de cassation a sans doute retenu l'applicabilité de principe des modes de rupture de droit commun à la rupture du contrat de travail mais, pour des raisons qui tiennent à l'inégalité des parties contractantes, ces modes de rupture ne sont guère appliqués et, au bout du compte, c'est pratiquement tout le droit de la rupture du contrat de travail qui est dérogoire au droit commun de la rupture des contrats, à l'exception de la résiliation judiciaire à l'initiative du salarié.

Que dire pour conclure ?

18. On avait avancé en propos introductif qu'il paraît résulter de l'ancien article L. 121-1 du code du travail, selon lequel le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun, qu'en l'absence de disposition spéciale, les règles du droit commun des contrats s'appliquent au contrat de travail. Or, force est de constater qu'indépendamment même du statut social résultant de l'application du code du travail à la relation de travail, un certain nombre des règles de droit commun sont évincées, modifiées, adaptées, tournées, tordues parfois, quand elles pourraient (devraient ?) avoir vocation à s'appliquer au contrat de travail.

Certes, dans la plupart des hypothèses où il en est ainsi, on peut aisément trouver une explication ou une justification rationnelle dans les dérogations aux règles de droit commun tirées de la spécificité de la relation de travail (c'est-à-dire de l'inégalité des parties, du rapport de subordination, du caractère protecteur du droit du travail), mais, d'une part, on peine à trouver, par-delà cette spécificité posée *a priori*, un ciment, un lien, qui unissent ces dérogations, d'autre part, comme il a été noté<sup>24</sup>, on peine parfois à les expliquer et à la justifier techniquement. En clair, au plan de la théorie juridique, la dérogation est, parfois, peu défendable.

Nous avons cru pouvoir écrire il y a une dizaine d'années qu'il n'est sans doute pas exagéré de dire que la chambre sociale fait une application « à la carte » du droit civil<sup>25</sup>, rejoignant en cela Jean-Jacques Dupeyroux<sup>26</sup> et le professeur Mouly<sup>27</sup> dans des propos à peu près analogues. Faut-il ajouter qu'il est bien loin le temps où,

<sup>24</sup> C. Radé, « La figure du contrat... », *op. cit.*, n° 12.

<sup>25</sup> J.-Y. Frouin, « Les raisons d'une construction prétorienne du droit du travail », *La semaine juridique, édition sociale*, 2009, n° 46-47, n° 1516, notamment n° 8.

<sup>26</sup> « En forçant un peu le trait, on peut avancer que la chambre sociale de la Cour de cassation décide ce que bon - opportun, cohérent - lui semble, l'habillage juridique n'étant ensuite qu'affaire d'imagination et de rédaction », J.-J. Dupeyroux, « Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988, 372.

<sup>27</sup> J. Mouly, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique », *mélanges Lombois*, 363 et s., notamment note 27.

confronté à une difficulté juridique inédite et non tranchée par le code du travail, un conseiller rapporteur de la Cour de cassation a adopté une argumentation fondée sur l'application *nécessaire* et opportune des règles de droit commun à la solution de cette difficulté ?

19. D'où cette interrogation pour conclure : le droit du travail n'est-il pas une discipline autonome, qui peut certes puiser dans les disciplines voisines, au premier rang desquelles le droit commun, mais qui n'y est pas tenu<sup>28</sup> ?

Cela ne correspondrait pas à l'histoire de notre droit, dira-t-on. Certes, le droit du travail s'est constitué à l'ombre du droit commun, mais aussi assez largement contre l'application du droit commun à la relation de travail.

Cela serait contraire aux textes, dira-t-on encore ? Ce n'est plus tout à fait exact, car le code du travail recodifié ne dispose plus que le contrat de travail (dans son ensemble) est soumis à l'application des règles de droit commun, il dispose, dans un chapitre intitulé « Formation du contrat de travail », inséré dans un titre sur la formation et l'exécution du contrat de travail, que, « *pour la formation du contrat* », le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun<sup>29</sup>.

Cette approche est la mieux à même de rendre compte de l'application passée du droit commun au contrat de travail et peut-être (c'est une interrogation) de l'application à venir de ce même droit commun au contrat de travail, si l'on considère que l'application (nécessaire et obligatoire) des nouvelles dispositions régissant la résolution unilatérale du contrat de droit commun à la rupture du contrat de travail (dont on pourrait penser qu'elles ont vocation à s'appliquer à la prise d'acte) est controversée<sup>30</sup>.

Or, c'est une question qu'aura nécessairement à se poser la chambre sociale dès lors que la prise d'acte n'a pour l'instant de fondement juridique que prétorien, ce qui pose la question de l'application à ce mode de rupture des règles adoptées en droit commun des contrats pour le régir.

---

<sup>28</sup> C'est la position défendue par P.-H. Antonmattei, qui parle de complétude du droit du travail : tribune, Droit des contrats - droit du travail, *Dr. soc.*, mai 2017, 381. En sens inverse, c'est-à-dire pour l'application du droit commun des contrats au contrat de travail, G. Loiseau, « La prise d'acte civilisée », *La semaine juridique, édition social* 2017, n° 18, n° 1148, not. n° 5. Ce dernier s'appuie sur les termes du nouvel article 1105 du code civil.

<sup>29</sup> Sous réserve, il est vrai, du nouvel article 1105 du code civil.

<sup>30</sup> Dans le sens de la non-application, J. Mouly, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du code civil », *Dr. soc.*, janvier 2017, 1. Dans l'autre sens, G. Loiseau, *idem*.



# Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat

Sébastien Tournaux, professeur à la faculté de droit de Bordeaux -  
COMPTRESEC UMR CNRS 5114

Déroger. Le terme est polysémique et l'action qu'il décrit présente en droit du travail une certaine ambiguïté<sup>1</sup>. Depuis les années 1980, la dérogation y fait référence à la faculté offerte à une norme négociée, en particulier à l'accord collectif de travail, de stipuler des règles différentes de celles prévues par la loi et qui ne seront pas nécessairement plus favorables aux salariés<sup>2</sup>. Cette conception très spécifique à la discipline n'a toutefois pas totalement refoulé le sens originel, qui n'accorde aucune importance aux bénéfices tirés de la dérogation, à son caractère favorable ou défavorable<sup>3</sup>. Ce sens plus neutre trouve ses racines dans l'article 6 du code civil et l'interdiction de « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». S'interroger sur les dérogations au droit commun des contrats n'aurait alors d'intérêt qu'à la condition que les règles de cet ensemble soient d'ordre public, ce qui est loin d'être toujours le cas. Par ailleurs, seule la liberté contractuelle, le contenu des « conventions particulières », est limitée par ce texte, qui n'intéresse aucunement les relations que peuvent entretenir les lois selon leurs domaines d'application. Le législateur est libre de déroger aux règles d'ordre public qu'il a lui-même établies. L'essentiel de la réflexion ne peut donc pas entièrement se focaliser sur la dérogation.

Sans doute la référence au droit commun est-elle plus féconde lorsqu'il s'agit d'étudier le régime juridique du contrat de travail et de le confronter aux règles générales qui encadrent le contrat en droit civil. Chacun des deux corps de règles dispose de sa propre règle d'articulation, ce qui pourrait de prime abord donner le sentiment d'une discordance.

L'article 1105 du code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, organise plus clairement qu'autrefois l'articulation entre droit spécial et droit commun<sup>4</sup>. Après avoir énoncé que « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux », le texte poursuit en disposant que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». Le droit commun du contrat s'applique à moins qu'un dispositif particulier doive être réservé à tel ou tel contrat. De son côté, l'article L. 1221-1 du code du travail dispose toujours que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ». Il ne s'agit pas à proprement parler d'une règle de conflit : le droit commun s'applique, point !

En l'état de ces dispositions et malgré les appels à voir disparaître ces ponts entre droit du travail et droit civil, l'articulation demeure indispensable<sup>5</sup>. À moins de considérer comme d'autres jadis que le contrat de travail se réduit à une simple rencontre de volontés dont les effets de droit ne seraient pas déterminés par les parties mais par le statut<sup>6</sup>, le droit commun du contrat continuera de s'appliquer au contrat de travail et d'entrer parfois en conflit avec lui<sup>7</sup>.

Par la force des choses, les réflexions doivent toutefois être renouvelées. D'abord parce que l'ordonnance du 10 février 2016 a profondément réformé le droit commun des obligations et du contrat, amenant les spécialistes de chaque discipline qui recourt à la figure contractuelle à se réinterroger sur la place qui doit lui être faite<sup>8</sup>. De nombreuses et brillantes études ont été menées en droit du travail pour déterminer quelles techniques civilistes nouvelles peuvent être importées avec profit dans les relations de travail, et il ne s'agira donc naturellement pas

<sup>1</sup> F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, thèse Strasbourg III, 1999 ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, Bibl. de l'institut A. Tunc, 2007.

<sup>2</sup> M. Poirier, « La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 885 ; Y. Chalaron, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 357. V. également les débats des Rencontres de la chambre sociale pour l'année 2017 publiés dans le présent numéro.

<sup>3</sup> La spécificité de la dérogation en droit du travail pourrait être analysée par le prisme de l'ordre public, qui, lui aussi, y reçoit une acception particulière.

<sup>4</sup> N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015, p. 699.

<sup>5</sup> P.-H. Antonmattei, « Droit des contrats-droit du travail : les dangers du match retour », *Dr. soc.* 2017, p. 381.

<sup>6</sup> G. Scelle, *Le droit ouvrier*, A. Colin, 1922, p. 6.

<sup>7</sup> G.-H. Camerlynck, « L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaires) », *D.* 1956, chr. 23 ; G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229 ; G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail : chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », *D.* 1975, chr., pp. 155 et 221 ; J. Pélissier, « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 387 ; P.-Y. Gauthier, « Les interactions du droit civil et du droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, B. Teyssié (dir.), PUF, 1999, p. 129 ; M. Fabre-Magnan, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *Semaine sociale Lamy*, 28 octobre 2002, suppl. n° 1095 ; A. Mazeaud, « Droit du travail et bicentenaire du code civil : autour des articles 1134 et 9 du code civil, ou, du contrat à la personne », in *1804-2004. Le code civil. Un passé. Un présent. Un avenir*, Dalloz, 2004, p. 575 ; J. Mouly, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique », in *Apprendre à douter, questions de droit, questions sur le droit*, Mélanges C. Lombois, 2004, p. 359.

<sup>8</sup> Parmi les très nombreux travaux d'ensemble, sans qu'il soit possible de s'astreindre à l'exhaustivité, v. not. H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247 ; M. Latina, « Apprécier la réforme », *RDC* 2016, p. 615 ; M. Mekki, « Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 494 ; « Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *ibid.*, p. 608.

d'y revenir<sup>9</sup>. Ensuite parce que l'on observe que des vents contraires soufflent sur les disciplines, le droit civil des contrats ayant une nette tendance à se socialiser tandis que les réformes du droit du travail des trente dernières années sont marquées du sceau du libéralisme<sup>10</sup>.

Au regard de ces évolutions, l'analyse des rapports entre contrat de travail et droit commun du contrat peut alors être menée à rebours, non plus en descendant du droit commun au droit du contrat de travail mais, à l'inverse, en remontant du droit du travail pour identifier les domaines dans lesquels le régime actuel du contrat de travail déroge au droit commun et, par conséquent de l'article 1105 du code civil, l'exclut. Notre objectif tient donc à confronter le régime juridique actuel du contrat de travail aux nouvelles règles civiles afin d'identifier les cas dans lesquels le droit du travail y déroge, de réfléchir à la justification de ces dérogations et d'envisager, le cas échéant, les modifications qui pourraient lui être apportées pour qu'il n'y déroge plus.

Le régime du contrat de travail relève pour l'essentiel de trois grandes catégories de normes. Du code du travail et donc de la loi elle-même d'abord, dont les dispositions spéciales s'opposent parfois au déploiement des nouvelles techniques du droit civil. Des conventions et accords collectifs de travail ensuite, qui peuvent eux aussi aménager ce régime mais qui ne devraient pas être toujours en mesure d'écarter le droit commun du contrat puisque la supplévitivité de plus en plus souvent attribuée à la norme légale en droit du travail ne frappe pas systématiquement les lois civiles<sup>11</sup>. De la jurisprudence enfin, qui, en de nombreux domaines, a façonné le régime actuel du contrat de travail<sup>12</sup>. C'est ici, sans doute, que les interrogations sont les plus nombreuses. Les différentes règles prétorienne élaborées au fil du temps peuvent-elles être maintenues si elles entrent en conflit avec les nouveaux dispositifs issus de l'ordonnance de 2016 ?

La logique de conflit ou d'articulation impose également qu'un dénominateur commun puisse être identifié entre régime spécial et régime de droit commun. La question de l'identité d'objet est délicate et presque toujours sujette à discussion<sup>13</sup>. Elle est bien sûr sensible en droit du travail malgré l'habitude qu'ont les spécialistes de la discipline de manier les règles de conflit de normes et, en particulier, le principe de faveur<sup>14</sup>. Quoiqu'il en soit, l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit au code civil deux grandes catégories de mesures nouvelles qui éveillent spontanément l'intérêt du spécialiste du droit du travail.

L'ordonnance s'est d'abord intéressée aux règles de négociation et de formation du contrat<sup>15</sup>. Avant son adoption, on soulignait volontiers la pauvreté du code civil sur la période précontractuelle<sup>16</sup>. Au contraire, le droit du travail connaît, avec la loi du 31 décembre 1992 et les constructions prétorienne en ce domaine, un régime de la formation du contrat plus encadré<sup>17</sup>. L'ordonnance s'est également intéressée à la question de l'équilibre contractuel et de nombreux outils de rééquilibrage du contrat ont été introduits<sup>18</sup>. Or, le contrat de travail, contrat déséquilibré par excellence, paraît bien être une terre d'élection pour ces nouvelles mesures. Elles ont toutes en commun de remettre plus ou moins directement en cause la force obligatoire, l'intangibilité du contrat. Le droit du travail comportait-il déjà des mesures dérogatoires à ces procédés nouveaux et qui mériteraient d'être conservées en l'état ?

Deux axes seront donc envisagés pour étudier les dérogations du droit du travail au droit commun nouveau des contrats, celui, d'une part, de la dérogation dans la négociation du contrat (I), celui, d'autre part, de la dérogation à l'intangibilité du contrat (II).

## I. - Dérogation aux règles de formation du contrat

L'ordonnance du 10 février 2016 a profondément modifié les règles de formation des contrats. Elle crée ou modifie des dispositions destinées à encadrer la phase de négociation<sup>19</sup>, organiser la rencontre de l'offre et de l'acceptation<sup>20</sup>, réglementer quelques avant-contrats<sup>21</sup>, réformer le régime des vices du consentement<sup>22</sup> et de la capacité<sup>23</sup>, instituer un régime légal de la représentation<sup>24</sup> ou, encore, s'intéresser au formalisme contractuel<sup>25</sup>. Toutes ces mesures n'entrent pas en conflit avec le régime du contrat de travail, mais il est probable que les

<sup>9</sup> G. Loiseau, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP* 2015, S, 1468 ; L. Bento de Carvalho, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », *RDT* 2016, p. 258 ; Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p. 727 ; Ch. Radé, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », *Lexbase*, éd. soc., n° 645, 2016 ; S. Tournaux, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p. 650 ; G. Auzero, F. Canut, « Le juge et la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 2017, p. 11.

<sup>10</sup> Fabre Magnan, J. Rochfeld, P. Lokiec, « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », *Dr. soc.* 2017, p. 5.

<sup>11</sup> S. Frossard, « La supplévitivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83 ; F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017, p. 48 ; F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », actes du colloque de l'institut du travail de Bordeaux ; « L'accord collectif de travail après la loi El Khomri », 3 mars 2017, *Dr. ouvrier* 2017, à paraître.

<sup>12</sup> M.-Noëlle Rouspide-Katchadourian, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la lecture judiciaire du contrat*, LGDJ, Bibl. de droit social, t. 62, 2014.

<sup>13</sup> Elle l'est tout autant vu du droit civil, comme a parfaitement pu l'illustrer la saga du gage des stocks, plusieurs décisions et une ordonnance ayant été nécessaires pour déterminer s'il y avait identité d'objet entre droit commun et droit spécial, v. P. Crocq, « Rebondissement législatif : le choix entre droit spécial et droit commun redevient possible ! », *RTD civ.* 2016, p. 419.

<sup>14</sup> A. Chevillard, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.

<sup>15</sup> P. Grosse, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2016, p. 270 ; P. Puig, « La phase précontractuelle », *Dr. et pat.* 2016, n° 258, p. 52.

<sup>16</sup> « Le principe est que cette période antérieure à la formation du contrat se situe en dehors du droit », J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, Quadrige, vol. 2, 2004, p. 1963.

<sup>17</sup> G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, rapport, La Documentation française, 1992, n° 27.

<sup>18</sup> H. Barbier, préc.

<sup>19</sup> Articles 1112 et s. du code civil.

<sup>20</sup> Articles 1113 et s. du code civil.

<sup>21</sup> Articles 1123 et s. du code civil.

<sup>22</sup> Articles 1130 et s. du code civil.

<sup>23</sup> Articles 1145 et s. du code civil.

<sup>24</sup> Articles 1153 et s. du code civil.

<sup>25</sup> Articles 1172 et s. du code civil.

dispositions nouvelles relatives à la liberté et à la maturation du consentement, d'une part, (A), relatives au contenu de l'engagement des parties et à la détermination des clauses contractuelles, d'autre part, (B), puissent ponctuellement faire difficulté.

## A. - Liberté et maturation du consentement

Dans ce domaine, trois dispositifs nouveaux ou renouvelés nous semblent devoir être évoqués : le développement d'une obligation précontractuelle d'information (1), la distinction plus nette aujourd'hui entre offre et promesse de contrat (2) et le vice de violence par abus de dépendance (3).

### 1. L'information précontractuelle des parties au contrat de travail

L'article 1112-1 du code civil dispose désormais que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer »<sup>26</sup>. Le droit du travail déroge-t-il à cette obligation précontractuelle d'information en l'excluant ou en l'aménageant<sup>27</sup> ? La réponse doit être nuancée.

Bien entendu, ni le code du travail ni le juge n'excluent qu'une obligation générale d'information pèse sur les parties. Cela n'est exceptionnellement et spécialement le cas que lorsque le code du travail octroie à l'une des parties le droit de cacher une information spécifique. L'exemple le plus commun est celui de la candidate à l'emploi, qui, par application de l'article L. 1225-1 du code du travail, n'est pas tenue de révéler son état de grossesse. Plus hypothétiquement, l'article L. 1221-6 du code du travail dispose que le candidat est tenu de répondre de bonne foi aux demandes d'information ayant « un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles », ce dont on pourrait déduire a contrario qu'il peut taire des informations sans lien avec l'emploi proposé<sup>28</sup>. Il n'y a guère de doute sur le maintien de ces dérogations. D'abord, d'un point de vue normatif, parce que le législateur prévoit lui-même dans le code du travail ces exceptions à la règle générale établie par le code civil. Ensuite, d'un point de vue théorique, parce que ces exceptions sont justifiées par la protection de droits fondamentaux ou de libertés publiques, à savoir le principe de non-discrimination en raison de la maternité, d'une part, le droit au respect de la vie privée et familiale, d'autre part.

Moins directement, on peut également identifier des formes de dérogation au travers de l'existence de nombreuses obligations spéciales d'information en droit du travail qui pourraient s'opposer à l'application de l'obligation générale. Ainsi, les contrats de travail spéciaux exigent tous que figurent dans l'*instrumentum* des clauses qui relèvent du domaine de l'information. Cela est le cas pour le contrat de travail à durée déterminée par exemple, s'agissant de l'intitulé de la convention collective applicable, du montant de la rémunération et ses différentes composantes ou du nom et de l'adresse de la caisse de retraite complémentaire<sup>29</sup>. D'autres dispositions spécifiques obligent l'employeur à différents types d'informations, tel par exemple l'article R. 2262-1 du code du travail et l'obligation de remise, sauf stipulation conventionnelle différente, d'une notice d'information relative aux textes conventionnels applicables à l'entreprise.

Dans ces cas de figure, les obligations d'information imposées par le droit du travail dérogent à celle du code civil, non pas en raison du domaine délimité de l'information due, mais des modalités de sa délivrance. Contrairement à l'obligation civile, il n'est en effet pas nécessaire de s'interroger sur le caractère déterminant du consentement des parties exigé par l'article 1112-1 du code civil. La sanction de l'absence d'une mention informative au contrat pourra être prononcée sans que le salarié ait à faire la preuve qu'informé de celle-ci, il n'aurait pas contracté. La sanction du défaut de mention diverge elle aussi de celle frappant la violation de l'obligation précontractuelle civile d'information. Malgré l'ambiguïté de rédaction de l'article L. 1245-1 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation exclut depuis près de vingt ans que le contrat de travail à durée déterminée puisse être réputé avoir été conclu à durée indéterminée en l'absence de mention de la convention collective<sup>30</sup>. La sanction civile est donc plus lourde puisque le dernier alinéa de l'article 1112-1 du code civil dispose qu'« outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». Plus précises, les obligations d'information en droit du travail répondent donc à un régime qui leur est propre.

Un salarié pourrait-il soutenir qu'était déterminante pour son consentement la mention informative absente du contrat de travail pour obtenir l'application du régime général du droit des contrats ? La question est délicate de deux points de vue.

D'abord parce qu'il faudrait que le salarié puisse démontrer ce caractère déterminant tel qu'il est défini par l'article 1112-1 du code civil, c'est-à-dire comme une information ayant « un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». S'il est assez peu probable que ces caractères soient remplis pour la mention de la convention collective ou de l'organisme de retraite complémentaire, le doute est permis s'agissant de la mention du montant de la rémunération et de ses différentes composantes. Les juges du fond ont d'ailleurs parfois considéré, pour prononcer la requalification en contrat à durée indéterminée, que cette mention constituait l'un des « éléments essentiels du contrat », avant d'être désavoués par la chambre sociale de la Cour

<sup>26</sup> C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016, p. 1009.

<sup>27</sup> Sur l'application de l'obligation précontractuelle d'information au contrat de travail, v. G. Auzero, F. Canut, préc. (clauses de variation) ; G. Loiseau, préc. (directive du 14 octobre 1991) ; Y. Pagnier, préc. (rupture conventionnelle) ; Ch. Radé, préc. (profil professionnel du candidat, structure de l'entreprise).

<sup>28</sup> B. Bossu, « La protection des droits fondamentaux du candidat à l'emploi », in actes du colloque *L'embauche en droit du travail : principaux enjeux et débats*, CERIT, Nancy, 1998.

<sup>29</sup> Article L. 1242-12 du code du travail.

<sup>30</sup> Soc., 26 octobre 1999, pourvoi n° 97-42.255, *Bull.* 1999, V, n° 399 ; *RJS* 12/1999, n° 1444 ; *Dr. soc.* 2000, p. 202, obs. C. Roy-Loustaunau. Les juges du fond condamnent l'employeur à des dommages-intérêts à condition que le salarié démontre avoir subi un préjudice, v. par ex. CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1986, *D.* 1986, IR 309. Comp. pour l'absence de mention du montant de la rémunération du salarié et de ses différentes composantes : Soc., 20 mai 2009, pourvoi n° 07-43.245, inédit.

de cassation<sup>31</sup>. L'employeur pourrait toutefois, au regard des règles de preuve prévues par le code civil, démontrer que l'information a bien été délivrée en dehors du cadre formel du contrat de travail, limitant alors la faculté de recours du salarié à la seule action fondée sur la méconnaissance du formaliste travailleur.

Ensuite parce que la sanction prévue en droit commun diffère des sanctions généralement admises en cas d'irrégularité du contrat de travail à durée déterminée. La nullité indirectement envisagée par le code civil n'est guère adaptée au contrat de travail, ce qui explique en partie le recours à la requalification en contrat à durée indéterminée admise dans certains cas d'irrégularité formelle du contrat de travail. Seule l'attribution de dommages-intérêts serait donc réaliste, ce qui correspond déjà à la sanction prononcée par le juge prud'homal en cas de défaut de mention de la convention collective, de la rémunération ou de l'organisme de retraite complémentaire. L'intérêt d'une action sur le fondement de l'article 1112-1 du code civil serait donc fortement réduit tant en raison de ses conditions que de ses conséquences.

Outre ces informations précontractuelles, la préparation de la conclusion du contrat de travail fait appel à d'autres techniques classiques, fortement renouvelées par l'ordonnance du 10 février 2016, que sont l'offre et la promesse de contrat.

## 2. Offre d'emploi et promesse unilatérale d'embauche

Le code civil comporte désormais des dispositions relatives aux offres de contracter et aux promesses unilatérales de contrat. De manière un peu schématique, la période précontractuelle peut aujourd'hui être comparée à une échelle comportant quatre barreaux, l'entrée en pourparlers, l'offre de contracter, la promesse unilatérale de contrat et la promesse synallagmatique de contrat<sup>32</sup>.

La comparaison des régimes de l'offre et de la promesse unilatérale de contrat est particulièrement intéressante : l'une comme l'autre doit déterminer les « éléments essentiels » du contrat envisagé<sup>33</sup>. La promesse octroie un droit d'option au bénéficiaire, ce qui n'est pas le cas de l'offre. Enfin, l'offre ne peut être rétractée sauf à voir la responsabilité extracontractuelle du pollicitant engagée, tandis que la rétractation de la promesse n'empêche pas la formation du contrat projeté si l'option est levée. Le régime des offres d'emploi et des promesses d'embauche en droit du travail déroge-t-il à cette nouvelle construction ?

Le code du travail comporte quelques dispositions relatives à la publicité des offres d'emploi, mais aucune s'agissant de la possibilité de les rétracter<sup>34</sup>. Il n'encadre pas davantage la promesse d'embauche. Les régimes de ces deux modalités de préparation du contrat de travail sont donc essentiellement prétoriens<sup>35</sup>.

De nombreuses critiques ont été dirigées contre la position adoptée par la chambre sociale en 2010, qui jugeait que « constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction »<sup>36</sup>. Plusieurs décisions récentes l'ont atténuée en jugeant, par exemple, que la promesse d'embauche n'a pas à respecter le formalisme imposé au contrat à durée déterminée, ce dont on peut déduire qu'elle ne vaut pas contrat de travail<sup>37</sup>. La chambre sociale a également jugé que la promesse d'embauche faite par l'employeur ne vaut contrat de travail qu'à partir du moment où elle a été acceptée par le salarié<sup>38</sup>. Malgré ces précisions, la construction prétorienne déroge au droit commun des offres et promesses de contrat tel qu'il résulte de l'ordonnance.

La chambre sociale n'exige pas clairement que l'offre ou la promesse détermine les conditions essentielles du contrat, comme l'impose désormais le code civil<sup>39</sup>, ni qu'un droit d'option soit ouvert au salarié qui accepte une promesse d'embauche, alors même qu'il s'agit là d'une condition essentielle de qualification de la promesse unilatérale de contrat<sup>40</sup>. La Haute juridiction ne recherche pas systématiquement le consentement du salarié au contrat de promesse ou, lorsqu'elle le fait, conclut que cette manifestation de volonté forme le contrat de travail et, en quelque sorte, qu'elle répond donc à une offre de contrat préalablement formulée par l'employeur<sup>41</sup>.

La dérogation consistant à ne pas exiger que le contenu du contrat soit précisé peut se comprendre : la rémunération promise résulte souvent des conventions collectives applicables, tandis que le lieu de travail peut être déduit de l'emploi offert au salarié<sup>42</sup>. En revanche, la qualification de promesse malgré l'absence de droit d'option est bien plus difficile à justifier. Faut-il croire que le droit d'option et la levée de l'option sont implicites ?

<sup>31</sup> Paris, 5 mai 2009, *RJS* 2009, n° 838. La chambre sociale de la Cour de cassation a cassé cette décision en jugeant que le défaut de cette mention « ne peut entraîner la requalification du contrat », mais sans répondre directement à l'argument des juges du fond consistant à voir dans cette mention un élément « essentiel du contrat », v. Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-67.607, inédit, *RJS* 2011, n° 39.

<sup>32</sup> Comp. avec le déroulement de la période précontractuelle en droit du travail, N. Hauser-Costa, « La période précontractuelle », in actes du colloque *L'embauche en droit du travail : principaux enjeux et débats*, CERIT, Nancy, 1998.

<sup>33</sup> Articles 1114 et s. et article 1124 du code civil.

<sup>34</sup> Articles L. 5331-1 et s. du code du travail.

<sup>35</sup> N. Hauser-Costa, « La promesse d'embauche », *RJS* 5/97, p. 331 ; G. Auzero, « Vers une disparition de la promesse d'embauche en tant qu'acte juridique autonome du contrat de travail ? », *RDT* 2011, p. 108 ; J. Mouly, « Promesse d'embauche et contrat de travail : quelle frontière ? », *Dr. soc.* 2016, p. 288.

<sup>36</sup> Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-42.951, *Bull.* 2010, V, n° 296 ; *RDT* 2011, p. 108, obs. G. Auzero ; *JCP* 2011, éd. S, 1104, note C. Puigellier ; *RDC* 2011, p. 804, obs. T. Génicon.

<sup>37</sup> Soc., 6 juillet 2016, n° 15-11.138, publié au *Bulletin* ; *Dr. soc.* 2016, p. 867, obs. J. Mouly ; *RDT* 2016, p. 616, obs. G. Auzero ; *Cah. soc.* 2016, p. 426, n° 288, obs. J. Icard.

<sup>38</sup> Soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-28.672, publié au *Bulletin*, *RDT* 2016, p. 700, obs. S. Tournaux.

<sup>39</sup> La jurisprudence exigeait autrefois que la promesse d'embauche précise l'emploi occupé, la rémunération, le lieu de travail et la date d'entrée en fonction, v. Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-47.938, *Bull.* 2006, V, n° 244, p. 232 ; *RDT* 2006, p. 311, obs. G. Auzero. Elle se contente aujourd'hui de la date d'entrée en fonction et de l'emploi occupé : Soc., 15 décembre 2010, préc.

<sup>40</sup> Article 1124 du code civil : « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter [...] ».

<sup>41</sup> Soc., 5 octobre 2016, préc.

<sup>42</sup> Y. Pagnerre, préc. S'agissant du lieu de travail, ce sentiment est par ailleurs renforcé par la qualification de clause informative conférée à cette stipulation, cf. *infra*.

Pour ne plus déroger au droit commun du contrat, le régime prétorien pourrait être simplifié et recentré sur deux des barreaux de l'échelle. Soit la proposition de l'employeur constitue une offre d'emploi et l'acceptation du salarié qui la rencontre forme le contrat de travail. Soit elle constitue en effet une promesse d'embauche, sans droit d'option, auquel cas le consentement du salarié forme une promesse synallagmatique de contrat de travail qui vaut contrat et sera exécutée au terme ou aux conditions prévus.

Toujours dans la phase de négociation du contrat de travail, certaines règles de droit du travail s'opposent à ce que la contrainte soit employée pour peser sur le consentement des parties et doivent désormais s'articuler avec la possibilité d'annulation d'un contrat pour violence en cas d'abus d'un état de dépendance.

### 3. La conclusion ou la modification forcée du contrat de travail

Le régime du contrat de travail déroge-t-il aux règles nouvelles instituant un vice de violence en cas d'abus d'un état de dépendance<sup>43</sup> ? Sans revenir sur les conditions de reconnaissance de ce vice du consentement, il faut commencer par noter que la doctrine majoritaire s'accorde à considérer qu'elles sont très restrictives et ne devraient que rarement permettre l'annulation d'un contrat ou d'une modification d'un contrat pour violence<sup>44</sup>. Ceci étant observé, aucune disposition du code du travail ne déroge aux conditions de validité du consentement contractuel ou n'écarte la possibilité pour l'une des parties d'invoquer l'erreur, le dol ou la violence. Le juge judiciaire ne se dispense pas davantage d'apprécier la liberté du consentement, quoique les affaires mobilisant les vices du consentement en général, le vice de violence en particulier, soient très rares et, par ailleurs, qu'elles tranchent généralement un litige relatif au vice commun de violence<sup>45</sup>, et non à cette « *variation du vice de violence* »<sup>46</sup> résultant spécifiquement d'un état de dépendance<sup>47</sup>.

S'il n'existe donc pas de règle spéciale refoulant celle de principe prohibant la nouvelle variété de violence, le régime du contrat de travail s'écarte-t-il parfois des conditions strictes posées par le texte ? Le code du travail comporte au moins un mécanisme qui, dans son essence, s'apparente à une protection contre un abus de l'état de dépendance. Il s'agit de la règle posée par l'article L. 1221-4 du code du travail, qui interdit les enchères inversées en matière de salaire et qui prévoit que le contrat de travail conclu à la suite d'une telle procédure est nul de plein droit<sup>48</sup>. La nullité du contrat de travail est prononcée en raison d'une pression sur le salaire exercée contre un candidat placé en situation de dépendance par l'état du marché de l'emploi, situation dont le recruteur abuse pour obtenir un salaire manifestement et excessivement bas. Cette règle dérogatoire devrait s'appliquer par préférence au régime de droit commun sans qu'il soit donc nécessaire de démontrer que les conditions d'abus, d'état de dépendance et d'avantage manifestement excessif soient réunies.

Pour le reste, le juge pourra rechercher, à la demande d'une des parties, l'existence d'un vice de violence pour abus d'un état de dépendance, même si les cas d'espèce risquent d'être bien peu fréquents. On peut imaginer, par exemple, le cas de la modification du contrat de travail proposée à un salarié au cours de la période d'essai qui pourrait être remise en cause sur ce fondement<sup>49</sup>.

La réforme civile de la période de formation du contrat ne rencontrera, on le voit, qu'assez peu d'obstacles en droit du travail, le régime du contrat de travail n'y dérogeant franchement que s'agissant des offres et promesses de contracter. Les interactions et conflits pourraient être d'une plus grande ampleur en matière de détermination du contenu contractuel.

## B. - Liberté et détermination du contenu contractuel

Le principe de liberté contractuelle irrigue aussi bien le droit commun des contrats que le régime juridique du contrat de travail<sup>50</sup> : les parties sont libres de stipuler au contrat de travail toute clause qui ne serait pas contraire à l'ordre public<sup>51</sup>. Deux dispositifs nouveaux issus de l'ordonnance du 10 février 2016 interrogent toutefois sur le caractère dérogatoire du régime du contrat de travail, l'une s'agissant des clauses de cession anticipée d'un contrat (1) et l'autre s'agissant des clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties (2).

### 1. La cession du contrat de travail

L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit de nouvelles dispositions relatives à la cession de contrat. La cession de contrat, à laquelle les praticiens recourent depuis fort longtemps<sup>52</sup>, connaît donc une consécration légale qui place l'accord du contractant cédé au cœur du dispositif<sup>53</sup>. La jurisprudence de la chambre sociale ne déroge pas aux nouveaux articles 1216 et suivants du code civil puisqu'elle permet, depuis un arrêt rendu 8 juin 2016 ayant en quelque sorte anticipé l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la conclusion d'une convention tripartite entre un

<sup>43</sup> Sur l'applicabilité de ces règles nouvelles à la relation de travail, v. L. Bento de Carvalho, préc.

<sup>44</sup> H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », *JCP* 2016, 421 ; E. Claudel, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? », *RTD com.* 2016, p. 460 ; S. Pellet, « L'abus de dépendance est une violence ! », *L'essentiel du droit des contrats*, 11 mars 2016, p. 4.

<sup>45</sup> On pense bien sûr à la nullité de la rupture conventionnelle conclue sous la contrainte d'une violence morale, Soc., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.332, *Bull.* 2013 V, n° 24 ; *RDC* 2013, p. 879, obs. E. Savaux. V. auparavant, pour la rupture amiable, Soc., 30 novembre 2004, pourvoi n° 03-41.757, *Bull.* 2004, V, n° 303, p. 274, *Dr. soc.* 2005, p. 321, obs. B. Gauriau.

<sup>46</sup> G. Loiseau, « Les vices du consentement », *Contrats, conc. consom.* 2016, dossier 3.

<sup>47</sup> Illustrant les difficultés à reconnaître la violence économique en droit du travail, v. 1<sup>re</sup> Civ., 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12.932, *Bull.* 2001, I, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, obs. J.-P. Gridel ; *ibid.*, p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>48</sup> V. notre étude, « L'interdiction des enchères électroniques inversées sur le salaire - la mise en place du CV anonyme », *Lexbase*, éd. soc., n° 210, 2006.

<sup>49</sup> En l'état actuel de la jurisprudence, la rupture de période d'essai justifiée par le refus du salarié d'une modification de son contrat de travail est abusive : Soc., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-42.445, *Bull.* 2008, V, n° 246 ; *D.* 2009, p. 1062, note. J. Mouly ; *Dr. soc.* 2009, p. 235, obs. G. Couturier.

<sup>50</sup> L'ordonnance du 10 février 2016 l'a formellement consacré à l'article 1102 du code civil.

<sup>51</sup> En dernier lieu, v. B. Bossu, « L'ordre public du contrat de travail », *JCP* 2017, éd. S, 1133.

<sup>52</sup> Dans les relations de travail, v. A. Martinon, « L'organisation de la mobilité dans les groupes », *JCP* 2013, éd. S, 1079. Dans les contrats civils ou commerciaux, la cession de contrat était également employée sans encadrement légal, v. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations*, vol. 3, Sirey, 9<sup>e</sup> éd., 2015, p. 409 et s.

<sup>53</sup> L. Aynès, « La cession de contrat », *Dr. et patr.* 2015, n° 249, p. 73.

salarié et deux employeurs successifs ayant pour objet d'organiser non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de travail<sup>54</sup>. Si les juges ne confèrent pas expressément la qualification de cession de contrat à la convention, l'idée consistant à poursuivre le contrat sans rupture auprès d'un nouvel employeur répond à cette logique.

De la même manière, l'importance donnée par l'ordonnance à l'accord du cédé conforte la chambre sociale de la Cour de cassation dans sa position à l'égard des transferts volontaires de contrat de travail<sup>55</sup>. On sait en effet qu'elle a toujours refusé que le transfert puisse s'opérer « de plein droit », quand bien même la convention collective de travail organisant le transfert du contrat de travail prévoyait cette automaticité<sup>56</sup>. La règle obtient un fondement textuel et le régime prétorien est donc parfaitement conforme au droit commun.

Une discordance entre régime du contrat de travail et régime de droit commun demeure toutefois. Il faut en effet s'intéresser aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1216 du code civil, qui dispose que l'accord à la cession de contrat « peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé ». Appliquée au contrat de travail, cette règle impliquerait qu'il soit loisible au salarié et à l'employeur de prévoir, dans le contrat de travail, une clause organisant une cession future du contrat de travail à un employeur cessionnaire. Toujours à la lettre du texte, la détermination initiale de la personne du cessionnaire ne semble pas constituer une condition de validité de la clause, l'ordonnance permet « les autorisations de cession en blanc »<sup>57</sup>.

Si c'est bien l'interprétation qu'il faut retenir de ce texte, le régime prétorien des clauses de mobilité intra-groupe y déroge clairement puisque la chambre sociale de la Cour de cassation juge que ces clauses doivent être annulées depuis un arrêt Renault du 23 septembre 2009, parce que le salarié ne peut accepter « par avance » un changement d'employeur<sup>58</sup>. Le *Rapport annuel de la Cour de cassation* pour l'année 2009 énonçait, à propos de cette décision, que le transfert du contrat d'un salarié, faute « de textes légaux particuliers », nécessite l'accord du salarié concerné<sup>59</sup>. Certes général et non particulier, le texte légal existe désormais, sauf à considérer qu'il ne s'agit pas là d'un cas de cession de contrat. La contradiction entre droit commun nouveau et régime prétorien est telle qu'il est indispensable de revenir sur les fondements de la solution rendue en 2009 pour déterminer si la dérogation désormais très franche au droit commun peut être maintenue<sup>60</sup>.

La décision reposait sur deux fondements, l'un explicite, l'autre implicite. Le fondement explicite était l'impossibilité d'accepter par avance le changement d'employeur, ce qui nous paraît être remis en cause par l'ordonnance qui admet expressément la cession programmée « par avance ». Le fondement implicite relevait du visa de l'arrêt de cassation qui renvoyait à l'article L. 1222-1 du code du travail et à l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat de travail, sans que l'on soit franchement convaincu qu'il s'agissait là d'une question de loyauté<sup>61</sup>. Peut-être la dérogation peut-elle encore être justifiée par le caractère *intuitu personae* du contrat de travail, mais l'argument est fragile car il pourrait tout autant être opposé à un changement d'employeur accepté par convention tripartite. On pourrait, par ailleurs, imaginer que ce caractère *intuitu personae* soit préservé en exigeant que la clause de mobilité intra-groupe précise les sociétés au sein desquelles le contrat pourrait être transféré, comme la chambre sociale exige que la zone géographique soit précisément déterminée pour une clause de mobilité géographique<sup>62</sup>. Sous cette réserve, on perçoit difficilement comment la chambre sociale pourrait résister à l'article 1216 du code civil sans remettre en cause l'arrêt Renault qui, sans doute, y déroge. Si ces clauses devaient à l'avenir être par principe acceptées, elles pourraient ponctuellement succomber soit par application de l'article L. 1121-1 du code du travail<sup>63</sup>, soit en raison de l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

## 2. Les clauses significativement déséquilibrées du contrat de travail

L'extension du régime des clauses abusives aux contrats d'adhésion a déjà été longuement présentée et discutée en doctrine<sup>64</sup>. Elle pose d'importants problèmes de définition sur ce qu'est un contrat d'adhésion, sur le domaine dans lequel doit être apprécié le déséquilibre ou encore sur l'exclusion de l'appréciation du prix de la prestation pour déterminer le déséquilibre<sup>65</sup>. À nouveau, il ne s'agit pas d'évaluer si ce dispositif est applicable au contrat de travail, mais de rechercher si le droit du travail comporte déjà des dispositifs spéciaux qui dérogeraient et excluraient ainsi l'application des règles générales nouvelles.

L'idée a notamment été défendue que le droit du travail disposerait déjà d'un dispositif de contrôle des clauses du contrat par le jeu de l'article L. 1121-1 du code du travail et du contrôle de justification et de proportionnalité en cas d'atteinte à une liberté ou un droit du salarié<sup>66</sup>. Ce contrôle spécial doit-il exclure le contrôle de l'équilibre de la clause ? Il n'est pas certain que ces contrôles opèrent sur le même plan.

<sup>54</sup> Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-17.555, publié au *Bulletin* ; *Dr. soc.* 2016, p. 779, note J. Mouly ; *JCP* 2016, éd. S, 1265, note G. Loiseau ; *Lexbase*, éd. soc., n° 660, 2016 et nos obs.

<sup>55</sup> Sur cette question, v. P. Morvan, *Restructurations en droit social*, Lexis-Nexis, 4<sup>e</sup> éd., 2017, p. 167 ; « Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaider pour un revirement », *JCP* 2006, éd. S, 1964 ; Y. Chagny, « La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestations de services », *RDT* 2007, p. 78.

<sup>56</sup> V. Soc., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-45.114, inédit ; Soc., 14 mars 2007, pourvoi n° 05-43.184, *Bull.* 2007, V, n° 47 ; *RJS* 2007, n° 584, rapp. J.-M. Béraud ; Soc., 19 mai 2016, pourvoi n° 14-26.556, publié au *Bulletin*, *JCP* 2016, éd. S, 1242, note F. Bousez ; *RDT* 2016, p. 482, note B. Reynès.

<sup>57</sup> Selon la formule empruntée au professeur Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

<sup>58</sup> Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 07-44.200, *Bull.* 2009, V, n° 191 ; *RDT* 2009, p. 647, note G. Auzero et B. Lardy-Pélessier ; *RLDAI*, novembre 2009, p. 49, obs. P.-H. Antonmattei ; *RDC* 2010, p. 151, note C. Neau-Leduc ; *Dr. ouvrier* 2010, p. 17, note A. Chirez ; Soc., 19 mai 2016, préc.

<sup>59</sup> *Rapport annuel* 2009, p. 325.

<sup>60</sup> V. not. G. Loiseau, « Repenser le changement contractuel d'employeur », *JCP* 2016, éd. S, 1265 ; S. Tournaux, « Des évolutions en matière de mobilité intra-groupe ? », *Lexbase*, éd. soc., n° 657, 2016.

<sup>61</sup> V. G. Auzero et B. Lardy-Pélessier, préc.

<sup>62</sup> Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-45.846, *Bull.* 2006, V, n° 209, p. 201.

<sup>63</sup> V. G. Loiseau, préc.

<sup>64</sup> V. D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives en droit du travail », *RDC* 2016, p. 358 ; Y. Pagnerre, préc. ; L. Bento de Carvalho, préc.

<sup>65</sup> Th. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, p. 1771.

<sup>66</sup> En particulier, Y. Pagnerre, préc.

Le contrôle de justification et de proportionnalité permet d'apprécier la finalité de la clause, sa « justification », sa proportionnalité au « but » recherché, selon les termes de l'article L. 1121-1 du code du travail. Pour reprendre une terminologie appartenant désormais au passé, il s'agit d'analyser la licéité de la cause subjective de l'obligation née de la clause.

Au contraire, l'appréciation du déséquilibre significatif se situe sur un plan davantage d'ordre patrimonial, sur l'idée qu'une contrepartie suffisante est offerte à celui qui concède la clause, à l'existence d'une cause contrepartie ou d'une cause objective de l'obligation née de la clause. La paralysie des clauses créant un déséquilibre significatif nous semble donc répondre à une logique différente, si bien que le contrôle résultant de l'article L. 1121-1 du code du travail ne déroge pas au mécanisme général de contrôle institué par l'ordonnance. Les contrôles se complètent bien davantage qu'ils ne s'excluent.

Une autre question pourrait se poser s'agissant d'une éventuelle dérogation du régime du contrat de travail à certaines modalités de mise en œuvre du contrôle de l'existence d'un déséquilibre significatif. Pour le comprendre, il est nécessaire de revenir rapidement sur quelques-unes des conditions exigées par le code civil. Première condition examinée, la clause doit créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Nous partageons ici l'avis de M. Bento de Carvalho, qui considère que l'analyse du déséquilibre ne pourra donc pas s'opérer sur la seule clause prise séparément mais de manière globale, en appréciant l'ensemble du contenu contractuel, c'est-à-dire des divers avantages obtenus dans le contrat de travail<sup>67</sup>. Deuxième condition examinée, l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte « ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Si l'on combine ces deux conditions et qu'on les applique au contrat de travail, il conviendrait de mesurer l'équilibre général du contrat tout en excluant une mesure de l'équilibre de l'adéquation de la rémunération promise à la prestation de travail offerte.

L'un des exemples le plus souvent avancé par les auteurs est celui de la clause de mobilité, qui ne comporte pas, comme cela est le cas pour la clause de non-concurrence, de contrepartie financière, ce qui pourrait éventuellement être perçu comme créant un déséquilibre significatif.

Pour apprécier le déséquilibre créé, il faudrait apprécier l'ensemble des droits et obligations du contrat et, donc, analyser si le montant de la rémunération comporte une part de contrepartie à la clause de mobilité. Se poser cette question conduit toutefois négativement à s'interroger sur l'adéquation de la rémunération déduite de la contrepartie à la prestation de travail, ce que proscriit l'ordonnance. C'est ici qu'apparaît la contrariété du régime du contrat de travail au régime du droit commun : puisque le droit du travail n'impose pas à ce jour l'octroi d'une contrepartie ou d'un avantage venant équilibrer la sujétion que constitue sans aucun doute la potentielle mobilité et qu'il n'est pas possible de prendre en considération la rémunération du salarié pour apprécier l'équilibre, les clauses de mobilité pourront être mises en cause en raison du déséquilibre qu'elles créent. Il manque sans doute une condition de validité aux clauses de mobilité, soit qu'il s'agisse d'une indemnité spécifique et distincte de la rémunération versée au moment de la mise en œuvre de la mobilité<sup>68</sup>, soit qu'il s'agisse d'une mesure de rééquilibrage dans le pouvoir octroyé, par exemple en permettant au salarié d'exiger lui aussi une mobilité.

Sans doute, le régime du contrat de travail actuel déroge parfois au régime du droit commun des contrats nouveaux dans le domaine de la liberté contractuelle, que l'on s'intéresse à la liberté du consentement ou à la libre détermination du contenu contractuel. Les ajustements nécessaires à une mise en conformité ne sont pas de nature à révolutionner le régime du contrat de travail et pourraient donc le plus souvent être admis. Un autre domaine du régime contractuel illustre les conflits qui pourraient surgir entre droit du travail et droit civil des contrats, celui de l'intangibilité contractuelle.

## II. - Dérogation au principe d'intangibilité du contrat

Des réflexions similaires à celles concernant la liberté contractuelle peuvent être menées à propos des mécanismes nouveaux en droit commun du contrat qui interfèrent avec la force obligatoire du contrat, avec son intangibilité. Deux angles peuvent être pris pour les observer, l'un relatif aux prérogatives unilatérales d'une partie sur le contrat (A), l'autre relatif à l'immixtion ponctuelle du juge dans le contrat (B).

### A. - Intangibilité et prérogatives unilatérales

La force obligatoire du contrat compte, parmi ses nombreuses implications, l'impossibilité pour l'une des parties de modifier seule le contenu de l'engagement des parties et l'interdiction, par principe, de mettre fin unilatéralement au contrat. Ces questions font naturellement écho à la théorie de la modification du contrat de travail (1) et à la résiliation unilatérale, dont l'une en particulier, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, peut être contrariée par l'ordonnance du 10 février 2016 (2).

#### 1. Modification du contrat de travail

La théorie travailliste de la modification du contrat de travail déroge-t-elle aux dispositions nouvelles de l'ordonnance du 10 février 2016 ? Sans détour, il nous semble que cela n'est pas le cas.

L'article 1193 du code civil, qui remplace et complète l'ancien article 1134, alinéa 2, dispose que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise ». L'ajout formel de l'interdiction de modifier le contrat sans le consentement du cocontractant n'apporte pas grand-chose au régime de droit commun, qui, par principe, n'admettait pas la modification unilatérale à moins que celle-ci ait été autorisée par les parties dès l'origine<sup>69</sup>. Cette prohibition est par ailleurs parfaitement conforme à la règle qu'applique la chambre sociale de la Cour de cassation depuis 1996 et la création de la distinction

<sup>67</sup> V. L. Bento de Carvalho, préc.

<sup>68</sup> À l'image de la contrepartie de la clause de non-concurrence imposée depuis 2002.

<sup>69</sup> J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., p. 452, à propos de la modification de l'obligation.

entre modification du contrat et changement des conditions de travail<sup>70</sup>. Sous réserve des discussions relatives à l'interaction entre contrat de travail et conventions collectives<sup>71</sup>, le droit du travail ne déroge nullement au principe d'intangibilité contractuelle<sup>72</sup>.

La seule véritable question, qui nourrit la discussion depuis l'apparition de la qualification de contrat de travail au début du XX<sup>e</sup> siècle, est celle de la délimitation du contenu contractuel, laquelle est déterminante lorsqu'il s'agit d'identifier si les parties bénéficient ou non d'une prérogative unilatérale de modification.

Or, il demeure une catégorie de clauses contractuelles, qualifiées de clauses informatives par la chambre sociale<sup>73</sup>, qui est exclue du champ contractuel, ou du moins du champ de la force obligatoire du contrat<sup>74</sup>. Cette interprétation prétorienne entre en conflit avec le régime du droit commun des contrats parce que l'on peut douter que cette qualification soit bien conforme à deux règles, l'une classique, l'autre nouvelle<sup>75</sup>.

Premièrement, depuis 1804, le code civil prévoit que les stipulations contractuelles doivent être interprétées en contemplation de la commune intention des parties<sup>76</sup>. C'est là la première et principale directive d'interprétation de tout contenu contractuel. Est-ce bien toujours la volonté des deux parties que le lieu de travail prévu par le contrat n'ait pas de caractère obligatoire, n'ait qu'un caractère informatif ?

Deuxièmement, l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit une nouvelle directive d'interprétation des contrats. L'article 1190 du code civil prévoit que les stipulations contractuelles doivent être interprétées contre celui qui a proposé un contrat d'adhésion<sup>77</sup>. Lorsque le contrat de travail est qualifié de contrat d'adhésion, est-ce bien interpréter contre l'employeur, qui généralement l'a proposé, que de considérer qu'une stipulation relève du domaine de l'information et non de l'obligation et peut ainsi être modifiée unilatéralement ?

Le régime de la modification du contrat de travail interdisant la modification unilatérale d'un élément relevant du contrat est parfaitement conforme aux exigences civiles, sans y déroger. En revanche, la ligne de partage entre éléments relevant du domaine du contrat de travail et éléments relevant de celui des conditions de travail a été fixée par la chambre sociale par le jeu de règles d'interprétation qui s'éloignent de celles envisagées par le code civil. Le conflit entre droit civil et régime du contrat de travail est plus frappant encore s'agissant de la résiliation unilatérale du contrat aux torts de l'employeur.

## 2. Prise d'acte de la rupture du contrat de travail

Une autre prérogative unilatérale admise en droit du travail interroge davantage, celle de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. L'ordonnance du 10 février 2016 a intégré à l'article 1226 du code civil la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier<sup>78</sup>, mode de rupture qui ressemble à s'y méprendre à la prise d'acte<sup>79</sup>. N'enseigne-t-on pas que la prise d'acte est un mode de rupture unilatérale fort risqué pour le salarié, qui encourt le péril qu'elle produise les effets d'une démission ?

S'il y a bien identité d'objet entre prise d'acte et résolution aux risques et périls, les régimes des deux modes de rupture divergent. La prise d'acte ne répond à « *aucun formalisme* »<sup>80</sup> là où la résolution aux risques et périls exige une notification de la rupture et une mise en demeure préalable, mise en demeure qui conditionne également l'indemnisation du créancier qui subit l'inexécution<sup>81</sup>. L'appréciation de l'indemnisation du créancier qui subit l'inexécution diffère de celle offerte au salarié qui prend acte, le premier étant indemnisé « *de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* »<sup>82</sup>, le second percevant des indemnités de licenciement et des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>83</sup>.

Le régime dérogatoire du droit du travail pouvait s'expliquer par deux types d'arguments. D'abord, avant l'ordonnance, il n'existait pas dans les textes de mécanisme de rupture unilatérale aux torts du cocontractant. Cet argument a disparu. Ensuite, le régime spécifique de la prise d'acte, en particulier son régime indemnitaire, s'expliquait par le pouvoir d'attraction du régime juridique du licenciement, qui a longtemps été le seul mode de rupture du contrat de travail connaissant un régime juridique détaillé et développé par le code du travail. Cette

<sup>70</sup> Soc., 10 juillet 1996, pourvoi n° 93-40.966, *Bull.* 1996, V, n° 278 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2008, p. 264.

<sup>71</sup> Sur les questions d'articulation entre contrat et convention collective, v., parmi une littérature récente pléthorique, P. Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », *RDT* 2016, p. 243 ; G. Borenfreund, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *ibid.*, p. 781 ; A. Jeammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *ibid.*, p. 238 ; L. Pécaut-Rivolier, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *ibid.*, p. 791 ; R. Vatinet, « L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail », *JCP* 2016, éd. S, 1151.

<sup>72</sup> Et serait même, par certains aspects, plus respectueux de celle-ci, v. P. Ancel, *préc.*

<sup>73</sup> Stipulation du lieu de travail : Soc., 3 juin 2003, pourvoi n° 01-43.573, *Bull.* 2003, V, n° 185, p. 181 ; *Dr. soc.* 2003, p. 884, note J. Savatier ; du régime de prévoyance et de retraite : Soc., 4 juillet 2007, pourvoi n° 05-45.688, inédit ; de la cadence de travail : Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-44.595, *Bull.* 2010, V, n° 237 ; *Dr. soc.* 2011, p. 333, obs. M. Miné ; *RDT* 2011, p. 119, obs. F. Canut.

<sup>74</sup> Sur la question, v. J. Pélissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles », *RJS* 2004, p. 3.

<sup>75</sup> Sur la question, v. G. Auzero, F. Canut, *préc.*

<sup>76</sup> Article 1188 du code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>77</sup> La mise en œuvre de cette directive suppose que le contrat de travail soit bien qualifié de contrat d'adhésion, ce qui fait débat chez l'ensemble des commentateurs de l'ordonnance du 10 février 2016 en droit du travail.

<sup>78</sup> Ce mode de rupture était déjà admis par la jurisprudence, v. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *préc.*, p. 285 ; T. Génicon, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *RDC* 2010, p. 44.

<sup>79</sup> J. Mouly, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du code civil ? », *Dr. soc.* 2017, p. 1.

<sup>80</sup> Selon la formule employée par la chambre sociale de la Cour de cassation, v. Soc., 4 avril 2007, pourvoi n° 05-42.847, inédit. Il n'est en particulier exigé aucune motivation initiale, v. Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-42.804, *Bull.* 2005, V, n° 223, *D.* 2005, p. 2723, note P. Lokiec ; *Dr. soc.* 2005, p. 1058, obs. G. Couturier.

<sup>81</sup> D'une manière générale, la mise en demeure conditionne désormais tous les mécanismes d'exécution forcée de l'obligation, qu'il s'agisse de l'exécution en nature (article 1221 du code civil), l'exécution par un tiers (article 1222 du code civil) ou l'exécution par équivalent (article 1231 du code civil).

<sup>82</sup> Article 1231-2 du code civil.

<sup>83</sup> Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-42.679, *Bull.* 2003, V, n° 209, p. 213 ; *Dr. soc.* 2003, p. 814, avis. P. Lyon-Caen, p. 817, chron. G. Couturier et J.-E. Ray ; *Dr. soc.* 2004, p. 90, chron. J. Mouly ; *JCP* 2003, II, 10138, note E. Mazuyer ; *RJS* 2003, p. 647, chron. J.-Y. Frouin.



hégémonie du licenciement est en repli, ne serait-ce que par l'effet de l'introduction de la rupture conventionnelle en 2008, si bien que l'argument semble moins puissant qu'autrefois. En témoigne, d'ailleurs, un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 19 octobre 2016 dont l'argumentation, plus que la solution rendue, refoule le régime juridique du licenciement en partie appliqué à la prise d'acte<sup>84</sup>.

Il n'est sans doute pas impossible d'envisager une substitution des nouvelles règles civiles à la construction prétorienne de la prise d'acte. Cela imposerait au salarié un formalisme qui, dans les faits, est déjà de rigueur lorsque le salarié prend soin de préparer la future procédure judiciaire. L'exigence d'une mise en demeure préalable est raisonnable en ce qu'elle permettrait aux employeurs de bonne foi de cesser de manquer à leurs obligations<sup>85</sup>.

Sans doute la différence la plus marquée tient-elle à l'indemnisation du salarié qui romprait le contrat de travail à ses risques et périls. Il ne lui serait pas servi une indemnité de licenciement ni une indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse du licenciement comme cela est le cas aujourd'hui, mais une indemnité compensatrice du préjudice subi telle qu'envisagée par le code civil. Cette indemnité civile devrait théoriquement permettre de réparer l'intégralité du préjudice subi<sup>86</sup>. En revanche, le salarié ne bénéficierait pas du plancher d'indemnisation de six mois de salaire offert en cas de licenciement injustifié. Par ailleurs, l'indemnisation pourrait prendre en compte de nombreux éléments factuels de nature à réduire le montant des sommes auxquelles l'employeur serait condamné<sup>87</sup>.

Déjà fort risquée, la rupture unilatérale du contrat de travail aux torts de l'employeur deviendrait un peu moins attractive encore. Il y aurait alors fort à craindre qu'une part des différends se reporte sur un autre mode de rupture, celui de la résolution judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur.

C'est précisément par l'intervention judiciaire dans le contrat que des dérogations au droit commun nouveau des contrats peuvent encore être identifiées.

## B. - Intangibilité et immixtion judiciaire

Le dernier domaine dans lequel le régime du contrat de travail doit être interrogé est celui de l'éventuelle immixtion du juge dans le contrat. Le juge s'interdit d'intervenir pour modifier le contenu du contrat de travail par application de la conception classique du principe d'intangibilité contractuelle<sup>88</sup>. Cette position est-elle amenée à évoluer ?

Les hypothèses d'intervention judiciaire issues de l'ordonnance sont relativement rares et, cela a été démontré, d'application hypothétique. On peut évoquer la reconnaissance par l'ordonnance du 10 février 2016 de la théorie de l'imprévision, qui, après l'échec d'une tentative de renégociation entre les parties, peut aboutir à la révision ou la résiliation judiciaire du contrat<sup>89</sup>. Sur le principe, le droit du travail connaît des mécanismes permettant de prendre en compte un changement de circonstances, en particulier de circonstances économiques. On peut notamment penser à la modification du contrat de travail pour motif économique, aux effets des accords de maintien de l'emploi ou de développement de l'emploi<sup>90</sup>. Il s'agit toutefois de simples facilités de renégociation offertes aux parties, en particulier à l'employeur, et non d'une véritable intervention judiciaire dans le contrat de travail.

Le régime actuel du contrat de travail ne semble pas permettre au juge de modifier un contrat de travail en cas de changement de circonstances. Faute de régime dérogatoire, le régime général pourrait donc trouver à s'appliquer sous réserve que les conditions très restrictives prévues par le texte soient réunies<sup>91</sup>. Théoriquement, l'employeur pourrait être tenté de recourir au juge, lui démontrer que les conditions de la révision du contrat pour changement de circonstances sont réunies et lui demander de modifier le contenu du contrat. Cela aurait l'avantage de forcer une modification du contrat que le salarié refuse sans provoquer les conséquences plus extrêmes du code du travail que sont les licenciements auxquels l'employeur est autorisé à procéder en cas de refus. En pratique, la lourdeur de la procédure et les conditions strictes de l'action n'inciteront guère les entreprises à y recourir.

La position classique du juge qui refuse de s'immiscer dans le contrat de travail pourra toutefois reculer lorsque l'une des parties démontrera l'existence d'une clause créant un déséquilibre significatif dans un contrat de travail dont il aura au préalable été démontré qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion<sup>92</sup>.

<sup>84</sup> Soc., 19 octobre 2016, pourvoi n° 14-25.067, publié au *Bulletin* ; *Dr. soc.* 2016, p. 1060, obs. J. Mouly ; *Dr. soc.* 2017, p. 143 et nos obs.

<sup>85</sup> Cette formalité s'accorde *a priori* assez mal avec la position adoptée par la chambre sociale, qui exige, depuis 2014, que les manquements justifiant la prise d'acte rendent impossible le maintien du contrat de travail : v. en ce sens J. Mouly, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du code civil ? », préc. On peut aussi imaginer qu'un manquement véniel, qui seul n'est pas de nature à rendre impossible le maintien du contrat de travail, permette toutefois de justifier la rupture aux torts de l'employeur qui n'a pas réagi à une mise en demeure.

<sup>86</sup> Le salarié qui bénéficie actuellement d'une indemnité compensatrice de préavis en cas de prise d'acte justifiée continuerait d'en bénéficier puisque l'exigence du respect d'un préavis a été introduite de manière générale à la résiliation unilatérale, article 1211 du code civil.

<sup>87</sup> Comportement fautif du salarié assimilable à une faute de la victime, préjudice amoindri par le fait d'avoir rapidement retrouvé un emploi, etc.

<sup>88</sup> V. par ex., dans le cadre de l'action du délégué du personnel en cas d'atteinte à un droit, une liberté ou la santé d'un salarié prévue par l'article L. 2313-2 du code du travail, Soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-40.274, *Bull.* 2009, V, n° 153.

<sup>89</sup> Ph. Stoffel-Munck, préc.

<sup>90</sup> G. Auzero, F. Canut, préc.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Cf. supra.*

# *Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du contrat de travail<sup>1</sup>*

*Sophie Depelley, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation*

*Pierre-Yves Verkindt, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris-I)*

Au sens commun du mot, déroger signifie ne pas se conformer ou porter atteinte à quelque chose. Dès lors et logiquement, toute dérogation suppose l'existence préalable d'un objet dont il s'agit de s'écarter. Appliquée au droit, la notion postule la préexistence d'une règle ou d'un ensemble de règles, d'un principe ou d'un ensemble de principes qu'un sujet de droit serait habilité à ne pas appliquer, soit de façon générale, soit de façon circonstancielle, dans les limites posées par la norme, source de la dérogation. Il en résulte qu'il ne peut y avoir de dérogation en droit sans une *autorisation* qui ne peut venir, dans une démocratie, que de l'auteur de la norme « dérogeable » ou de l'auteur d'une norme supérieure.

En d'autres termes, si la dérogation est parfois considérée comme « *l'affectation partielle de la validité d'une norme juridique*<sup>2</sup> », elle est surtout l'expression d'un conflit entre deux normes également valides mais dont l'étendue de la validité diffère. La dérogation vient modifier l'étendue de la validité de la norme à laquelle il est dérogé<sup>3</sup>.

Envisager l'existence de « *dérogations au droit commun de la preuve* » conduit nécessairement à prendre en considération deux ensembles de normes : d'une part, celles qui fondent les dérogations ou qui les traduisent, d'autre part, celles qui constitueraient le droit commun de la preuve, dont le champ de validité serait limité par les premières. Elle contraint dans le même temps à identifier ce que pourrait être un droit commun de la preuve.

**Un droit commun de la preuve ?** Existe-t-il un droit commun de la preuve, c'est-à-dire un ensemble de règles juridiques susceptibles de recevoir application chaque fois qu'une personne revendique à son profit l'existence d'un droit ou d'une prérogative ? Une réponse affirmative à cette question commanderait de s'interroger sur l'existence de dérogation(s), voire, si certaines dérogations pouvaient être regroupées selon un critère disciplinaire, sur la possibilité de reconnaître des « droits spéciaux » de la preuve. Il y aurait ainsi (le conditionnel est ici nécessaire) un droit probatoire spécial aux relations économiques, ou aux relations familiales..., etc., etc. Chacun pressent qu'existe un lien de parenté entre la dérogation et la reconnaissance d'un droit spécial, en ce que l'un et l'autre postulent l'existence d'un droit commun dont l'application serait écartée ou suspendue en cas de conflit avec une règle spéciale<sup>4</sup>.

Encore faut-il que puisse être établie l'existence d'un « droit commun » et, dans le cas présent, d'un « droit commun de la preuve ». Or, comme le relève, pour le déplorer, les auteurs du très remarquable *Droit de la preuve*<sup>5</sup>, « *il n'existe pas en France d'école du droit de la preuve, pas de loi ou de code qui rassemblerait les principales règles de la matière, et pas de manuel ou de traité consacré à la question dans toutes ses dimensions, et dans les différentes branches du droit*<sup>6</sup> ». L'absence d'une « théorie générale » de la preuve qui engloberait la preuve en justice et la preuve *lato sensu*, entendue comme tout moyen tendant à établir soit la vérité, soit la réalité de quelque chose, rend illusoire la recherche des ressources d'un « droit commun » que viendrait contredire un « droit spécial » de la preuve applicable au droit du contrat de travail.

Il nous semble qu'il faut préférer une démarche pragmatique partant de la réalité des normes probatoires mobilisées à une approche tendant à rechercher la substance d'un droit commun probatoire<sup>7</sup>. Pareille démarche amène à relever que la preuve en matière de contrat de travail se situe au point de contact de trois ensembles normatifs qui sont plus qu'un socle - plutôt une « *matrice probatoire* » - et qui se déploient dans l'ombre portée du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>1</sup> Sur la preuve en droit du travail, J.-Y. Frouin, « La preuve en droit du travail », *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1262, p. 6 ; C. Wolmark, « La preuve en droit du travail. Essai de synthèse », *Dr. ouvrier* 2014, 276 ; F. Terroux Star, « Les règles de preuve et les évolutions du droit du travail », Th. Paris-Ouest-La Défense, 2012 ; Cour de cassation, *Rapport annuel* 2012, « La preuve », La Documentation française 2013, spéc. p. 129 et s., p. 165 et s., p. 198 et s., p. 258 et s., p. 364 et s. Le questionnement relatif au rôle des mécanismes probatoires dans l'effectivité de la norme de droit du travail n'est pas absent du droit des relations collectives de travail. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les transformations du droit de la représentativité depuis 2008. L'objet de la présente communication est cependant centré sur les problématiques propres aux litiges nés du contrat de travail.

<sup>2</sup> *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (dir. A.-J. Arnaud), LGDJ, 1993, V° Dérogation.

<sup>3</sup> H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, 1979, PUF, Coll. Léviathan, 1996, p. 146.

<sup>4</sup> La prévalence de la norme spéciale sur la norme générale (*specialia generalibus derogant, non generalia specialibus*) s'apparente à la technique de la dérogation en ce que les deux mécanismes vont au-delà de l'affirmation d'un simple particularisme des règles. Pour une approche générale des rapports entre *droit commun* et *droit spécial*, v. la thèse éponyme de N. Delegove (Paris-II, 2011) ; sur un autre objet, S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial de la responsabilité civile extracontractuelle*, institut universitaire Varennes, 2013.

<sup>5</sup> E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis, 2015.

<sup>6</sup> *Ibid.*, n° 1.

<sup>7</sup> Cour de cassation, *Rapport annuel* 2012, « La preuve », La Documentation française, 2013.

**L'armature du droit probatoire en droit du contrat de travail.** À défaut d'un droit commun probatoire, au moins peut-on relever que cette structure normative comporte deux ensembles qui débordent le seul champ du droit du travail mais qui s'appliquent, par principe, aux relations de travail, et un ensemble *spécial* de normes inscrites dans le code du travail.

Du point de vue du droit interne, c'est d'abord dans le code civil qu'il faut chercher la matrice d'un droit probatoire « commun ». Encore doit-on relever d'emblée que les textes (autrefois 1315 et s., aujourd'hui 1353 et 1365 et s.) ne concernent à proprement parler que « *la preuve des obligations... et celle du paiement*<sup>8</sup> ». C'est donc par extrapolation qu'a été dégagé, à partir des textes existants, le principe selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur. C'est encore dans le code civil que sont explicités les modes de preuve admissibles<sup>9</sup>.

Le deuxième ensemble normatif est à rechercher dans le code de procédure civile, qui fixe les principes directeurs du procès assurant notamment le respect de l'égalité des armes et celui du contradictoire<sup>10</sup>. Les mécanismes de l'administration judiciaire de la preuve y sont par ailleurs développés<sup>11</sup> ainsi que le rôle joué par les experts<sup>12</sup> et autres techniciens<sup>13</sup> dans la construction d'une vérité judiciaire. Une attention particulière doit être portée dans cet ensemble à l'article 145 du code de procédure civile, aux termes duquel « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

Le code du travail offre, pour sa part, un troisième ensemble de normes dont on repère aisément trois composantes. La première prend place au livre quatrième de la première partie et spécialement aux articles L. 1451-1 et s. du code du travail, relatifs au conseil de prud'hommes. S'il ne fait guère de doute que les principes directeurs du procès civil ainsi que les principes généraux des articles L. 111-1 et s. du code de l'organisation judiciaire s'appliquent à la juridiction prud'homale, il est possible de relever un certain nombre de particularismes probatoires<sup>14</sup>. La deuxième composante de cet ensemble est constituée par un ensemble de présomptions édictées par des textes spéciaux. Comme toutes les présomptions, elles sont destinées à alléger le fardeau de la preuve pesant sur la partie demanderesse. Ainsi la septième partie du code du travail est-elle émaillée de présomptions tantôt de « contrat de travail<sup>15</sup> » tantôt de « salariat<sup>16</sup> » dans des situations de fait où l'établissement d'un lien de subordination caractéristique du contrat de travail pourrait paraître particulièrement difficile. Enfin, en divers endroits du code du travail, le régime probatoire a dû être adapté pour tenir compte de l'inégalité foncière d'accès à la preuve entre l'employeur et le salarié. C'est ainsi qu'en matière de discrimination ou de harcèlement, la mise en œuvre effective de la protection de la victime salariée requiert un ajustement, voire un abandon, de la règle selon laquelle il appartient au demandeur d'apporter la preuve initiale du droit qu'il revendique et de supporter en conséquence le risque de l'absence de preuve. C'est à ce prix que le système de droit peut assurer l'effectivité d'une norme substantielle<sup>17</sup>. C'est sans doute en ce domaine que s'affirme le plus nettement l'impact du droit européen.

**L'ombre portée du droit européen.** Le rôle des règles probatoires posées au niveau européen est devenu central. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'a eu de cesse de conforter l'affirmation du droit à un procès équitable telle que posé à l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et d'en décliner toutes les conséquences. C'est ainsi qu'elle considère « *que dans les litiges opposant des intérêts privés, l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage...*<sup>18</sup> ». Le mécanisme probatoire ne peut ici être dissocié du droit au procès équitable, du strict respect de l'égalité des armes et des droits de la défense. Le droit de l'Union européenne est venu, dans certains domaines, aménager la preuve afin d'assurer l'effectivité des règles substantielles. Les directives adoptées dans le champ de la lutte en faveur de l'égalité et à l'encontre des discriminations sont particulièrement illustratives du phénomène non seulement par ce qu'elles expriment, mais également par les effets de leur transposition en droit français et l'usage que la jurisprudence a su en faire avant même la transposition<sup>19</sup>.

**La preuve : une tension permanente entre recherche de la vérité et sécurité des rapports de droit.** Cette tension, inhérente à tout système juridique et à toute organisation probatoire, prend une acuité particulière en droit du travail, au point qu'elle pourrait expliquer au moins partiellement l'existence de « dérogations » ou d'aménagements au droit de la preuve.

<sup>8</sup> F. Chenedé, « Le nouveau droit des obligations et des contrats », *Dalloz* 2016, p. 359 et s., G. Chantepie, M. Latina, « La réforme du droit des obligations », *Dalloz* 2016, p. 923 et s., T. Douville et a., *La Réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, Gualino, 2016 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, « Réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations », *LexisNexis* 2016, p. 829 et s.

<sup>9</sup> Ils figurent désormais aux articles 1358 et suivants.

<sup>10</sup> Articles 1 à 29 du code de procédure civile.

<sup>11</sup> Le nouvel article 1357 du code civil y renvoie explicitement.

<sup>12</sup> Articles 263 et s. du code de procédure civile.

<sup>13</sup> Articles 232 et s. du code de procédure civile.

<sup>14</sup> Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, du rôle dévolu en ce domaine au bureau de conciliation et d'orientation par l'article R. 1454-14 (3° et 4°, à propos des mesures d'instruction ou de conservation des preuves).

<sup>15</sup> Pour un exemple, article L. 7123-4 du code du travail, à propos du contrat de mannequin ; encore article L. 7112-1 du code du travail, pour le journaliste.

<sup>16</sup> Articles L. 7412-1 et L. 7412-2 du code du travail, à propos du travailleur à domicile.

<sup>17</sup> La prohibition des discriminations aurait toutes les chances de rester lettre morte si le droit probatoire n'avait été aménagé par la double action du juge et du droit européen.

<sup>18</sup> Berger, 13<sup>e</sup> édition, n° 86, p. 279 ; *adde* CEDH, 10 octobre 2006, n° 7508/02, et 13 mai 2008, n° 65097/01.

<sup>19</sup> Ainsi de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

En effet, l'inégalité consubstantielle au rapport individuel du travail et à la subordination place le salarié en difficulté non seulement pour accéder aux informations constitutives de la preuve, mais aussi pour utiliser efficacement les éléments probatoires qu'il a pu récolter. Une telle situation est de nature à réduire fortement, voire totalement, les droits posés par le code du travail. L'inégalité de fait et de droit caractéristique du rapport de travail salarié conduit à moduler le jeu probatoire afin de compenser, à défaut de les éradiquer, les entraves à la mise en œuvre du principe de l'égalité des armes devant le juge<sup>20</sup>.

En d'autres termes, le droit « commun » de la preuve est affecté d'une double déformation. La première n'est pas spécifique au droit du travail et tient au fait que le droit probatoire résulte d'une extrapolation construite à partir de règles conçues pour assurer la preuve des obligations et du paiement. La seconde, qui seule nous intéresse ici, tient à sa mobilisation pour restaurer l'égalité des parties et, partant, assurer l'effectivité de la règle substantielle. Il y a donc une dynamique du phénomène probatoire que l'on tentera de mettre au jour<sup>21</sup> à partir de situations contentieuses que nous considérons comme topiques.

### 1. Assurer l'égalité des armes. Variations autour de trois illustrations topiques tirées du droit du contrat de travail

**Au commencement, la subordination...** Loin d'une vision idyllique ou éthérée du contrat - auquel même le droit « commun » des contrats ne croit plus guère - qui ferait des parties au contrat de travail des partenaires également informés, égaux en pouvoirs et en droits, fondamentalement libres de contracter ou non et libres de définir ensemble le contenu de leurs obligations respectives, le contrat de travail est frappé, en fait et en droit, du sceau de la subordination économique et juridique. Pour s'en tenir à la subordination juridique, force est de constater qu'elle est à la fois au principe d'un contrat dont elle constitue le critère de qualification et en même temps l'effet de ce contrat en ce qu'elle se traduit dans les pouvoirs de direction, d'organisation et disciplinaire de l'employeur. Cette dernière caractéristique explique pourquoi le salarié est pratiquement toujours demandeur en cas de contentieux sur l'existence ou plus souvent l'exécution ou la rupture du contrat. L'application du principe selon lequel la preuve incomberait au demandeur vient donc renforcer l'inégalité inhérente à la subordination elle-même.

Demandeur en justice, le salarié se voit donc dans l'obligation de collecter les preuves et de les produire, assumant de la sorte ce qu'il est convenu d'appeler le « *risque de la preuve* », c'est-à-dire en réalité et concrètement le risque de ne pas obtenir justice faute d'avoir pu apporter au juge qu'il a saisi de sa demande les éléments factuels nécessaires au soutien de sa prétention.

Cette réalité est prise en compte par le législateur par une sorte de « double dérogation » au droit commun de la charge de la preuve tirée de la combinaison des articles 1315, devenu 1353, du code civil et 6 et 9 du code de procédure civile. En premier lieu, la dérogation à la règle selon laquelle c'est à celui qui saisit le juge d'une réclamation de justifier de son bien-fondé en instituant des mécanismes de preuve partagée entre les deux parties. En second lieu, la dérogation à la traditionnelle neutralité du juge dans le procès civil, en conférant au juge prud'homal un rôle actif. Celui-ci doit former sa conviction au vu des éléments de preuve apportés par l'une ou l'autre des parties, le cas échéant après avoir procédé à toutes mesures d'instruction utiles.

Se joue dès lors une très subtile répartition des rôles entre le demandeur, le défendeur et le juge. Cette subtilité vient de ce que ces mécanismes se trouvent en forte tension entre, d'une part, la volonté d'alléger la charge de la preuve du salarié placé dans une situation de subordination tout en respectant le droit de la défense de l'employeur et, d'autre part, de prévenir les recours abusifs tout en assurant la pleine effectivité des règles du droit du travail en les faisant sanctionner par le juge.

**L'égalité des armes.** L'« *égalité des armes* », à laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a donné consistance en prenant appui sur les articles 14 et 15 de la Convention, se présente avant tout comme une « *égalité des droits procéduraux*<sup>22</sup> ». Elle forme cependant, avec le principe du contradictoire, le droit à l'exécution effective du jugement et, plus généralement, le droit au juge et les droits de la défense, la trame du droit à un procès équitable tel que l'affirme l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette égalité des droits, pour importante qu'elle soit, « *n'est pas tout. Il faut aussi compter avec les inégalités de fait qui sont loin d'épargner le procès civil, où le combat prend parfois des allures de pot de terre contre le pot de fer*<sup>23</sup> ». Or cette égalité des armes est entamée en droit du travail d'une façon générale par le fait que la subordination irradie l'ensemble de la relation individuelle de travail de sa naissance à sa mort, et de façon particulière par au moins deux phénomènes dont le droit du travail, dans sa composante probatoire, tente de tenir compte.

Le premier tient à la difficulté pour le salarié de replacer sa situation individuelle dans un ensemble dont il n'a aucune maîtrise. Ainsi, la preuve de la discrimination requiert-elle la mise en œuvre de comparaisons dont l'étalon de comparaison n'est pas accessible au salarié lui-même. De même, l'établissement du « harcèlement » se heurte-t-il à l'obstacle factuel de la collecte des informations.

Le deuxième phénomène est celui du pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur. Dès lors, la preuve par le salarié des heures qu'il a effectuées vient en quelque sorte buter *a priori* sur le fait que seul l'un des deux

<sup>20</sup> L'édiction de présomptions de salariat ou de contrat de travail (v. *supra*) ou de présomptions de faute inexcusable (v. par exemple article L. 4131-1 du code du travail) participe de cette volonté d'assurer l'effectivité de règles substantielles que le strict rapport de pouvoir dans l'entreprise pourrait conduire à écarter.

<sup>21</sup> Pour autant, cette dynamique n'est pas exclusive de tensions, comme le montre l'évolution de la jurisprudence relative au « *préjudice nécessaire* », où l'on voit le juge revenir à une position somme toute plus conforme à ce que l'on imagine être un droit commun de la preuve en exigeant que la victime d'un préjudice établisse ce dernier tant dans son principe que dans son quantum.

<sup>22</sup> L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> édition, 2013, n° 43, p. 166.

<sup>23</sup> *Ibid.*, n° 43, p. 166, les auteurs citent une formule de G. Giudicelli-Delage. Sur la notion, J.-P. Marguenaud, in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, v. « *Egalité des armes* », qui signale qu'elle implique « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ».

contractants dispose de la maîtrise factuelle de leur décompte. Quant au contrôle du respect par l'employeur de son obligation de rechercher le reclassement du salarié dans le cadre du licenciement économique, il se développe dans un contexte où le salarié n'a ni la connaissance des ressorts économiques de la décision qui l'affecte, ni la maîtrise du périmètre dans lequel la recherche doit être opérée.

#### A. - Le régime probatoire de la discrimination et du harcèlement en droit du travail : un équilibre délicat

**Le point de départ : une inégalité face à la preuve.** Quoique leurs régimes juridiques diffèrent, la discrimination et le harcèlement moral ou sexuel ont en commun d'être des atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine et dans le même temps de placer la victime dans une situation défavorable au regard de l'établissement de la preuve des agissements qu'elle dénonce.

**Preuve de la discrimination.** La discrimination, c'est-à-dire le fait de traiter différemment des salariés pour des motifs considérés par la loi comme illicites, est difficile à établir dans un contexte où non seulement les pouvoirs d'organisation et de direction de l'employeur semblent légitimer *a priori* ses choix, mais, de plus, où l'accès du salarié aux éléments factuels permettant d'établir la discrimination est limité par le fait même qu'il ne dispose pas de la liberté de manœuvre dans l'entreprise en raison même de la subordination qui caractérise sa situation. La preuve d'actes ou de comportements illicites de l'employeur est donc particulièrement difficile à rapporter, de sorte que le législateur a procédé à un allègement de la charge de la preuve en ne faisant supporter au salarié que la charge de l'allégation, la charge de la preuve étant ensuite supportée par l'employeur.

**Le silence initial des textes et l'action du juge.** À l'origine, l'article L. 122-45 du code du travail en vigueur jusqu'en 2001 ne comportait pas, en matière de discrimination, de règles spécifiques en matière de preuve, qui étaient alors soumises au droit commun. La chambre sociale, dans un arrêt du 28 mars 2000<sup>24</sup>, rendu en matière de discrimination syndicale, avait amorcé un processus d'allègement de la charge de la preuve pesant sur le salarié en s'inspirant de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe<sup>25</sup>. Comme le relève la décision pour sanctionner l'arrêt frappé de pourvoi, « [...] *il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et [...] il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ; [...] en statuant comme elle l'a fait, alors que, d'une part, si le juge n'a pas à se substituer à l'employeur, il lui appartient de vérifier, en présence d'une discrimination syndicale invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée, et alors, d'autre part, que la preuve de la discrimination n'incombe pas au salarié, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

La position adoptée par la Cour de cassation allait par la suite être confortée par l'adoption de deux nouvelles directives. La directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (article 8) et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail posent alors clairement les bases d'un système de preuve allégée pour la victime d'agissements discriminatoires. L'article 10 du second texte dispose en effet, au point 1, que « *les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement*<sup>26</sup> ».

**Le virage de 2001.** C'est la **loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations** qui amorcera la transposition de la directive du 27 novembre 2000<sup>27</sup> et viendra donner à l'article L.122-45 la rédaction qui est toujours celle de l'article L.1134-1 du code du travail. Il n'appartient donc pas au salarié d'établir la discrimination dont il se plaint, mais seulement de présenter des faits laissant supposer qu'elle existe, à charge alors pour l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination propres à justifier ses décisions.

Toutefois, pour l'application de ce mécanisme de preuve allégée, emprunt du droit européen, fortement influencé par le pragmatisme du droit de *Common law*, la chambre sociale ne s'écarte pas totalement des règles dites de droit commun de la preuve, dès lors qu'elle s'attache à ce que les juges du fond vérifient que le salarié demandeur présente des éléments, établis dans leur matérialité, laissant supposer l'existence d'une discrimination. À défaut de quoi le salarié succombe dans ses prétentions.

Il est bien entendu que le salarié n'a pas à prouver que la discrimination existe, mais il ne peut se contenter de simples affirmations. Le salarié doit apporter des éléments de faits qui existent, qui en eux-mêmes ne sont

<sup>24</sup> Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-45.258, *Bull.* 2000, V, n° 126.

<sup>25</sup> Selon l'article 4 de la directive « *1. Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. 2. La présente directive n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie défenderesse. 3. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente* ».

<sup>26</sup> Le point 3 de l'article 10 écarte logiquement la procédure pénale, mais les points 2 et 4 réservent la possibilité pour les États d'opter pour des mécanismes probatoires plus favorables ainsi que la possibilité d'écarter le principe posé par le point 1 lorsque « *l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente* ».

<sup>27</sup> La transposition sera complétée en 2002 (loi du 17 janvier dite de modernisation sociale), en 2005 (loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique) et en 2008 (loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations).

pas nécessairement la preuve directe de la discrimination, mais ces faits peuvent constituer autant d'indices, de soupçons d'une discrimination, à charge ensuite pour l'employeur de prouver que ces éléments sont étrangers à toute discrimination, et le juge est invité à former sa conviction avec cet ensemble. C'est pourquoi sont régulièrement approuvées les cours d'appel qui déboutent les salariés de leurs demandes fondées sur la discrimination dès lors qu'ils n'établissent pas la matérialité d'éléments de faits précis et concordants laissant supposer l'existence d'une discrimination<sup>28</sup>.

La problématique de la preuve en matière de harcèlement a commencé par être semblable à celle mise en œuvre en présence d'une invocation de harcèlement.

**Preuve du harcèlement.** Lors de l'introduction de l'article L. 122-52 du code du travail<sup>29</sup>, cet article prévoyait qu'en cas de litige en matière de harcèlement sexuel ou moral, le salarié concerné « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements [...] ». La rédaction initiale de l'article L. 122-52 était donc la même que l'article L. 122-45, alinéa 4, concernant la discrimination introduite par la loi du 16 novembre 2001.

Le Conseil constitutionnel avait alors, dans sa décision du 12 janvier 2002 n° 2014-55 DC, émis une réserve d'interprétation (point 89) de cet article 169 en considérant que « les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail ; qu'ainsi, la partie défenderesse sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés [...] qu'en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige ; que, sous ces strictes réserves d'interprétations, les articles 158 et 169 ne méconnaissent pas le principe constitutionnel du respect des droits de la défense ».

**L'action combinée du législateur et du juge.** L'article L. 122-52 a été modifié par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 (article 4). À lire les travaux préparatoires de la loi, les objectifs du législateur étaient de rapprocher le droit français des directives européennes, de tirer toutes les conséquences des réserves d'interprétation exprimées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2001-45 DC du 12 janvier 2002 sur la loi de modernisation sociale et de tenir compte du risque avéré de recours manifestement abusifs. La rédaction adoptée par la loi de 2003 a donc été celle de l'article L. 1154-1<sup>30</sup>, prévoyant qu'en cas de litige en matière de harcèlement sexuel ou moral, la personne qui se dit victime de harcèlement « établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement » et, « au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

La formulation adoptée explique sans doute la confusion observée chez certains juges du fond qui ont pu voir dans l'obligation d'établir les faits la nécessité d'établir des faits de harcèlement là où, en réalité, les salariés devaient simplement établir matériellement des faits qui, analysés dans leur ensemble, laissent présumer l'existence d'un harcèlement.

Une mise en ordre s'imposait, ce que fit la chambre sociale de la Cour de cassation par quatre arrêts du 24 septembre 2008<sup>31</sup> exprimant le souci d'harmoniser les décisions des différentes cours d'appel, par l'exercice d'un contrôle de qualification et de la bonne application du régime probatoire, en le découpant en trois phases rationnelles. Dans une première phase, le salarié doit établir la matérialité des faits qu'il invoque<sup>32</sup>. Dans un

<sup>28</sup> Soc., 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-14.070 : « la cour d'appel, devant qui les salariés revendiquaient le bénéfice de la classification ainsi que l'alignement de leur salaire sur ceux des collègues dont ils assureraient le remplacement temporaire, a, sans inverser la charge de la preuve, relevé que les intéressés n'apportaient aucun élément ni sur le contenu de leurs fonctions permettant de vérifier qu'ils avaient effectivement réalisé l'intégralité des missions des agents remplacés ni sur l'ancienneté et le parcours professionnel de ces derniers justifiant une valorisation progressive de leur carrière qui ne pouvait être revendiquée d'emblée dès la première embauche » ; Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2015, pourvoi n° 14-11.459 : « Mais attendu qu'appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a relevé que le salarié ne produisait aucun élément de nature à révéler un exercice effectif d'une activité syndicale ou à signaler son appartenance au syndicat CFDT, et que même s'il avait justifié dès la première instance de son adhésion à ce syndicat du deuxième semestre 1978 jusqu'en 1986, les attestations produites en appel ne révélaient aucun fait précis, circonstancié et daté quant à la réalité de son activité militante qui aurait été connue de l'employeur et qui laisserait présumer l'existence d'une discrimination syndicale directe ou indirecte ; qu'elle a, par ces seuls motifs, non critiqués par le pourvoi, légalement justifié sa décision » ; Soc., 23 septembre 2015, pourvoi n° 14-12.328 : « Mais attendu que la cour d'appel, après avoir examiné l'ensemble des faits invoqués par la salariée, a constaté que celle-ci n'établissait la matérialité d'aucun élément de fait précis et concordant laissant supposer l'existence d'une discrimination, et a ainsi par ces seuls motifs légalement justifié sa décision ».

<sup>29</sup> Article 169 de la loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002.

<sup>30</sup> Avant la modification de 2016.

<sup>31</sup> Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 06-45.747, Bull. 2008, V, n° 175 (« Qu'en se déterminant ainsi, sans tenir compte de l'ensemble des éléments établis par la salariée, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des textes susvisés »), n° 06-43.504, Bull. 2008, V, n° 175 (« Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 122-52 du code du travail, applicable, d'une part, à l'article L. 122-46 en matière de discrimination, d'autre part, à l'article L. 22-49 en matière de harcèlement, et interprété à la lumière de la directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, que dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement »), n° 06-46.517, Bull. 2008, V, n° 177 (« la cour d'appel, appréciant la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, a relevé que M. X..., cadre, avait eu un comportement, dénoncé par sa subordonnée mineure, consistant à tenter de l'embrasser contre son gré sur le lieu du travail, à l'emmener à son domicile en renouvelant à cette occasion des avances de nature sexuelle et à l'appeler fréquemment par téléphone en dénigrant la relation affectueuse que celle-ci entretenait avec un tiers, provoquant par ces agissements angoisse et même dépression ; qu'en l'état de l'ensemble de ces motifs, elle a caractérisé un harcèlement sexuel constitutif d'une faute grave qu'elle a estimé être la cause du licenciement »), adde, Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-45.579, Bull. 2008, V, n° 175.

<sup>32</sup> Soc., 7 mars 2012, pourvoi n° 10-18.777 ; Soc., 27 juin 2012, n° 11-11.090 ; Soc., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-16.201 ; Soc., 29 juin 2016, pourvoi n° 14-28.838 ; Soc., 29 mars 2017, pourvoi n° 15-28.228.

deuxième temps, les juges doivent analyser les faits invoqués par le salarié dans leur ensemble<sup>33</sup> et les apprécier dans leur globalité afin de déterminer s'ils permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral<sup>34</sup>. C'est dans cette phase délicate que s'est manifesté de la façon la plus nette le contrôle de la Cour de cassation. Celle-ci s'est attachée à vérifier que les juges du fond n'exigeaient pas à ce stade la preuve de faits établissant directement le harcèlement, mais seulement la preuve de faits qui dans leur ensemble constituaient un faisceau d'indices laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Dans la troisième phase et dans l'affirmative, il incombe alors à l'employeur de prouver que les agissements établis ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et que les décisions prises à l'égard du salarié sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement<sup>35</sup>. Il apparaît dès lors que, malgré la différence sémantique, le régime probatoire du harcèlement et celui de la discrimination avaient convergé.

La rationalisation de la preuve engendrée par les arrêts de 2008 et les arrêts ultérieurs ayant porté ses fruits, la Cour de cassation allait au cours de l'année 2016 décider de réduire son contrôle<sup>36</sup> en matière de harcèlement en conférant au juge un pouvoir souverain, tant dans l'appréciation de la matérialité des faits que sur leur nature, ainsi que sur la valeur des éléments produits par l'employeur pour établir, le cas échéant, que les faits litigieux sont étrangers à tout harcèlement moral<sup>37</sup>. Pour autant, allègement du contrôle ne signifie pas abandon de tout contrôle et la chambre sociale précise que si le juge est souverain, c'est sous réserve d'exercer son office dans les conditions prévues par la loi. On ne peut exprimer plus clairement que le processus probatoire tel que fixé par l'article L. 1154-1 du code du travail doit être respecté<sup>38</sup>.

**Une nouvelle modification en 2016.** Alors que le point d'équilibre paraissait avoir été trouvé, l'article 3 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 est venu à nouveau modifier l'article L. 1154-1 pour remplacer les mots « *établit des faits qui permettent de présumer* » par les mots « *présente des éléments de fait laissant supposer* ». Le nouveau changement de vocabulaire est-il de nature à changer la donne et à exercer un impact sur le mécanisme probatoire ? Les juges du fond devront-ils faire le pas, dans la première phase du mécanisme probatoire, d'accepter une simple présentation de faits précis et concordants au sens littéral, c'est-à-dire sans exiger la preuve de leur existence, pour les apprécier dans leur ensemble et considérer s'ils laissent ou non présumer l'existence d'un harcèlement ? Le risque est grand de tomber dans une véritable inversion de la charge de la preuve et de laisser par là-même libre cours à des recours abusifs. Les débats parlementaires peuvent nous donner quelques indications. L'article 3 de la loi du 8 août 2016 résulte d'un amendement présenté par Catherine Coutelle, présidente de la délégation aux droits de la femme, qui mit en avant les arguments défendus par l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT), suivant lesquels « *établir des faits renvoie à une démonstration et au-delà de la simple présentation, ce qui bien évidemment vient amoindrir les chances du plaignant de voir sa plainte aboutir car il est généralement très difficile d'apporter des preuves tangibles et directes dans le cas de harcèlement* », et de souligner « *qu'au cours des procédures sociales pour harcèlement sexuel, les employeurs arguent de cette différence de rédaction pour faire valoir la nécessité de rapporter des preuves directes du harcèlement sexuel (des faits), alors que dans le cadre des discriminations les victimes n'auraient qu'à établir un faisceau de présomptions composé de preuves indirectes ("les éléments de faits"), alors même que l'intention du législateur européen était précisément que les salariés n'aient pas à apporter de preuve complète* ». Les rapporteurs du Sénat considérèrent que « *l'alignement du régime probatoire du harcèlement sexuel sur celui prévu pour les discriminations est de nature à faciliter les condamnations pour harcèlement, trop peu nombreuses, et restaurer la confiance des victimes dans la justice* ».

Ces arguments nous semblent correspondre aux exigences actuelles de la chambre sociale dans la jurisprudence dont la caractéristique première est d'opérer un rapprochement du régime probatoire de la discrimination et du harcèlement. À vrai dire, il ressort des débats que la préoccupation principale semble avoir été celle du harcèlement sexuel<sup>39</sup> et il est vrai qu'en la matière, il est sans doute encore plus difficile pour la victime d'établir des faits laissant supposer son existence qu'en présence d'une suspicion de discrimination ou de harcèlement moral. En effet, établir des différences de rémunération ou d'évolution de carrière est peut-être difficile, mais reste un objectif atteignable en matière de discrimination. De même qu'en matière de harcèlement moral, il n'est pas impossible d'établir des faits tels que des changements incessants de bureau, le fait d'être écarté de réunion, de mettre en lumière un mode de management que d'autres salariés pourront dénoncer, etc., etc. En revanche, apporter un faisceau d'indices de comportements sexuels déviants, qui se jouent nécessairement dans l'intimité et à l'abri de tous les regards, est bien plus délicat. D'ailleurs, nous constatons à la Cour, dans les dossiers de harcèlement sexuel, que la personne qui invoque un harcèlement de ce type n'a le plus souvent qu'une histoire à raconter, étayée de certificats médicaux manifestant son trouble. Quand des témoignages sont produits, ils rapportent le plus souvent les propos de la victime.

Par cette modification de rédaction du texte consécutive à la loi du 8 août 2016, les juges sont-ils invités à faire l'effort, pour se forger une conviction, de se contenter de ces premiers éléments pour analyser ensuite les éléments de preuve apportés par l'employeur pour démontrer que ces faits s'expliquent par une autre cause que le harcèlement dénoncé ? Dans cette perspective, la chambre sociale n'aurait peut-être pas véritablement à

<sup>33</sup> Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.766, *Bull.* 2001, V, n° 30 ; Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.766, *Bull.* 2012, V, n° 170 ; Soc., 26 novembre 2014, pourvoi n° 13-22.020 ; Soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-23.603 ; Soc., 6 avril 2016, pourvoi n° 14-15.419 ; Soc., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-27.578.

<sup>34</sup> Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 10-20.759 ; Soc., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.340 ; Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-26.255 ; Soc., 7 avril 2016, pourvoi n° 14-28.250 ; Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-10.737.

<sup>35</sup> Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.766, *Bull.* 2012, V, n° 170 ; Soc., 15 juin 2016, pourvoi n° 14-24.022 ; Soc., 3 mai 2016, pourvoi n° 14-26.250 ; Soc., 19 mai 2016, pourvoi n° 14-27.029, publié au *Bulletin* ; Soc., 1<sup>er</sup> mars 2017, pourvoi n° 15-16.882.

<sup>36</sup> Soc., 8 juin 2016, n° 14-13.418, publié au *Bulletin*.

<sup>37</sup> Soc., 29 juin 2016, pourvoi n° 15-11.054 ; Soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-16.834 ; Soc., 22 mars 2017, pourvoi n° 15-26.838.

<sup>38</sup> Soc., 21 avril 2017, pourvoi n° 15-26.205 ; Soc., 2 février 2017, pourvoi n° 15-27.336.

<sup>39</sup> À tel point que le Sénat avait, en première lecture, adopté un amendement faisant la distinction entre le régime de la preuve en matière de harcèlement sexuel et celui qui s'applique en matière de harcèlement moral.

revenir sur la construction jurisprudentielle élaborée en matière de régime probatoire du harcèlement, mais serait sans doute conduite à exercer une vigilance toute particulière sur la nature et la portée des éléments de faits exigés des salariés en matière de harcèlement sexuel... Le débat n'en reste pas moins ouvert...

Les règles probatoires instaurées en matière de discrimination et de harcèlement procèdent du constat de l'inégalité du rapport individuel de travail. Un autre facteur complémentaire, quoique distinct du précédent, vient impacter la mise en œuvre du droit de preuve. Il s'agit du pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur.

### **B. - Le biais introduit par le pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur : l'enjeu des règles probatoires des heures supplémentaires et du licenciement économique**

Il serait sans doute possible de multiplier ici les exemples. Le choix opéré - qui comporte, on le concédera volontiers une part d'arbitraire - tend à mettre en évidence, d'une part, la lecture par le juge d'une règle légale laissant transparaître l'idée d'un partage de la preuve et, d'autre part, l'appréhension probatoire d'une situation où l'existence d'un pouvoir de direction et d'organisation est corrélée à des obligations pesant sur le titulaire de ce pouvoir.

**Preuve des heures effectuées.** Selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige portant sur l'existence ou le nombre d'heures de travail accomplies (qui va déterminer le nombre d'heures supplémentaires), il appartient à l'employeur de fournir « *les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* ». Le texte précise alors qu'« *au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles*<sup>40</sup> ».

*A priori*, on peut déduire de ce texte que la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties et que le juge doit former sa conviction sur les éléments apportés tant par l'employeur que le salarié, ce que l'on a parfois traduit en invoquant l'existence en la matière d'un « *partage de la preuve* ».

La chambre sociale de la Cour de cassation a cependant précisé qu'il appartient au salarié de fournir préalablement au juge les éléments de nature à étayer sa demande<sup>41</sup>. Une telle solution ne remet pas en cause la règle du partage de la preuve, mais signifie que pour que la règle s'applique pleinement, il incombe au salarié, employé pour un horaire normal et réputé accomplir cet horaire, de produire des éléments même très sommaires au soutien de sa prétention. En réalité, ne pas avoir cette petite exigence et admettre que pourrait prospérer la seule allégation par le salarié de l'accomplissement d'heures supplémentaires, même non étayée par le moindre élément et se heurtant à une dénégation de l'employeur, reviendrait à inverser la charge de la preuve. Aussi, c'est la raison pour laquelle la chambre sociale approuve régulièrement les juges du fond qui écartent les demandes du salarié qui ne sont pas suffisamment étayées<sup>42</sup>.

**Preuve en matière de licenciement économique.** En cas de contestation du bien-fondé d'un licenciement pour motif économique, il semble logique de considérer que le régime de la preuve obéit aux règles de l'article L. 1235-1. C'est donc à chacune des parties de produire et de fournir au juge les éléments sur le caractère réel et sérieux du licenciement et à partir desquels le juge formera sa conviction. Il n'en reste pas moins que le motif invoqué doit d'abord répondre à la définition légale du code du travail.

Or, c'est nécessairement à l'employeur, qui se prévaut d'un tel motif et qui, par hypothèse, détient les éléments propres à le justifier<sup>43</sup>, qu'il revient d'établir les éléments constitutifs d'un motif économique de licenciement. La chambre sociale l'a récemment réaffirmé dans un arrêt avec une motivation développée dans laquelle elle rappelle qu'« *il appartenait de vérifier le caractère réel et sérieux du motif économique tel qu'invoqué dans la lettre de licenciement au regard du périmètre pertinent pour son appréciation* » et que « *la lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur ; que cette obligation légale a pour objet de permettre au salarié de connaître les motifs de son licenciement pour pouvoir éventuellement les discuter et de fixer les limites du litige quant aux motifs énoncés*<sup>44</sup> ». Il n'y a là rien d'une inversion de la charge de la preuve, car la cause économique étant légalement définie, il est logique que ce soit à l'employeur qui prend l'initiative du licenciement économique de justifier que cette cause économique est constituée.

S'agissant du respect par l'employeur de son obligation de reclassement imposé par l'article L. 1233-4 du code du travail, il est constant que cette obligation est une obligation de moyens<sup>45</sup>. L'employeur est débiteur d'une obligation de tenter par tous moyens le reclassement du salarié. Or, il incombe normalement au créancier d'une obligation de moyens de justifier qu'il n'y a pas été satisfait par son débiteur. Pourtant, la jurisprudence considère qu'il s'agit là d'une obligation de moyens renforcée et que c'est à l'employeur, tenu de cette obligation, de justifier qu'il y a satisfait<sup>46</sup>. Ce qu'il peut faire en établissant l'absence de poste disponible à l'époque du licenciement<sup>47</sup> ou encore en montrant que des propositions personnalisées, précises et concrètes de reclassement, correspondant à leur qualification, ont été faites aux salariés les ayant refusées<sup>48</sup>. Nul doute que ce qui sous-tend cette jurisprudence est l'aptitude à la preuve.

<sup>40</sup> L'alinéa 3 du texte dispose que « *si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable* ».

<sup>41</sup> Soc., 25 février 2004, pourvoi n° 01-45.441, *Bull.* 2004, V, n° 62.

<sup>42</sup> Soc., 9 avril 2015, pourvoi n° 13-26.084 ; Soc., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-20.795.

<sup>43</sup> Puisque c'est sa décision de gestion tirée des nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise.

<sup>44</sup> Soc., 3 mai 2016, pourvoi n° 15-11.046, publié au *Bulletin*.

<sup>45</sup> Les remarques qui suivent peuvent être pour l'essentiel transposées au cas du licenciement pour inaptitude médicale, encore que l'évolution récente de la législation permette au médecin du travail, dans son avis d'inaptitude, de « dispenser » en quelque sorte l'employeur de toute recherche de reclassement.

<sup>46</sup> Soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 10-14.625.

<sup>47</sup> Soc., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-42.102 ; Soc., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-23.487 ; Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-11.407 ; Soc., 5 février 2014, pourvoi n° 12-28.745 ; Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-12.049, *Bull.* 2014, V, n° 164 ; Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-21.414.

<sup>48</sup> Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-45.519 ; Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-67.333 ; Soc., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-21.873 ; Soc., 9 avril 2014, pourvoi n° 12-29.827.



Néanmoins, la chambre sociale se trouve actuellement confrontée à des difficultés relatives à la charge de la preuve du périmètre de reclassement. Comme chacun le sait, le critère déterminant du groupe de reclassement n'est pas le lien capitalistique, mais la permutabilité du personnel entre les entreprises rendue possible par l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation de celles-ci<sup>49</sup>.

La problématique est alors la suivante : l'employeur justifie des efforts de recherches de postes disponibles dans un périmètre de reclassement qu'il va nécessairement déterminer préalablement au licenciement. En cas de contestation du bien-fondé du licenciement, le salarié peut remettre en cause ce périmètre de recherche préalablement défini par l'employeur. Dans ce cas, le salarié doit-il apporter la preuve d'une permutabilité de personnel dans un périmètre plus large que celui retenu par l'employeur, ou simplement des éléments de faits laissant supposer une permutabilité, ou encore appartient-il à l'employeur de démontrer l'absence de permutation de personnel dans le périmètre allégué par le salarié ?

À cette problématique de la preuve, est sous-jacente celle de la notion de groupe de reclassement, entendu comme un périmètre de permutation de personnel. Cette conception qui dépasse les liens financiers entre les entreprises ainsi que la notion de groupe au sens « classique », telle que retenue pour l'appréciation du motif économique, va sans doute présenter dans les années à venir l'avantage de « l'agilité ». Elle devrait permettre l'adaptation de l'obligation aux différents modes d'organisations économiques et de conditions de travail et d'assurer au salarié une recherche sérieuse de reclassement. En revanche, elle présente ce risque d'étendre le groupe de reclassement à des périmètres quelque peu irréalistes et de faire perdre à l'obligation de reclassement son efficacité<sup>50</sup>. Il est clair que la chambre sociale est de plus en plus vigilante sur le fait que les juges du fond caractérisent cette permutation de personnel par des éléments tangibles et elle opère un contrôle sur ce point<sup>51</sup>. Toutefois, les juges procèdent à cette caractérisation, avant tout, avec les éléments produits aux débats par les parties. La difficulté apparaît lorsque le salarié allègue d'un périmètre différent de celui de l'employeur sans apporter d'éléments précis. La question substantielle du reclassement apparaît dès lors indissolublement liée à l'option qui sera prise sur la mise en œuvre du mécanisme probatoire.

Pour résoudre cette difficulté, la chambre sociale doit se soumettre à une double exigence : ne pas imposer à l'employeur une preuve quasi impossible à rapporter de « l'impossibilité de permutation » et dans le même temps, ne pas imposer au salarié une preuve complète de ce qu'il avance pour contester le sérieux des recherches de reclassement.

Dans un arrêt récent rendu en matière de licenciement économique, le salarié prétendait que l'obligation de reclassement s'étendait dans tout le réseau de distribution auquel appartenait l'employeur. La chambre sociale a alors jugé que « ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives au périmètre du groupe de reclassement la cour d'appel qui, appréciant les éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, a constaté qu'il n'était pas démontré que l'organisation du réseau de distribution auquel appartenait l'entreprise permettait entre les sociétés adhérentes la permutation de tout ou partie de leur personnel<sup>52</sup> ». Ainsi, sans énoncer clairement un système de preuve partagée sur le périmètre du groupe de reclassement, la solution adoptée par la chambre sociale en matière de licenciement pour motif économique implique malgré tout que le salarié apporte des éléments tendant à démontrer qu'une permutabilité des emplois est possible avec telle ou telle société. Les juges du fond ne peuvent pas déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse aux seuls motifs que le salarié fait valoir que le périmètre du groupe de reclassement était plus large, sans apporter plus d'éléments, et que l'employeur n'apporte pas la preuve contraire, preuve négative qui serait en tout état de cause difficile à apporter.

Des quelques illustrations qui précèdent s'induit le constat que la question probatoire est au cœur de ce que l'on pourrait présenter, en paraphrasant Motulsky<sup>53</sup>, comme une « réalisation méthodique » du droit du contrat de travail. Les articles 6 (« À l'appui de leurs prétentions, les parties ont **la charge d'alléguer les faits propres à les fonder** ») et 9 (« Il incombe à chaque partie de **prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention** ») du code de procédure civile structurent le champ probatoire en droit du travail comme ailleurs. Mais en droit du travail, la reconnaissance d'un droit fondamental à la preuve et surtout la mise en œuvre de ce droit participent de la matière elle-même en contribuant à la réintroduction d'une égalité mise à mal par la subordination.

## 2. Reconnaître un droit fondamental à la preuve et le mettre en pratique

Si la question de la preuve déborde largement le seul domaine du droit et du droit processuel en particulier<sup>54</sup>, elle s'inscrit ici résolument dans le champ du procès. Dans ce cadre, le salarié supporte, outre la subordination qui caractérise la relation de travail, un autre handicap résultant du fait qu'il est la plupart du temps en situation de

<sup>49</sup> Soc., 5 avril 1995, pourvoi n° 93-42.690, *Bull.* 1995, V, n° 123 ; Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-42.381, *Bull.* 2009, V, n° 57 ; Soc., 9 décembre 2015, pourvoi n° 14-21.672.

<sup>50</sup> Par exemple s'agissant d'une fédération de mutuelles, la chambre sociale a rappelé que l'adhésion d'une mutuelle de santé à une fédération nationale n'entraîne pas en soi la constitution d'un groupe au sens des dispositions de l'article L. 1233-4 du code du travail pour censurer une cour d'appel qui avait retenu l'existence d'un groupe de reclassement entre les mutuelles adhérentes à la Fédération nationale de la Mutualité française, sans préciser en quoi leurs activités, organisation ou lieu d'exploitation leur permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 13-23.573, *Bull.* 2015, V, n° 26). De même, elle a récemment rappelé que l'adhésion à un GIE n'entraînait pas, en soi, la constitution d'un groupe au sens des articles L. 1226-2 et L. 1233-4 du code du travail, pas plus qu'un ordre professionnel ne constituait un groupe de reclassement (Soc., 20 janvier 2016, pourvoi n° 14-18.416). Dans le même sens, a été jugé que la seule affiliation d'une association Ogec à l'union départementale et régionale ne constituait pas en soi un groupe (Soc., 9 mars 2017, pourvoi n° 15-26.274), pas plus que l'adhésion d'une union locale CGT à une union départementale et à des organes confédéraux (Soc., 7 mars 2017, pourvoi n° 15-23.038, publié au *Bulletin*).

<sup>51</sup> Soc., 19 février 2014, pourvoi n° 12-22.709 ; Soc., 16 mars 2016, pourvoi n° 14-16.931 ; Soc., 9 mars 2017, pourvoi n° 15-23.256.

<sup>52</sup> Soc., 16 novembre 2016, pourvois n° 14-30.063 et n° 15-19.927, publiés au *Bulletin*.

<sup>53</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (1948), réédit. Dalloz, 1991, Nouvelle réédit. Dalloz, 2002.

<sup>54</sup> E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *op. cit.*, n° 11, p. 13 ; sur les rapports entre les théories de la preuve et les théories du procès, *ibid.*, n° 154 et s. ; X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994, Coll. « Droit et économie du procès civil », LGDJ, 2010.

demandeur initial. Dès lors, une application rigoureuse du principe selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur ajouterait à l'inégalité de fait et de droit dans laquelle il se trouve par l'effet même du contrat à l'origine du contentieux et de la situation à laquelle ce contrat a donné naissance.

En fait, le salarié est confronté à deux redoutables défis. Le premier porte sur l'accès aux éléments devant lui permettre de soutenir sa prétention. C'est à ce stade que l'inégalité de droit et de fait entre les parties se donne le mieux à voir et exige la mise en œuvre de mécanismes de correction probatoire. Le second défi concerne l'utilisation des éléments de preuve ainsi obtenus. Le recours au principe de proportionnalité permet alors au juge de trancher, d'un point de vue strictement technique, le conflit de normes susceptible d'apparaître en faveur de la reconnaissance d'un droit à la preuve que la Cour européenne des droits de l'homme protège par ailleurs au titre du droit à un procès équitable<sup>55</sup>.

#### A. - Accéder aux éléments probants

S'agissant de l'accès aux éléments de preuve, l'employeur dispose **d'un avantage concurrentiel** qui tient, d'une part, à la maîtrise des lieux (l'entreprise) où se trouvent les éléments factuels de preuve et, d'autre part, aux pouvoirs de direction et d'organisation attachés, en droit contemporain, à la qualité même d'employeur.

C'est ainsi que l'employeur peut librement accéder aux éléments qui se trouvent matériellement dans les lieux où le contrat est exécuté ou sur des supports attachés à l'exercice de l'activité professionnelle, lesquels sont présumés professionnels et lui sont en conséquence accessibles. La question a donné lieu à une jurisprudence abondamment commentée relative à la possibilité pour l'employeur d'accéder aux données se trouvant sur l'ordinateur du salarié ou encore sur le téléphone portable professionnel de ce dernier<sup>56</sup>. Le principe est désormais bien arrêté selon lequel, sauf si le salarié identifie clairement les données comme personnelles, l'employeur dispose de la faculté d'y accéder. Bien plus même, les données normalement soustraites aux investigations de l'employeur peuvent être « craquées » par l'utilisation de l'article 145 du code de procédure civile et la mise en œuvre de mesures d'instruction *in futurum*<sup>57</sup>.

En réalité, la seule limite à la collecte par l'employeur d'éléments de preuve en faveur de sa prétention résulterait soit d'une déloyauté dans l'acquisition de la preuve, notamment en mettant en œuvre des procédés de contrôle clandestin ou sans information préalable du salarié, soit d'un défaut d'information préalable des IRP, ou encore du non-respect des obligations de déclaration à la Commission nationale informatique et libertés<sup>58</sup>. Ainsi l'accès à la preuve est-il grandement facilité pour l'employeur par l'effet même du caractère subordonné de la relation de travail, comme en témoigne une décision du 5 novembre 2014<sup>59</sup> selon laquelle « *le contrôle de l'activité d'un salarié, au temps et au lieu de travail, par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission, ne constitue pas, en soi, même en l'absence d'information préalable du salarié, un mode de preuve illicite* », la Cour de cassation approuvant une cour d'appel d'avoir considéré comme moyens de preuve licites des rapports « *suivi contrôleurs* » après avoir « *relevé que le contrôle organisé par l'employeur, confié à des cadres, pour observer les équipes de contrôle dans un service public de transport dans leur travail au quotidien sur les amplitudes et horaires de travail, était limité au temps de travail et n'avait impliqué aucune atteinte à la vie privée des salariés observés* ».

La restauration de l'égalité passe donc indirectement par le contrôle des accès par l'employeur à la preuve associé à une certaine souplesse dans l'admission de l'accès à la preuve du salarié, comme le montre la décision de la chambre sociale du 9 novembre 2016 qui, au visa des articles L. 3171-2 du code du travail, 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile, considère que le premier de ces textes, qui autorise « *les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective* », n'interdit ni aux délégués d'en prendre une copie ni à un syndicat de produire ces documents en justice et « *que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* ». Dans le même temps, non seulement le salarié est autorisé à produire tout élément dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions, à la condition que ces éléments soient utiles à l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'un contentieux prud'homal, mais il dispose, tout autant que l'employeur, de la faculté de s'appuyer sur l'article 145 du code de procédure civile sans que puisse lui être opposé le respect de la vie personnelle des autres salariés ou le secret des affaires, pour peu que la preuve soit utile à l'établissement de la validité de ses prétentions et que l'atteinte éventuelle à la vie personnelle soit en définitive proportionnée<sup>60</sup>. Comme le rappelle récemment une décision du 7 décembre 2016<sup>61</sup>, « *le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un*

<sup>55</sup> G. Loiseau, « Le droit à la preuve face aux secrets », *RJS* 2017, p. 83.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 83 et la jurisprudence citée.

<sup>57</sup> Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-17.818, *Bull.* 2007, V, n° 84, qui, au visa des articles 145 du code de procédure civile, ensemble les articles 9 du code civil et L. 120-2 du code du travail, estime dans un contexte où il est relevé que l'employeur avait des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyales que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ».

<sup>58</sup> Soc., 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-14.991, *Bull.* 2014, V, n° 230.

<sup>59</sup> Soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-18.427, *Bull.* 2014, V, n° 255.

<sup>60</sup> Soc., 19 décembre 2012, pourvoi n° 10-20.526, *Bull.* 2014, V, n° 341 (« *Mais attendu que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées [...] que la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer* »).

<sup>61</sup> Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 14-28.391.

*motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées [...] c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que la société détenait des documents nécessaires à la protection des droits du salarié, qu'elle refusait de communiquer, a retenu que l'intéressé justifiait d'un motif légitime à obtenir la communication desdits documents sous astreinte* ». Cette décision fait écho à un arrêt antérieur de quelques semaines<sup>62</sup> qui, sous le visa emblématique de « l'article 145 du code de procédure civile, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », rappelle à la juridiction du fond « qu'il lui appartenait de vérifier si les mesures demandées étaient nécessaires à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicitait et ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés ».

Faciliter l'accès aux éléments de preuve ne constitue en réalité qu'une étape dans la recherche d'un rééquilibrage de la situation des parties au procès, dont il faut rappeler qu'il doit être « équitable ». En effet, dire qu'une partie peut accéder à ces éléments ou dire que l'accès à la preuve est licite ne signifie pas nécessairement que l'usage ou l'utilisation de la preuve ainsi acquise soit lui-même licite.

## **B. - Utiliser les éléments de preuve**

La distinction est clairement apparente dans les décisions relatives à l'utilisation par l'employeur d'informations qu'il a pu collecter en raison même de ses prérogatives. Comme l'exprime la Cour de cassation, « [...] le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser à son encontre dans une procédure judiciaire s'ils s'avèrent relever de sa vie privée<sup>63</sup> ». Que les éléments probatoires soient acquis par le truchement de l'article 145 du code de procédure civile ou non et même s'il faut convenir que l'utilisation du texte offre une sorte de brevet de licéité, il apparaît que la notion de proportionnalité est devenue la pierre angulaire d'un véritable droit à la preuve au sein du contentieux de la relation de travail.

Manifeste au stade de la collecte des éléments probatoires, comme on l'a vu, le phénomène l'est plus encore au stade de l'utilisation de ces éléments au soutien des prétentions des parties, comme en témoignent les décisions rendues en novembre et décembre 2016 déjà citées. C'est qu'au stade de la production de ces éléments, le juge est appelé à arbitrer entre deux droits qui peuvent chacun se revendiquer d'appartenir au champ des droits fondamentaux : le droit de faire valoir ses prétentions devant un juge, que l'on peut rattacher au droit au juge, et le droit au respect de la vie personnelle et de la vie privée, voire demain le droit au secret des affaires.

Cet arbitrage ne peut pas ne pas tenir compte du caractère subordonné de la relation de travail et de la situation probatoire défavorable dans laquelle se trouve le salarié dans son accès à la preuve. C'est alors que la dynamique probatoire engendrée par le recours à la proportionnalité donne son plein effet. Sans doute les éléments produits doivent-ils être nécessaires à l'exercice de son action par celui qui revendique des droits, comme le rappelle la Cour de cassation dans sa décision du 16 novembre 2016<sup>64</sup>, mais le contrôle de proportionnalité exige une comparaison du droit à la preuve et de l'atteinte à la vie privée. Dans cette comparaison, se réinfiltraient les deux paramètres que sont le constat de la subordination et le respect de l'ordre public (comme le montre au demeurant la référence, dans un arrêt du 9 novembre 2016, au respect d'une décision de justice relative au travail dominical).

Alors, dérogoratoire au droit de la preuve, le droit du travail ? Sans doute moins qu'on ne l'imagine si l'on veut bien considérer qu'en cette matière comme en tant d'autres, le droit de la preuve est au droit substantiel ce que le carburant est au véhicule, c'est-à-dire la condition même de son usage.

<sup>62</sup> Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-17.163.

<sup>63</sup> Soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-25.706.

<sup>64</sup> Soc., 16 novembre 2016, *op. cit.*

# Les dérogations en droit du travail

## Le recours à l'accord dérogatoire

Françoise Favennec-Héry, professeur à l'université Paris-II

Raphaël Weissmann, avocat général référendaire à la chambre sociale  
de la Cour de cassation

Est dérogatoire ce qui écarte, dans des limites déterminées, la règle normalement applicable. Cela se dit d'une loi d'exception qui se singularise du droit commun. Cela vise principalement une convention particulière (collective ou individuelle) par laquelle les parties se soustraient à l'application d'une disposition légale. Ce sont uniquement les conventions et accords dérogatoires qui retiendront notre attention dans les relations qu'ils entretiennent avec la loi ou les autres accords. Les relations entre accord collectif et contrat de travail, qui suscitent de vives discussions, ne relèvent pas de la technique de la dérogation.

S'agissant des accords dérogatoires en droit du travail, le professeur Yves Chalaron<sup>1</sup>, dans un article remarqué, avait cerné la notion d'accord dérogatoire à partir d'une double éviction : une disposition conventionnelle n'est dérogatoire que si elle s'affranchit et du principe de faveur et de l'intangibilité des règles d'ordre public<sup>2</sup>. Et dès lors, un accord n'est dérogatoire que si la norme qu'il écarte présente un caractère d'impérativité et si la loi l'autorise à substituer à cette norme une disposition qui peut être ou ne pas être plus favorable aux salariés. La dérogation peut être apportée à la loi ou à un autre accord collectif s'il est assorti d'un certain degré d'impérativité (ANI, accord collectif de branche qui s'est vu reconnaître ou a organisé sa propre impérativité).

L'expression « accord dérogatoire » vise parfois des accords dérogatoires quant aux parties à l'accord. Ils sont conclus avec des acteurs autres que les délégués syndicaux, à savoir les membres élus du personnel ou les salariés mandatés. Ceci concerne un autre type de questions qui ne sera pas ici abordé.

Enfin la dérogation peut intervenir « *in melius* » ou « *in pejus* ». C'est un élément qui n'est pas à prendre en compte.

Ces précisions terminologiques et conceptuelles étant faites, l'accord dérogatoire en droit du travail est une question ancienne. Si c'est surtout dans le domaine de la durée du travail<sup>3</sup> que le législateur en a fait usage, son champ a été étendu au point d'en atténuer les caractéristiques propres. Il y est également fait appel entre accords collectifs : l'accord d'entreprise évince l'accord de branche, l'accord de groupe écarte l'accord d'entreprise, qui s'impose à l'accord d'établissement, etc., peu important qu'il soit plus ou moins favorable au salarié. Le caractère dérogatoire de l'accord a dès lors un effet et sur la mise à l'écart de la norme légale, et sur l'articulation des accords collectifs entre eux.

Or, à ces deux égards, la loi du 8 août 2016 apporte des changements apparents. Dans les rapports loi-accord collectif, la notion de dérogation fait place à celle de répartition entre le domaine de la loi et celui du droit conventionnel. Le Conseil constitutionnel avait jusqu'alors exclu de dégager du principe de participation de l'alinéa 8 du préambule de 1946 une priorité d'intervention au profit de la négociation collective. À la différence d'autre pays<sup>4</sup>, il n'y avait pas de sphère réservée à la négociation collective. Les choses ont progressivement évolué, d'abord par une interprétation souple de l'article 34 de la Constitution, ensuite, et de manière récente, par la délimitation d'un champ dédié à l'accord collectif. C'est l'apport, sous l'impulsion de la commission présidée par J.-D. Combexelle, de la loi « travail ». La loi impérative recule, se transforme dans certains domaines en loi supplétive, qui ne s'applique qu'en l'absence d'accord collectif sur le sujet. Ceci ôte un certain intérêt à la notion de dérogation, du moins pour l'avenir.

Le mécanisme n'est en effet pas le même : dans la dérogation, la règle étatique d'ordre public est écartée temporairement, mais elle survit. Dans le mécanisme de répartition, la loi étatique n'a plus d'impérativité là où s'ouvre le champ de la négociation collective. On assiste à une distribution horizontale des sources et non plus à une organisation hiérarchique de celles-ci, amendée par la technique de la dérogation<sup>5</sup>.

Parallèlement et s'agissant du conflit entre normes conventionnelles, l'accord collectif de branche s'incline devant l'accord d'entreprise lorsque le législateur en a ainsi disposé : le mouvement a été enclenché en 2004, poursuivi en 2008 ; il est amplifié par la loi du 8 août 2016. Là aussi, la technique dérogatoire fait en partie place à un système de primauté inversée. Elle subsiste, cependant, dans quelques contentieux dont les juges ont à connaître.

<sup>1</sup> Y. Chalaron, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail » *Dr. soc.* 1998, p. 355 ; cf. également F. Bocquillon « Vraies-fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », *Mélanges*.

<sup>2</sup> La disposition dérogatoire doit contenir une autorisation de s'affranchir des deux règles distinctes que comprend l'article L. 2251-1 du code du travail : « une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

<sup>3</sup> Ordonnance et lois de 1982, 1987, 1998, 2000, 2003, 2005, 2008, 2016...

<sup>4</sup> Allemagne par exemple.

<sup>5</sup> Cf. n° spécial JCP mai 2016, éd. S, n° 17-18 « L'articulation des normes en droit du travail » cf. également F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail entre ordre et désordre : à propos de la loi travail du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2017, p. 47.

Ce glissement progressif (mais non total) d'un système dérogatoire remettant en cause, ponctuellement, la hiérarchie loi-accord collectif ou l'articulation des accords entre eux vers une logique de distribution fortement accentuée par la loi « travail » sera mis en lumière en abordant successivement la dérogation et la supplétivité, c'est-à-dire les rapports de l'accord et de la loi (I), puis l'articulation des accords collectifs de niveau différent (II).

## I. - La dérogation et la supplétivité

Le terme dérogation à la loi est trompeur. Il y a l'ordre public social<sup>6</sup> : l'accord collectif comporte des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ce n'est pas une vraie dérogation à la loi puisque le socle minimal de celle-ci est respecté ; les dispositions conventionnelles ne font que l'améliorer. Le terme de dérogation vise au contraire une mise à l'écart de la loi impérative par l'accord collectif. La loi en détermine les conditions et les effets et ce mécanisme, a rappelé le Conseil d'État<sup>7</sup>, suppose d'avoir fait l'objet d'une autorisation expresse du législateur. Le champ de cet accord dérogatoire s'est progressivement élargi sous le contrôle des juges, qui en ont rappelé à la fois les conditions et les potentialités. Mais quel intérêt ce mécanisme conserve-t-il avec l'introduction des lois supplétives depuis la loi du 8 août 2016 ? Nous sommes au milieu du gué, avec une répartition légale qui s'éloigne du schéma dérogatoire (A) et une construction jurisprudentielle qui, tout en veillant au respect des droits fondamentaux, ouvre de nouvelles perspectives au droit conventionnel (B).

### A. - La répartition légale

Le Conseil constitutionnel a imprimé sa marque dans le régime juridique de l'accord collectif dérogatoire<sup>8</sup>. Il a conforté l'inexistence d'un domaine constitutionnellement soustrait à l'accord collectif dérogatoire et ceci à l'occasion de l'examen de la loi du 4 mai 2004<sup>9</sup>. Mais il relevait à l'époque que la loi de 2004 ne permettait pas de déroger aux règles d'ordre public en matière de santé et de sécurité du travail. En est-on toujours là ? Deux observations d'évidence : tout d'abord, le domaine de l'accord collectif dérogatoire s'est élargi au fil du temps, y compris dans des domaines toujours régis par des principes fondamentaux, tels le droit au repos ou le droit à la représentation du personnel. Ceci explique les conditions, strictement interprétées par le juge, qui y sont posées.

Ensuite, la technique dérogatoire risque d'être supplantée par le développement de la loi supplétive.

#### 1. - Élargissement légal du domaine de l'accord dérogatoire

Le mécanisme des accords dérogatoires a, pendant longtemps, essentiellement concerné le droit de la durée du travail, droit pourtant teinté d'ordre public.

##### a) Domaine privilégié : la durée du travail

Songons aux dérogations aux durées maximales du travail : une convention peut prévoir le dépassement de la durée maximale quotidienne hebdomadaire<sup>10</sup>, au repos quotidien et hebdomadaire (l'accord collectif peut déroger à la durée minimale de repos quotidien...<sup>11</sup>), au travail dominical. Pensons à tous les mécanismes d'annualisation du temps de travail, à l'organisation du travail de nuit, à la dérogation à la durée minimale hebdomadaire des temps partiels...

Ces mécanismes subsistent, y compris dans la loi « travail », ce qui, en principe, devrait laisser perdurer le régime de l'accord dérogatoire dans ces hypothèses. Ainsi la loi du 8 août 2016 fait-elle usage de la technique dérogatoire :

- s'agissant des durées maximales de travail<sup>12</sup>, « une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir le dépassement de la durée maximale quotidienne de travail effectif en cas d'activité accrue ou pour des motifs liés à l'organisation de l'entreprise, à condition que ce dépassement n'ait pas pour effet de porter cette durée à plus de 12 heures » ;

- s'agissant du temps de repos<sup>13</sup>, « Une convention ou un accord d'entreprise ou à défaut une convention ou accord de branche peut déroger à la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L. 3131-1<sup>14</sup> dans des conditions déterminées par décret notamment pour des activités caractérisées par la nécessité d'assurer une continuité de service ou par des périodes d'intervention fractionnées ».

Aussi, dans le domaine expérimental de la durée du travail, la nouvelle configuration du code entre loi d'ordre public et loi supplétive n'écarte pas totalement le recours à la technique dérogatoire.

##### b) Extension du domaine

Mais la dérogation à la loi par voie d'accord a gagné d'autres domaines, des terrains pourtant sensibles où le caractère d'ordre public des règles est peu contestable.

<sup>6</sup> G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier, G. Pignarre, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.* 2016, p. 886.

<sup>7</sup> Cf. Conseil d'État, 27 juillet 2001, *RJS* 1/02, n° 107. Le Conseil d'État a considéré que le pouvoir réglementaire ne peut pas, sans l'aval du législateur, autoriser les partenaires sociaux à déroger aux normes qu'il édicte.

<sup>8</sup> D'abord il a refusé de reconnaître un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel les conventions collectives de travail ne pourraient comporter que des dispositions plus favorables aux travailleurs que celle des lois et règlements (décision n° 2002-465 du 13 janvier 2003, *Rec.*, p. 43).

<sup>9</sup> Conseil constitutionnel, 29 avril 2004, *Rec.*, p. 91.

<sup>10</sup> Article L. 3121-19 du code du travail.

<sup>11</sup> Article L. 3131-2 du code du travail.

<sup>12</sup> Article L. 3121-19 du code du travail.

<sup>13</sup> Article L. 3131-2 du code du travail.

<sup>14</sup> C'est une mise à l'écart de règles d'ordre public de l'article L. 3131-1 du code du travail : « tout salarié bénéficie d'un repos quotidien d'une durée minimale de 11 heures consécutives [...] ».

- Les institutions représentatives du personnel (IRP) :

A été reconnue depuis longtemps, dans ce domaine, la capacité améliorative des accords collectifs relevant de l'ordre public social<sup>15</sup>. Mais la loi Rebsamen est allée beaucoup plus loin en permettant, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, d'organiser le regroupement d'instances : délégation du personnel (DP), comité d'entreprise (CE), CHSCT. Ceci requiert un accord collectif d'entreprise signé par des syndicats ayant recueilli au moins 50 % des suffrages en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections professionnelles. C'est cet accord qui détermine le nombre de représentants, de réunions, d'heures de délégation ainsi que la composition et le fonctionnement de la commission d'hygiène et de sécurité, etc. Il s'agit là de dérogations aux instances elles-mêmes, à la périodicité et au contenu des informations, au nombre de réunions prévues par la loi... Dérogations ? Mais n'est-on pas déjà dans le domaine de la supplétivité de la loi ?

- Le droit de la négociation collective obligatoire ouvre, lui aussi, de manière claire, la voie à la dérogation.

Alors que l'article L. 2242-1 du code du travail dispose que dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année une négociation sur les matières prévues par le présent titre, la loi du 17 août 2015 a introduit un article L. 2242-20 du code du travail qui admet la possibilité pour un accord d'entreprise majoritaire<sup>16</sup> de modifier la périodicité de chacune de ces négociations pour tout ou partie des thèmes dans la limite de trois ans pour les deux négociations annuelles et de cinq ans pour la négociation triennale. Cet accord peut, de plus, envisager le nombre de négociations au sein de l'entreprise ou prévoir un regroupement différent des thèmes de négociation, à condition de ne supprimer aucun des thèmes obligatoires. Dérogation ou supplétivité ?

*Le licenciement économique*

Dans ce domaine, la loi détermine les conditions de procédure et de fond du plan de sauvegarde de l'emploi. Mais il laisse place à la dérogation par voie d'accord collectif. La première tentative concernait la substitution d'une procédure conventionnelle de consultation des IRP à la procédure légale. La loi « Fillon » de 2003 avait prévu la possibilité de conclure des accords de méthode, nécessairement majoritaires, pouvant modifier la procédure légale s'agissant notamment des délais. Ces accords ont été pérennisés par la loi du 18 janvier 2005 et leurs conditions ramenées à celles du droit commun<sup>17</sup>. Ce sont des accords dérogatoires conclus sous réserve de respecter quelques dispositions impérieuses. La loi du 14 janvier 2013 en a repris le principe<sup>18</sup> : un accord d'entreprise peut fixer, par dérogation aux règles légales, les modalités d'information et de consultation du CE applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer des grands licenciements<sup>19</sup>. Mais il est allé plus loin<sup>20</sup> : Sur le fond, deux voies sont ouvertes s'agissant du PSE : soit l'accord collectif majoritaire soumis à validation administrative<sup>21</sup>, soit le document unilatéral établi par l'employeur devant faire l'objet d'une homologation.

Peut-on encore considérer que le premier est un accord dérogatoire ? S'il comporte un volet mettant en place une procédure de consultation spécifique, oui. S'il est limité au contenu du PSE, l'appellation est discutable car c'est la voie préconisée par le législateur : il n'est donc pas dérogatoire, il est l'application de la loi. Mais, à l'inverse, l'adoption d'un accord majoritaire permet de limiter le PSE à un plan de reclassement externe et d'échapper au contrôle de la proportionnalité du plan aux moyens de l'entreprise ou du groupe. À ce titre, il est dérogatoire par rapport aux normes légales préalables. Difficulté de qualification<sup>22</sup> qui démontre, s'il en était besoin, la nécessité de passer à un autre schéma.

## 2. - Émergence de la loi supplétive

Dans la nouvelle configuration mise en place par la loi « travail<sup>23</sup> », le droit français opère d'abord progressivement<sup>24</sup>, puis plus radicalement<sup>25</sup>, un bouleversement dans l'organisation des sources du droit social. Le Conseil constitutionnel a successivement reconnu la valeur constitutionnelle de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946<sup>26</sup>, puis affirmé la possibilité pour les accords collectifs de mettre en œuvre les dispositions édictées par la loi. Pour lui, la place première conférée à la loi par l'article 34 de la Constitution doit s'accorder avec le principe de participation des travailleurs. Aussi la loi du 8 août 2016 ne raisonne-t-elle plus en termes de loi impérative à laquelle il est possible de déroger ponctuellement, mais en mode de répartition : d'une part, la règle d'ordre public<sup>27</sup>, d'autre part, la loi supplétive.

### a) L'expérimentation est tentée en droit de la durée du travail

Relèvent des règles d'ordre public : la définition du temps de travail, des temps annexes, de l'astreinte, des équivalences, de la pause, des durées quotidiennes et hebdomadaires maximales de travail, de la durée légale du travail, du principe de la majoration et du contingent d'heures supplémentaires, des principes régissant

<sup>15</sup> Voir jurisprudence sur les clauses relatives à l'exercice du droit syndical, la mise en place d'un statut conventionnel protecteur des IRP, la possibilité d'augmenter le nombre de délégués, celui des heures de délégation ou même la création d'une instance originale de représentation qui s'ajoute à celles prévues par la loi.

<sup>16</sup> Majorité de 50 %.

<sup>17</sup> S'agissant de la majorité.

<sup>18</sup> Article L. 1233-21 du code du travail.

<sup>19</sup> Il ne peut plus anticiper le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, celui-ci relevant désormais de l'accord collectif d'entreprise.

<sup>20</sup> Article L. 1233-24-1 du code du travail.

<sup>21</sup> Et qui peut facultativement déterminer les modalités de consultation du CE.

<sup>22</sup> On pourrait penser aussi aux accords de maintien de l'emploi puis de préservation de l'emploi.

<sup>23</sup> À l'instar du droit communautaire, qui, depuis l'accord sur la politique sociale du 7 février 1992, a imparti à la négociation collective de concourir à l'élaboration de la norme européenne.

<sup>24</sup> 2008.

<sup>25</sup> 2016.

<sup>26</sup> « Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

<sup>27</sup> Cf. n° spécial JCP, avril 2017, éd. S, n° 16, « L'ordre public en droit du travail ».

l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine. Il ne saurait y être dérogé. Puis un vaste domaine est laissé à ce qui est dénommé « champ de la négociation collective » et, à défaut, sont précisées des « dispositions supplétives ».

### **Mais quelles différences y a-t-il entre les accords dérogatoires et les accords collectifs intervenant dans le champ dédié par le législateur à la négociation collective ?**

Dans le premier cas, la loi fixe une règle impérative et cadre les conditions de forme et de fond de leur aménagement conventionnel. Ainsi la fixation légale d'une durée maximale quotidienne de travail<sup>28</sup>, puis, de manière dérogatoire, les possibilités de dépassement fortement encadrées<sup>29</sup>.

Nous sommes dans le champ de la dérogation.

Dans la seconde hypothèse, la loi impérative cantonne son rôle à l'affirmation d'un principe, indérogable : « *toute heure accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire est une heure supplémentaire ouvrant droit à majoration salariale*<sup>30</sup> ». Mais il ouvre le champ à l'accord collectif pour la fixation du taux de majoration des heures supplémentaires<sup>31</sup>. Ce point-là n'est pas dérogatoire puisqu'il est, dans une certaine limite, à la disposition des partenaires sociaux.

En réalité, la distinction aura souvent un caractère sibyllin, notamment dans le cadre d'accords collectifs qui portent sur les deux sujets et marient, dans le même texte, clauses dérogatoires et clauses relevant du « *champ conventionnel* ».

Ainsi y a-t-il une grande différence entre l'ancien article L. 3121-22 du code du travail, qui dispose : « *les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée par l'article L. 3121-10 donnent lieu à une majoration de 25 % pour chacune des heures supplémentaires. Une convention de branche étendue ou un accord d'entreprise peut prévoir un taux de majoration différent : ce taux ne peut être inférieur à 10 %* », c'est un accord dérogatoire, et la formulation désormais retenue<sup>32</sup> : « *toute heure accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire [...] est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou le cas échéant à un repos équivalent*<sup>33</sup> ».

Hormis la préférence donnée à l'accord d'entreprise, la distinction n'est pas flagrante. Dès lors que le législateur subordonne le contenu de l'accord collectif à des conditions de fond comme il le fait pour la majoration des heures supplémentaires, l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, les conditions de fond des forfaits heures et jours, où est la différence ? Le juge n'aura-t-il pas à vérifier, dans la seconde hypothèse, la conformité de l'accord collectif et de son contenu aux conditions de fond posées par la loi comme il vérifiait, par le passé, la régularité de la dérogation ?

La différence entre accord dérogatoire et délégation faite par le législateur aux partenaires sociaux ne tient qu'à un point important : en cas d'irrégularité de l'accord collectif dérogatoire, s'applique en principe la loi impérative d'origine. De l'exception, on revient à la règle. Dans l'hypothèse inverse, c'est une loi supplétive qui entre en jeu. Car la loi impérative est une règle de fond alors que la loi supplétive peut n'être qu'une règle de compétence : ainsi, s'agissant du temps d'astreinte, celui-ci est défini par la loi impérative, mais c'est à l'accord collectif d'en fixer les modalités : délais de prévenance, compensations financières, modalités d'information... À défaut d'accord collectif, les modalités de l'astreinte seront déterminées par l'employeur après avis du comité d'entreprise<sup>34</sup>.

Telle est la nuance entre les deux situations : le défaut ou l'irrégularité d'accord collectif dérogatoire conduit à l'application de la loi impérative ; le défaut d'accord collectif de droit commun aboutit souvent à la mise en œuvre d'une règle contractuelle ou d'un mécanisme unilatéral prévu par la loi supplétive.

Ainsi la distinction entre les accords dérogatoires et ceux conclus dans le champ de la négociation collective identifié comme tel par le législateur est relative. Mais elle créera, à l'avenir, de redoutables difficultés au juge chargé à la fois de qualifier les accords (dérogatoires ou non), de vérifier au cas par cas les conditions de la dérogation dans un cas ou de la délégation dans l'autre cas<sup>35</sup>, et d'interpréter lesdits accords.

Ne vaudrait-il pas mieux constater que les accords dérogatoires sont morts au bénéfice d'accords collectifs, bientôt tous majoritaires, et dont le champ a été déterminé par le législateur, du moins si cette architecture du code du travail est un jour généralisée ?

Cela n'exclut nullement un contrôle de la conformité de ces accords aux principes fondamentaux, qu'ils soient nationaux ou internationaux. Cela ne dispense pas non plus le juge de contrôler les conditions de fond posées par le législateur. Bref, la construction jurisprudentielle à laquelle les accords dérogatoires ont donné lieu pourrait, dans une certaine mesure, leur être transposée.

### **B. - La construction jurisprudentielle**

Elle paraît aller dans deux directions : d'une part, elle affirme que les accords collectifs ne peuvent déroger à certaines normes et, d'autre part, on peut se demander, à travers le cas du principe d'égalité de traitement, si

<sup>28</sup> Article L. 3121-18 du code du travail.

<sup>29</sup> Article L. 3121-19 du code du travail.

<sup>30</sup> Article L. 3121-28 du code du travail.

<sup>31</sup> Article L. 3121-33 du code du travail.

<sup>32</sup> Article L. 3121-28 du code du travail.

<sup>33</sup> Et dans le champ de la négociation collective : article L. 3121-33 : « *une convention ou un accord collectif d'entreprise [...] ou à défaut une convention ou un accord de branche prévoit le ou les taux de majoration des heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale [...] Ce taux ne peut être inférieur à 10 %* ».

<sup>34</sup> Article L. 3121-12 du code du travail.

<sup>35</sup> Et, par exemple, les partenaires sociaux étaient-ils compétents ?

la jurisprudence de la chambre sociale ne va pas dans le sens du renforcement de l'accord collectif face à cette catégorie, toujours un peu mystérieuse, des principes du droit du travail ou des principes fondamentaux des droits du travail.

#### a) Une indérogabilité intangible aux normes internationales

Que l'accord collectif soit dérogoire ou supplétif à la loi, il continuera en tout état de cause à devoir respecter les conventions internationales auxquelles la France est partie, ainsi que les normes constitutionnelles. À cet égard la jurisprudence que la chambre sociale a développée sera largement traitée par Fanélie Ducloz et je ne l'aborderai donc pas.

#### b) Mais il est une autre catégorie de normes auxquelles la soumission des accords collectifs est moins évidente, il s'agit des principes fondamentaux du droit du travail

Comme l'indique la doctrine, « *La chambre sociale de la Cour de cassation utilise parfois l'expression de "principe fondamental du droit du travail" dans un sens proche de celui des principes généraux du droit du Conseil d'État. Le critère paraît être son caractère structurant pour le droit du travail. Il arrive enfin à la Cour de cassation de qualifier de principe une norme qu'elle utilise comme telle en la visant dans ses arrêts, soit parce qu'elle lui paraît revêtir une importance particulière (par exemple, le principe de l'égalité de traitement entre salariés à temps plein et salariés à temps partiel), soit parce qu'elle n'a pas de support textuel et qu'elle remplace alors la norme (par exemple, le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée qu'en cas de faute lourde<sup>36</sup>).*

#### c) Pour réfléchir aux évolutions possibles des rapports entre principes et accords collectifs, il faut examiner ce qu'il est advenu du principe d'égalité de traitement

Jusqu'en janvier 2015, les accords collectifs, notamment ceux prévoyant des avantages catégoriels, y étaient pleinement soumis, selon votre attendu de principe adopté en 2009 par la chambre sociale dans son célèbre arrêt « Pain<sup>37</sup> » : « *Attendu que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* ».

Cette jurisprudence a été très critiquée par la doctrine, d'une part, parce que, concrètement, les accords collectifs sont le résultat de négociations « donnant-donnant » très difficiles, voire impossibles, à reconstituer et, d'autre part, parce que se posait la question de la légitimité du juge à défaire, au nom du principe d'égalité, ce que les partenaires sociaux avaient négocié, allant ainsi à l'encontre de la démocratie sociale instituée par la loi du 20 août 2008, qui a abouti à une relégitimation des partenaires sociaux, dans le but de relancer la négociation collective. À cet égard, la loi travail du 8 août 2016, en étendant le champ des accords collectifs et en prévoyant la généralisation progressive de l'accord majoritaire, marque la volonté du législateur de faire de la négociation collective une source importante, voire principale, du droit du travail.

Finalement, par cinq arrêts du 27 janvier 2015<sup>38</sup>, la chambre a adopté un nouvel attendu de principe qui tire les conséquences de la légitimité nouvelle des partenaires sociaux :

« *Mais attendu que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.* »

Comme l'a écrit M. le doyen Jean-Guy Huglo dans un article dont l'intitulé est révélateur : « Statut catégoriel et principe d'égalité de traitement : le pouvoir restitué aux partenaires sociaux », « *la chambre sociale établit une présomption de justification pour les différences de traitement instaurées par les conventions ou les accords collectifs. [...] Lorsque la différence de traitement résulte d'une décision unilatérale de l'employeur, la charge de la preuve d'une justification qui pèse sur celui-ci est fondée sur la nécessité de protéger les salariés contre l'arbitraire de l'employeur. Mais une telle considération ne se retrouve pas en matière de convention collective, où les éventuelles différenciations sont le résultat d'une négociation menée par des syndicats représentatifs dont, depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la légitimité repose sur un fondement démocratique issu des résultats électoraux, et qui ont, par la voie de la négociation collective, vocation naturelle à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs<sup>39</sup>.*

Comme l'a résumé un auteur, « *la norme négociée est plus forte que l'égalité de traitement* ». Ainsi un accord collectif pourrait déroger à un principe fondamental du droit du travail, sans que cela soit expressément prévu par la loi. L'accord collectif n'a-t-il pas force de loi ? Dans le rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 2015, la chambre sociale avait indiqué qu'il « *pouvait être soutenu que les négociateurs sociaux, agissant par délégation de la loi, devaient disposer dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur* ».

<sup>36</sup> *Revue de droit du travail* 2016, p. 79, Gaëlle Dumortier, conseiller d'État, et Laurence Pécault-Rivolier, inspectrice générale adjointe des services judiciaires.

<sup>37</sup> Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, *Bull.* 2009, V, n° 168.

<sup>38</sup> Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, *Bull.* 2015, V, n° 10 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, *Bull.* 2015, V, n° 8 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.509, *Bull.* 2015, V, n° 7 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-17.627, *Bull.* 2015, V, n° 6.

<sup>39</sup> *RJS*, 3/15, p.155.



**d) Une évolution qui sera peut-être similaire s'agissant d'autres principes fondamentaux du droit du travail, en tout cas ceux ayant valeur législative**

Il reviendrait alors au juge de définir les principes généraux du droit du travail auxquels un accord collectif pourrait déroger et ceux qui, pour reprendre la formulation du comité Badinter, seraient « essentiels » parce que constituant les fondements du droit du travail auxquels il ne pourrait être dérogé. Le Premier ministre Manuel Valls avait donné au comité mission de fixer un cadre, constitué par ces principes essentiels, à l'intérieur duquel entreprises et salariés bénéficieraient de plus de souplesse, c'est-à-dire pourraient définir les normes qui les gouvernent et, dans ce cas, la jurisprudence sur le principe d'égalité de traitement pourrait demeurer isolée.

## **II. - Dérogation et articulation des accords collectifs**

### **Les apports jurisprudentiels**

#### **a) L'attention mérite d'être appelée sur un arrêt récent**

Dans cet arrêt<sup>40</sup>, la chambre sociale a dû se prononcer sur la validité d'un accord d'entreprise fixant un contingent d'heures supplémentaires supérieur à celui fixé par l'accord de branche et donc y dérogeant, comme l'y autorise l'article 18 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, alors que l'accord de branche était lui-même antérieur à cette loi. Il s'agissait donc de déterminer si les partenaires sociaux avaient la possibilité de déroger à un accord de branche antérieur à la loi nouvelle. La question s'est posée pour la loi du 20 août 2008, comme elle se posera certainement pour la loi « travail » de 2016, qui n'a pas prévu ce cas de figure.

#### **b) qui confirme la possible primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche**

En l'espèce, s'appuyant sur la décision n° 2008-568 du Conseil constitutionnel, qui indique que « *le législateur ayant entendu modifier l'articulation entre les différentes conventions collectives pour développer la négociation d'entreprise en matière d'heures supplémentaires, il s'ensuit qu'en l'absence de la disposition déclarée contraire à la Constitution, les dispositions de la loi selon lesquelles des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans des accords de branche* », la chambre a jugé que l'article 18 de la loi du 20 août 2008 était d'application immédiate et permettait de fixer par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement le contingent d'heures supplémentaires à un niveau différent de celui prévu par l'accord de branche, quelle que soit la date de conclusion de ce dernier.

Commentant cette décision, la doctrine écrit : « *La portée de cet arrêt dépasse, selon nous, le cadre de la fixation du contingent d'heures supplémentaires. Il a vocation à s'appliquer à toutes les dispositions issues de la loi du 20 août 2008 prévoyant la primauté de l'accord d'entreprise ou d'établissement sur la convention ou l'accord de branche. Tel est le cas notamment pour la mise en place des forfaits annuels en heures et en jours ou pour l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine. Il dépasse même le cadre de la loi du 20 août 2008 puisque, depuis la loi du 8 août 2016, la primauté de l'accord d'entreprise est le principe de droit commun en matière de durée du travail*<sup>41</sup> ».

Cette décision s'inscrit clairement dans la volonté du législateur de donner la primauté à l'accord d'entreprise, celui qui est au plus près des salariés, sur les accords de branche, et donc de lui permettre d'y déroger sans autres entraves que celles fixées par la loi.

### **Les modifications légales**

S'agissant de l'articulation des accords collectifs, la loi du 8 août 2016 adopte une logique d'indépendance et d'autorégulation des accords. La technique de la dérogation s'éloigne.

#### **La logique d'indépendance et de concurrence des accords collectifs**

Elle avait déjà été imprimée par la loi du 4 mai 2004, avec le succès relatif que l'on sait, et par celle du 20 août 2008, dont les effets ont été plus réels dans le domaine de la durée du travail. L'accord d'entreprise s'était vu reconnaître une autonomie par rapport à l'accord de branche.

Le mouvement est fortement accentué par la loi du 8 août 2016. Mis à part les quatre domaines sanctuarisés que sont les salaires minima, les classifications, les garanties collectives et la mutualisation des fonds de la formation professionnelle, auxquels ont été ajoutées l'égalité hommes-femmes et la pénibilité, l'article 13 de la loi prévoit un nouveau schéma de régulation collective en conférant la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche. Ceci concerne pour l'instant une quarantaine de dispositions dans le droit de la durée du travail : l'organisation des temps d'astreinte, la définition des emplois permanents pouvant être pourvus par des contrats de travail intermittents, la mise en place du compte épargne-temps.

Le terme de dérogation n'est plus usité car il n'est plus fait référence à une règle impérative à laquelle l'accord d'entreprise dérogerait.

<sup>40</sup> Soc., 1<sup>er</sup> mars 2017, pourvoi n° 16-10.047, publié au *Bulletin*.

<sup>41</sup> *Feuillelet rapide social*, 6/17, paru le 3 mars 2017.

L'accord d'entreprise prévaut. Et cette suprématie décidée par le législateur s'impose quelles que soient les stipulations de l'accord ou de la convention de branche : les clauses de verrouillage dans les thèmes pour lesquels la loi prévoit la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise sont exclues<sup>42</sup>. Restera à savoir si cette orientation sera généralisée. Telle semble être la direction retenue par le gouvernement d'E. Philippe.

**La seconde logique est celle de l'autorégulation par l'accord collectif.**

C'est l'accord qui organise son articulation avec les autres niveaux de négociation.

Ainsi en est-il de l'accord de groupe, qui peut prévoir, expressément, que ses stipulations se substituent à celles ayant le même objet des accords d'entreprise ou d'établissement conclus dans le périmètre de l'accord, antérieurement ou postérieurement. Il en est de même pour les accords d'entreprise prévoyant expressément leur substitution aux dispositions des accords d'établissement.

Enfin et surtout, l'article L. 2232-5-1 du code du travail dispose que la branche a pour mission « *de définir, par la négociation, les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords conclus au niveau de la branche, à l'exclusion des thèmes pour lesquels la loi prévoit la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise* ».

Voilà le fameux ordre public conventionnel, auquel s'ajoutent les thèmes d'indéroabilité à la branche énumérés par la loi. Une partie est à la main du législateur, l'autre à celle des négociateurs de branche. Notons qu'il s'agit ici d'indéroabilité inversée : ce sont les négociateurs de branche (et non plus la loi) qui précisent, par des clauses de verrouillage, les cas dans lesquels le principe de faveur est réintroduit. Ce dispositif risque d'évoluer avec les projets du gouvernement actuel.

La dérogation entre accords n'est pas complètement morte ; elle survit ici et là, mais est supplantée, pour l'instant, dans le domaine de la durée du travail, par l'indépendance des niveaux de négociation et la primauté de l'accord d'entreprise.

Ainsi, tant dans les rapports accord collectif-loi que dans ceux régissant les accords entre eux, la dérogation aura constitué un mécanisme de transition régissant l'articulation de ces différentes sources en droit du travail. L'heure est désormais à d'autres schémas... mais les contentieux anciens subsistent.

---

<sup>42</sup> Article L. 2232-5-1 du code du travail. On peut en rapprocher la suppression de l'article L. 2232-35 du code du travail, qui affirmait : « *la convention ou l'accord de groupe ne peut comporter de dispositions dérogatoires à celles applicables en vertu des conventions de branche ou accords professionnels* ». Cela signifie sans doute que désormais la dérogation, cette fois de l'accord de groupe à la branche, est possible.

# *Le régime des accords dérogatoires*

*Fanélie Ducloz, conseiller référendaire à la chambre sociale  
de la Cour de cassation*

Le recours en droit du travail à l'accord dérogatoire au sens large, en ce qu'il se distingue du droit commun résultant de la loi, a profondément modifié la mission du juge.

Celle-ci n'est plus en effet centrée sur l'application de la loi et la volonté du législateur.

Le juge, dans le cadre d'un litige de droit du travail, doit désormais mobiliser une combinaison complexe de normes, supranationales, constitutionnelles, législatives, réglementaires et résultant de la négociation collective, l'accord d'entreprise supplantant désormais l'accord de branche.

Dans le cadre de cette mobilisation complexe de normes, la pyramide de Kelsen se trouve, ainsi qu'il vient d'être dit, bouleversée.

Le juge judiciaire, saisi d'un litige de droit du travail, a bien souvent à s'interroger sur l'application d'un accord, qu'il soit de branche, d'entreprise ou d'établissement.

La chambre sociale a d'ailleurs, à ce sujet, développé une jurisprudence particulière, jugeant que lorsqu'une partie invoque un accord collectif, il incombe au juge de se procurer ce texte qui contient la règle de droit éventuellement applicable au litige, au besoin en invitant les parties à lui en faire parvenir un exemplaire.

L'examen de ses décisions rendues en matière d'accords dérogatoires montre :

- qu'au préalable, celui-ci doit respecter les normes constitutionnelles et supranationales applicables (I) ;
- que la loi autorise le recours à l'accord dérogatoire au droit commun du travail de plusieurs façons : sans fixer, pour ce faire, de conditions particulières (II), ou, au contraire, en prévoyant des conditions à la dérogation devant être respectées par l'accord (III), ou enfin en soumettant l'application de l'accord collectif à l'accord individuel du salarié (IV).

Enfin, s'interroger sur le régime des accords dérogatoires, c'est également préciser quelles sont les sanctions applicables dans l'hypothèse d'un accord dérogatoire défaillant (V).

## **I. - L'accord dérogatoire doit respecter les normes constitutionnelles et supranationales applicables**

Cet impératif se justifie par ce qui fonde la négociation collective : puisque le législateur peut, sans que l'on puisse lui reprocher une incompétence négative, déléguer aux partenaires sociaux la mise en œuvre de principes de droit du travail, ces mêmes partenaires sociaux se voient logiquement opposer le respect de normes qui s'imposent au législateur et auxquelles il ne peut déroger, et tel est le cas des normes constitutionnelles et supranationales.

Si l'affirmation d'un tel principe semble aller de soi, elle a cependant donné lieu depuis 2011 à un contentieux et abondant devant la chambre sociale de la Cour de cassation, qui n'avait été ni clairement identifié par le législateur ni véritablement anticipé par les partenaires sociaux.

Ce contentieux est relatif aux forfaits en jours, permettant le décompte du temps de travail non plus en heures mais en jours.

L'article L. 212-15-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi « Aubry II », disposait que le recours aux forfaits en jours devait être prévu par une convention ou un accord collectif étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement.

Cet ordonnancement a été modifié par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qui a posé le principe de la subsidiarité de l'accord de branche, dont l'extension n'est plus nécessaire, par rapport à l'accord d'entreprise ou d'établissement.

S'agissant du contenu de l'accord collectif prévoyant le recours aux forfaits en jours, l'ancien article L. 212-15-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi « Aubry II », prévoyait que l'accord collectif devait notamment définir les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues, préciser les modalités de décompte des journées et demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos, et déterminer les conditions de contrôle de son application, les modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.

La loi du 20 août 2008 en avait allégé le contenu, l'article L. 3121-39 du code du travail, dans sa rédaction issue de cette loi du 20 août 2008, disposant que l'accord prévoyant le recours aux forfaits en jours fixe la durée annuelle de travail ainsi que les caractéristiques principales des conventions individuelles de forfait.

Nombre d'accords de branche et d'accords d'entreprise s'en sont tenus aux prescriptions de la loi les autorisant à déroger à un décompte en heures du temps de travail et se sont donc limités à ouvrir le recours aux forfaits en jours en dupliquant les dispositions légales<sup>1</sup>.

Ayant respecté, dans le contenu de l'accord, les dispositions de la loi autorisant le recours aux forfaits en jours, les partenaires sociaux pouvaient en toute bonne foi penser que la dérogation mise en place était valable.

Tel n'a pas été le cas.

Saisie en effet de recours à l'encontre d'accords organisant les forfaits en jours, la Cour de cassation a examiné leur validité au regard des exigences constitutionnelles du droit à la santé et au repos et des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur posés par le droit de l'Union, et a jugé, dans un attendu devenu désormais classique, que les conventions de forfait en jours doivent être prévues par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires.

Les partenaires sociaux, à qui le législateur a délégué la mise en œuvre du recours aux forfaits en jours, ont ainsi, pour épuiser leur compétence, la responsabilité de prévoir, dans l'accord, les garanties à mettre en œuvre pour assurer notamment la durée maximale raisonnable de travail, ce qu'aucune disposition de la loi autorisant à déroger à un décompte en heures ne prévoyait expressément.

On le sait, la chambre sociale de la Cour de cassation a, pour ce motif, invalidé, en se saisissant même d'office, un grand nombre d'accords.

Dans ses rapports pour les années 2014 et 2015, la Cour de cassation suggérait que la loi énonce clairement et précisément que l'accord collectif organisant le recours aux forfaits en jours doit prévoir des modalités propres à garantir que l'amplitude et la charge de travail demeurent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail du salarié.

C'est désormais chose faite puisque l'article L. 3121-60 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours, dispose que « *l'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail* », reprenant là une formule bien connue de la chambre sociale de la Cour de cassation.

La question se pose cependant de savoir comment un employeur peut remédier à un accord dérogatoire ne respectant pas les normes constitutionnelles ou supranationales qui lui sont applicables.

Cette question est particulièrement aiguë dans le domaine des forfaits en jours compte tenu de l'invalidation, par la chambre sociale de la Cour de cassation, d'un grand nombre d'accords collectifs.

Le législateur a, dans ce domaine, fait le choix d'introduire, dans la loi du 8 août 2016, des dispositions supplétives qui permettent la conclusion d'une convention de forfait en jours malgré l'absence d'accord collectif valable, faute pour lui de comporter des stipulations déterminant les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise.

Pour ce faire, l'employeur doit respecter trois conditions cumulatives prévues à l'article L. 3121-65 nouveau du code travail :

- établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées ;
- s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;
- et organiser un entretien annuel avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, ainsi que sa rémunération.

C'est ainsi qu'en définitive, alors que la loi s'effaçait au profit de l'accord pour mettre en place un régime dérogatoire, la loi, face à un accord défaillant, reprend ses droits et organise elle-même un régime dérogatoire.

Au final, on ne peut, alors que la loi du 8 août 2016 promeut la négociation collective et simplifie le régime de la négociation collective dérogatoire, que souhaiter, lorsque la loi laisse la place à une dérogation en droit du travail, qu'il soit le plus tôt possible, et avant même l'engagement des négociations, mené une réflexion quant aux normes constitutionnelles et supranationales que devra, en tout état de cause, respecter l'accord dérogatoire.

Si le respect des normes constitutionnelles et supranationales s'impose à tout accord collectif parce que les partenaires sociaux interviennent sur délégation du législateur, la loi qui organise le recours à l'accord dérogatoire peut emprunter plusieurs voies : soit ne fixer aucune condition particulière à la dérogation, soit fixer un certain nombre de conditions à la dérogation, soit enfin soumettre l'application de la règle dérogatoire à l'accord du salarié.

---

<sup>1</sup> C'est ainsi le cas pour la convention collective nationale de l'industrie chimique, du commerce de gros, SYNTEC, des entreprises de bâtiment et de travaux publics et des cafés, hôtels et restaurants.

## II. - Accord pouvant déroger à la loi sans qu'elle fixe, pour ce faire, de conditions particulières

La loi peut en effet permettre à un accord collectif de déroger au droit commun applicable sans prévoir de conditions particulières à la validité de cette dérogation.

La chambre sociale de la Cour de cassation a eu, récemment, l'occasion de le rappeler dans le domaine du contingent d'heures supplémentaires.

La loi du 20 août 2008 autorise en effet<sup>2</sup> un accord collectif - d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche - à fixer le contingent annuel au sein duquel peuvent être accomplies des heures supplémentaires<sup>3</sup>. En l'absence de contingent annuel déterminé par accord collectif, celui-ci est fixé à 220 heures en application de l'article D. 3121-14-1 du code du travail, qui intervient à titre supplétif.

La question s'est posée de savoir si, dans le cadre d'un tel mécanisme, un accord d'entreprise postérieur pouvait fixer un contingent annuel d'heures supplémentaires supérieur à celui prévu par l'accord de branche.

Une telle question s'était déjà posée avec la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, qui, rompant avec les règles antérieures, avait ouvert, dans un certain nombre de domaines, la possibilité de déroger par accord d'entreprise, même dans un sens défavorable aux salariés, aux dispositions d'un accord de branche. Mais, à raison des termes mêmes de la loi, cette faculté ne pouvait s'exercer que dans des conditions strictes de non-rétroactivité. Son article 45 disposait en effet que « *la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs* ». Dès lors, un accord d'entreprise, même conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, ne pouvait déroger par des clauses moins favorables à une convention collective de niveau supérieur conclue antérieurement à cette date. La Cour de cassation avait d'ailleurs jugé qu'un accord d'entreprise, même conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, ne pouvait déroger par des clauses moins favorables à une convention collective de niveau supérieur conclue antérieurement à cette date, à moins que les signataires de cette convention n'en aient disposé autrement<sup>4</sup>.

Dans l'affaire soumise à la chambre sociale, deux accords collectifs étaient en concurrence : l'accord-cadre sur l'organisation et la durée du travail dans les industries chimiques du 8 février 1999, lequel prévoit un contingent annuel d'heures supplémentaires de 130 heures par an et par salarié, et un accord d'entreprise du 19 avril 2011 fixant ce contingent à 220 heures annuelles.

La cour d'appel, relevant que l'accord de branche avait été conclu avant la loi du 4 mai 2004, en a déduit que l'accord d'entreprise ne pouvait y déroger dans un sens moins favorable aux salariés en fixant un contingent plus important d'heures supplémentaires.

La chambre sociale ne pouvait valider un tel raisonnement.

Tout d'abord, ainsi qu'il a été dit, la loi ne fixe aucune condition particulière à la détermination par un accord collectif du contingent annuel d'heures supplémentaires.

Ensuite, le Conseil constitutionnel, à qui était soumis l'article 18 de la loi du 20 août 2008 autorisant un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, un accord de branche à fixer un contingent annuel d'heures supplémentaires, a précisé : « *le législateur ayant entendu, en adoptant l'article 18, modifier l'articulation entre les différentes conventions collectives pour développer la négociation d'entreprise en matière d'heures supplémentaires, il s'ensuit qu'en l'absence de [la disposition déclarée contraire à la Constitution], les dispositions de [la loi selon lesquelles "des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche"] s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans des accords de branche* »<sup>5</sup>.

Certes, cette application immédiate des dispositions non censurées de l'article 18 de la loi du 20 août 2008 n'est mentionnée que dans les motifs de la décision du Conseil constitutionnel et ne saurait, au sens strict, s'analyser en une réserve d'interprétation.

Mais cette solution avait été reprise par la direction générale du travail par voie de circulaire<sup>6</sup>.

Et elle procédait clairement de la volonté du législateur et a été confirmée depuis lors : l'essentiel des aménagements à la durée du travail relève de l'accord d'entreprise ou d'établissement, et, sauf exception, l'accord de branche n'intervient que de façon subsidiaire.

C'est pourquoi la Cour de cassation, énonçant qu'aux termes de l'article L. 3121-11, alinéa 1, du code du travail, dans sa rédaction issue de l'article 18 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche, a précisé que ces

<sup>2</sup> À l'article L. 3121-11 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, et à l'article L. 3121-33 du même code, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016.

<sup>3</sup> Le texte est en effet on ne peut plus clair sur l'absence de conditions particulières : « *Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche* » (article L. 3121-11 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008).

<sup>4</sup> Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-69.647, *Bull.* 2011, V, n° 73, publié au *Rapport*.

<sup>5</sup> Conseil constitutionnel, 7 août 2008, décision n° 2008-568 DC.

<sup>6</sup> Circulaire n° 20 du 13 novembre 2008, fiche n° 10.

dispositions, d'application immédiate, permettent de fixer par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement le contingent d'heures supplémentaires à un niveau différent de celui prévu par l'accord de branche, quelle que soit la date de conclusion de ce dernier<sup>7</sup>.

Le contingent annuel d'heures supplémentaires relève ainsi en priorité de l'accord d'entreprise ou d'établissement, sans que la loi ne fixe aucune condition particulière pour qu'il puisse être dérogé au contingent qu'elle a arrêté de manière supplétive, notamment quant à la soumission de l'accord d'entreprise ou d'établissement à un accord de branche.

La loi du 8 août 2016 a consacré le principe selon lequel les règles de fixation du contingent d'heures supplémentaires relèvent du champ de la négociation collective, le nouvel article L. 3121-33 du code du travail maintenant le principe de la subsidiarité de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise ou d'établissement.

### **III. - Accord pouvant déroger à la loi à condition de respecter les conditions qu'elle fixe**

La loi peut en effet renvoyer à l'accord collectif le soin de déterminer les règles applicables en précisant, cependant, un certain nombre de conditions auxquelles devra répondre l'accord pour être valable.

C'est le cas notamment en matière de modulation du temps de travail, de travail intermittent, de forfait en jours et forfait en heures et de temps partiel.

S'agissant de l'organisation du temps de travail sur une durée supérieure à la semaine, la loi exige que l'accord collectif qui l'organise fixe les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail, les limites pour le décompte des heures supplémentaires et les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période<sup>8</sup>.

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008, l'article L. 3122-11 du code du travail exigeait également que l'accord comporte le programme indicatif de la répartition de la durée du travail.

Ces conditions étant des conditions impératives pour qu'un accord collectif organise le temps de travail sur une durée supérieure à la semaine, la chambre sociale a jugé qu'un accord d'entreprise ne peut instaurer une modulation du temps de travail dès lors qu'il ne comporte pas de programme indicatif de la répartition du travail<sup>9</sup>.

Le respect, par l'accord, des conditions posées par la loi quant à son contenu a des conséquences quant à son éventuelle sécurisation en cas d'adoption d'une loi nouvelle modifiant ces conditions.

La loi du 20 août 2008, qui a instauré la primauté de l'accord d'entreprise ou d'établissement en matière d'aménagement du temps de travail, a allégé les exigences quant au contenu de l'accord.

La question s'est posée de savoir quels étaient les accords antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi qui pouvaient être regardés comme continuant à produire leurs effets.

L'article 20, V, de la loi du 20 août 2008 maintient en vigueur les accords intervenus antérieurement à son entrée en vigueur, à condition qu'ils aient été « *conclus en application des articles L. 3122-3, L. 3122-9, L. 3122-19 et L. 3123-25 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi* ».

Ce n'est donc, en application de cet article, que si l'accord répondait aux conditions exigées par la loi lors de sa conclusion qu'il était maintenu en vigueur et continuait à produire ses effets.

C'est pourquoi la chambre sociale a jugé :

- qu'un accord-cadre de La Poste, qui ne précisait pas la durée maximale du cycle de travail et qui renvoyait à la négociation d'accords locaux les modalités précises d'organisation du travail, n'a pas été conclu en application de l'article L. 3122-3 ancien du code du travail et n'est pas restée en vigueur, conformément aux dispositions de l'article 20, V, de la loi du 20 août 2008<sup>10</sup> ;

- que la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, qui ne comporte pas de programme indicatif de la répartition du travail et renvoie à la négociation d'accords d'entreprise la définition des conditions précises d'une organisation du travail sur l'année, n'a pas été conclue en application de l'article L. 3122-9 du code du travail ancien et n'est pas restée en vigueur, conformément aux dispositions de l'article 20, V, de la loi du 20 août 2008<sup>11</sup>.

S'agissant du travail intermittent, la loi exige, en dehors des cas prévus à l'article L. 3123-32 du code du travail<sup>12</sup>, que le recours à ce type d'organisation du travail soit prévu par une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou accord d'entreprise ou d'établissement.

La chambre sociale en a tiré comme conséquence qu'un contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord collectif est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Soc., 1<sup>er</sup> mars 2017, pourvoi n° 16-10.047, publié au *Rapport*.

<sup>8</sup> Article L. 3122-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008.

<sup>9</sup> Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 11-21.200.

<sup>10</sup> Soc., 13 juin 2012, pourvois n° 11-12.192 et 11-17.110, *Bull.* 2012, V, n° 186.

<sup>11</sup> Soc., 18 mars 2015, pourvoi n° 13-23.728, *Bull.* 2015, V, n° 56.

<sup>12</sup> Il s'agit des contrats conclus avec un travailleur handicapé bénéficiaire de l'obligation d'emploi au sens de l'article L. 5212-13 du code du travail.

<sup>13</sup> Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15.087, *Bull.* 2011, V, n° 150.

Elle a censuré le raisonnement de la cour d'appel qui, bien que constatant que, dans le secteur considéré, aucun accord ne prévoyait le recours au travail intermittent, avait retenu qu'il devait être présumé à temps complet, sauf à l'employeur à rapporter la preuve, comme il l'avait fait en l'espèce, que le salarié n'était pas tenu de rester à sa disposition constante.

Cette censure s'explique par le fait qu'en posant une présomption de temps complet, les juges du fond autorisaient l'employeur à la renverser, ce qui avait pour effet de valider le contrat de travail intermittent et de lui faire produire ses effets. Et cela aurait inévitablement conduit à outrepasser les dispositions de la loi, qui n'autorisent le recours à l'intermittence que par la voie d'un accord collectif.

La loi exige également que l'accord collectif qui prévoit le recours à l'intermittence définisse les emplois permanents qui, par nature, comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées.

Dans la mesure où il s'agit d'une condition de validité de l'accord posée par la loi, la chambre sociale a opéré un contrôle sur le respect de cette disposition.

Ainsi, rappelant que la convention ou l'accord collectif prévoyant le recours au travail intermittent doit désigner de façon précise les emplois permanents qui peuvent être pourvus par la conclusion de contrats de travail intermittent, elle a censuré un accord<sup>14</sup> qui se bornait à prévoir le recours à l'intermittence pour *des activités qui, bien que permanentes, sont des activités discontinues*, jugeant que de telles stipulations ne définissaient pas précisément les emplois pour lesquels des contrats de travail intermittents pouvaient être conclus<sup>15</sup>.

La chambre sociale a également eu à s'interroger sur la licéité de la convention collective de la conchyliculture, qui prévoit le recours à l'intermittence pour pourvoir des emplois permanents soumis soit à des variations saisonnières ou de production, soit à des contraintes saisonnières ou extérieures de commercialisation, comportant par nature une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées.

Les juges du fond ont estimé que les mentions de la convention collective étaient suffisantes au regard des exigences posées par la loi.

La chambre sociale a cassé cette décision : de telles stipulations ne répondent en effet pas aux exigences légales de désignation précise des emplois concernés par l'intermittence<sup>16</sup>.

Un tel contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation quant à la précision des emplois visés par l'accord collectif a pu être critiqué au motif qu'il n'était pas toujours possible d'énumérer avec précision les emplois intéressés par une stipulation conventionnelle, singulièrement si cette énumération doit prendre place dans un accord de branche<sup>17</sup>.

Et il est vrai que certains accords étendus relatifs au travail intermittent se contentent de reprendre la définition légale<sup>18</sup> ou ne procèdent qu'à un léger aménagement, par exemple en visant les emplois permanents soumis soit à des variations saisonnières ou de production, soit à des contraintes saisonnières ou extérieures de commercialisation, comportant par nature une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées<sup>19</sup>. D'autres enfin visent tous les emplois du secteur<sup>20</sup>, ou n'en visent aucun spécifiquement<sup>21</sup>.

Cependant, eu égard aux dispositions de la loi, réaffirmées par la loi du 8 août 2016 puisque l'article L. 3123-38 nouveau du code du travail dispose qu'« une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu définit les emplois permanents pouvant être pourvus par des salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent », il apparaît que le contrôle de la Cour de cassation quant au contenu de l'accord relativement à la définition des emplois ne pouvait être autre.

On observera que le législateur a pu faire le choix de soumettre la validité d'un accord collectif à des conditions posées par la loi de manière moins stricte, celle-ci se limitant à définir un cadre dans lequel doit s'insérer l'accord collectif.

Ainsi, s'agissant des forfaits en jours et des forfaits en heures, le législateur a fait le choix suivant : préciser dans la loi le profil de ceux qui peuvent être concernés par cette organisation du travail et renvoyer à l'accord collectif le soin de déterminer les catégories de salarié pouvant en relever.

Le code du travail prévoit en effet que seuls peuvent relever d'un forfait en jours ou en heures les cadres « qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés », et, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, les non-cadres « dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées ».

C'est parce que la loi pose cette exigence quant au profil des salariés éligibles au forfait en jours ou en heures que la Cour de cassation opère, sur ce point, un contrôle de la licéité des accords collectifs.

Elle a ainsi jugé que des salariés, bien que cadres et membres du comité de direction, ne pouvaient valablement conclure une convention de forfait en jours dès lors qu'ils étaient intégrés dans un emploi du temps mensuel imposant leur présence au sein de l'entreprise à des horaires déterminées<sup>22</sup>.

<sup>14</sup> Il s'agissait de la convention commune La Poste-France télécom.

<sup>15</sup> Soc., 27 juin 2007, pourvoi n° 06-41.818, *Bull.* 2007, V, n° 113.

<sup>16</sup> Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-11.382, publié au *Bulletin*.

<sup>17</sup> V. Notamment M. Cottin, *JCP* 2007, éd. S, n° 30, du 24 juillet 2007, n° 1580.

<sup>18</sup> C'est le cas de la convention collective nationale (CCN) de l'hospitalisation privée à but lucratif, de la CCN des pompes funèbres.

<sup>19</sup> CCN de la conchyliculture, CCN de l'accoupage, CCN céréales, meunerie, approvisionnement, alimentation (bétail), oléagineux.

<sup>20</sup> CCN des industries agroalimentaires, CCN des centres équestres, CCN hôtellerie de plein air, CCN mareyeurs expéditeurs.

<sup>21</sup> CCN du thermalisme.

<sup>22</sup> Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 11-12.326.

Dans le même ordre d'idée, un salarié, bien que directeur de magasin et ayant donc un niveau hiérarchique élevé, qui doit être présent à l'ouverture et à la fermeture du magasin pour accomplir des tâches de réception des marchandises ne peut relever d'un forfait en heures<sup>23</sup>.

Enfin, un salarié qui, bien qu'ayant une durée du travail impossible à déterminer (il en va ainsi souvent des livreurs ou des techniciens de maintenance), dépend d'un emploi du temps décidé par l'employeur en fonction des demandes des clients ne peut valablement être soumis à un forfait en jours faute de disposer d'autonomie dans la gestion de son emploi du temps<sup>24</sup>.

En matière de temps partiel, la loi permet à l'accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, à l'accord de branche étendu<sup>25</sup> d'établir des règles particulières pour la mise en place de temps partiels.

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, la liberté laissée aux négociateurs était particulièrement encadrée, notamment en ce qui concerne les catégories de salariés concernés, les modes de décompte du temps de travail, la durée minimale hebdomadaire ou mensuelle de travail et les limites de la variation du travail.

La loi du 20 août 2008 autorise l'accord, d'entreprise ou d'établissement, ou de branche étendu, à déroger à la loi en ce qui concerne la limitation du nombre d'heures complémentaires, l'interdiction d'interruption de la journée de travail et la durée du délai de prévenance.

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 exige cependant que, pour tout contrat à temps partiel, soit respectée une durée minimale hebdomadaire de travail de 24 heures.

Le principe est donc qu'aucun accord qui organise le recours au temps partiel ne peut prévoir que les salariés à temps partiel auront une durée hebdomadaire de travail inférieure à 24 heures.

La loi du 14 juin 2013 prévoit cependant une dérogation collective à cette durée hebdomadaire d'au moins 24 heures : une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir une durée inférieure, à la condition de déterminer les garanties quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à 24 heures hebdomadaires.

Si le recours à un accord de branche apparaît comme étant une approche à contrecourant des dernières évolutions législatives qui privilégient la négociation d'entreprise, la loi n'est, sur ce point, que la transcription fidèle de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013.

En revanche, le législateur est allé au-delà de la volonté des négociateurs de l'ANI en exigeant que l'accord de branche soit étendu pour déroger à la durée hebdomadaire minimale de 24 heures, faisant ainsi le choix de confier à l'autorité administrative un pouvoir de contrôle supplémentaire sur les dispositifs mis en place.

Ce qui ressort en définitive de ce dispositif est que l'employeur est exclu du débat quant à la durée minimale du temps partiel.

Eu égard aux exigences posées par la loi du 14 janvier 2013 quant à la fixation d'une durée hebdomadaire de travail inférieure à 24 heures, les accords de branche étendus conclus antérieurement à son entrée en vigueur et fixant déjà une durée inférieure à 24 heures devront être actualisés dans la mesure où, *a priori*, ils ne comportent pas les contreparties exigées par la loi.

Au bilan, peu de branches ont fait le choix de ne pas déroger à la durée minimale légale.

Dans le secteur de la propreté par exemple, un accord de branche étendu a ramené la durée minimale hebdomadaire à 16 heures avec pour contrepartie l'impossibilité de demander au salarié d'effectuer plus de trois vacations par jour sur une amplitude maximale de 13 heures et un regroupement des horaires de travail sur dix demi-journées régulières au maximum par semaine.

Ces garanties ont été jugées suffisantes par le Conseil d'État<sup>26</sup>, saisi d'un recours à l'encontre de l'arrêt d'extension, au regard notamment des « *spécificités de l'activité du secteur de la propreté et notamment aux nécessités d'adapter les conditions d'intervention des salariés aux horaires d'activité des entreprises clientes* ».

#### **IV. - Accord dérogatoire requérant l'acceptation ou l'accord individuel du salarié**

Le domaine des forfaits en jours est un exemple particulièrement topique d'un accord collectif dérogatoire dont la mise en œuvre effective nécessite l'acceptation expresse du salarié.

À l'origine, aucune disposition de la loi « Aubry II » n'organisait la forme que devait revêtir la convention individuelle de forfait en jours.

Cette précision a été apportée par la Cour de cassation, qui a jugé que les conventions individuelles de forfait établies sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle devaient nécessairement être passées par écrit<sup>27</sup>.

Cette règle a été expressément adoptée par le législateur lorsque, avec la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, il a étendu à certains salariés autonomes le dispositif du forfait en jours. À l'occasion de l'examen de cette disposition, le Conseil constitutionnel a précisé que l'accord individuel écrit du salarié participait aux garanties permettant le respect des exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos, résultant

<sup>23</sup> Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-12.527.

<sup>24</sup> Soc., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.986.

<sup>25</sup> Article L. 3123-5 ancien du code du travail ; article L. 3123-17 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, cette loi donnant primauté à l'accord d'entreprise ou d'établissement.

<sup>26</sup> CE, 9 mars 2016, requête n° 383825.

<sup>27</sup> Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 06-45.990, *Bull.* 2008, V, n° 71.



du onzième alinéa du préambule de 1946<sup>28</sup>. L'exigence d'un écrit n'est donc pas une simple règle de preuve, elle est consubstantielle au dispositif de forfait en jours et au mécanisme de protection de la santé du salarié<sup>29</sup>. La Cour de cassation a naturellement repris la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour écarter la question prioritaire de constitutionnalité qui contestait la jurisprudence exigeant une convention individuelle écrite<sup>30</sup> pour des faits antérieurs à la loi de 2005.

La formalité de l'écrit répondant, d'abord, aux exigences de droit à la santé et au repos du salarié, qui doit pouvoir mesurer les conséquences de son engagement, son consentement ne saurait résulter d'un simple renvoi du contrat à la convention collective<sup>31</sup>. Il doit s'agir d'un document spécifique, signé par le salarié et l'employeur, pouvant prendre la forme d'une clause du contrat de travail, d'un avenant à celui-ci ou d'une convention distincte, pourvu que le consentement du salarié ait été clairement exprimé.

L'accord du salarié ne doit pas porter uniquement sur le principe même d'un décompte de la durée du travail, mais également sur le nombre de jours inclus dans le forfait<sup>32</sup>. La chambre sociale censure les références à une fourchette<sup>33</sup> ou à un nombre maximal de jours de travail<sup>34</sup>.

Ces approximations laissent en effet dans le flou le salarié qui est dans l'incapacité de déterminer le seuil à partir duquel il pourrait demander le paiement des jours de travail supplémentaires, ou bien leur conversion en jours de repos déduits du forfait de l'année suivante, ou encore l'affectation des jours de repos sur un compte épargne-temps, ou enfin la possibilité de renoncer à une partie des jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire. La convention individuelle de forfait doit donc fixer le nombre de jours de travail convenus par les parties dans la limite du plafond prévu par cet accord collectif. En effet, la convention collective fixe non pas le nombre de jours de travail obligatoirement inclus dans le forfait mais un maximum et les parties restent libres de fixer le forfait à un montant inférieur.

En matière de temps partiel, la loi du 14 juin 2013 a prévu qu'il pouvait être dérogé à la durée minimale de 24 heures hebdomadaire qu'impose désormais la loi si le salarié en fait la demande écrite et motivée, pour lui permettre de cumuler plusieurs activités professionnelles ou de faire face à des contraintes personnelles.

Ainsi, l'accord exprès et individuel du salarié va permettre de déroger à une exigence posée par la loi à la validité de l'accord collectif.

La loi est cependant muette quant à la question de savoir ce qu'il y a lieu de faire lorsque le salarié ne justifie plus de contraintes personnelles, ou encore ne remplit plus les conditions dérogatoires et demande un passage à une durée d'au moins 24 heures.

La chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas encore été saisie de cette question, mais celle-ci peut, à notre sens, être envisagée sous l'angle de la force obligatoire du contrat. Seule une modification acceptée par les deux parties pourrait aménager la durée du travail initialement convenue. L'employeur pourrait donc refuser la demande du salarié, ce refus se devant d'être exempt de tout abus et être concilié avec la priorité d'emploi. C'est d'ailleurs en ce sens que l'ordonnance n° 2015-82 du 19 janvier 2015 a été adoptée, puisqu'elle étend le régime de la priorité d'emploi aux demandes de passage à une durée d'au moins 24 heures. Concrètement, l'employeur ne pourra refuser ces demandes que s'il justifie ne pas disposer d'un emploi équivalent.

## V. - Les sanctions applicables

Le législateur n'a pas expressément prévu quelle devait être la sanction d'un accord collectif irrégulier.

C'est donc en ce domaine que la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a eu un apport décisif.

Elle a mobilisé, pour ce faire, largement les règles du droit des contrats et en particulier, mais sans y recourir expressément, les dispositions des nouveaux articles 1178 (« *un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul [...] Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé* ») et 1184 (« *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'empêche nullement de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ») du code civil, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, renvoyant ainsi à l'aspect « négocié » de l'accord collectif.

La première distinction à faire concerne l'accord collectif porteur en lui-même d'une irrégularité, et un défaut d'exécution par l'employeur des stipulations d'un accord collectif valable.

Cette distinction a été introduite par un arrêt de la chambre sociale du 24 avril 2013 rendu en matière de forfait en jours<sup>35</sup>.

Dans l'hypothèse d'un défaut d'exécution par l'employeur des stipulations de l'accord collectif, la sanction est celle de la privation d'effets de l'accord à compter de la défaillance et aussi longtemps que celle-ci dure.

Certes, cette privation d'effets entraîne le retour au droit commun, à l'application de la loi, ce qui est également l'un des effets de la nullité, et l'on peut en conséquence s'interroger sur l'intérêt pratique de la distinction. Il tient, à

<sup>28</sup> Conseil constitutionnel, 29 juillet 2005, décision n° 2005-523 DC.

<sup>29</sup> Soc., 4 novembre 2015, pourvoi n° 14-10.419, *Bull.* 2015, V, n° 223, censurant une cour d'appel ayant déduit de mentions sur le bulletin de paie la réalité d'une convention de forfait en jours.

<sup>30</sup> Soc., 7 juillet 2015, QPC n° 15-12.417, *Bull.* 2015, V, n° 136.

<sup>31</sup> Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.593, *Bull.* 2012, V, n° 44.

<sup>32</sup> Soc., 16 novembre 2007, pourvoi n° 06-40.417 ; Soc., 11 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.325 ; Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 12-29.141, *Bull.* 2014, V, n° 76.

<sup>33</sup> Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 12-29.141, *Bull.* 2014, V, n° 76.

<sup>34</sup> Soc., 12 février 2015, pourvoi n° 13-17.516.

<sup>35</sup> Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, *Bull.* 2013, V, n° 117.

notre sens, essentiellement au fait que l'employeur, qui respectera à nouveau les stipulations d'un accord collectif, pourra en revendiquer son application, ce qui est bien évidemment exclu en cas de nullité.

Ainsi, la chambre sociale a jugé que le non-respect par l'employeur des stipulations conventionnelles destinées à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés en forfait en jours prive d'effet les conventions individuelles de forfait en jours<sup>36</sup>. Le salarié est en conséquence fondé à réclamer un décompte de son temps de travail sur la base de 35 heures hebdomadaires et, s'il émet sa demande à ce titre, le paiement des heures supplémentaires éventuellement effectuées au cours de la période d'inexécution de l'accord collectif, la convention individuelle de forfait en jours reprenant son cours dès lors que l'employeur se conforme aux exigences conventionnelles.

Lorsque l'accord collectif est irrégulier, il convient, au vu de la jurisprudence de la chambre sociale, de s'interroger sur la portée de la norme qui n'a pas été respectée par l'accord.

Cette jurisprudence fait écho à l'arrêt du 24 février 2017 rendu en chambre mixte<sup>37</sup>, qui pose comme principe que la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général, tandis que la nullité est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé.

Si la norme qui n'est pas respectée par l'accord est impérative ou conditionne la validité de l'accord dans son ensemble, la chambre sociale juge que les stipulations conventionnelles ne peuvent recevoir application et qu'il y a lieu, en conséquence, de dire nulle la convention individuelle conclue entre l'employeur et le salarié en application de l'accord, et d'appliquer les dispositions légales auxquelles l'accord dérogeait.

Ce mécanisme complexe s'explique par le fait que le juge judiciaire n'étant pas le juge de la légalité de l'accord, il ne peut en prononcer la nullité *erga omnes*, même si le fait que la Cour de cassation ait jugé, en matière de forfait en jours, que le juge devait relever d'office l'irrégularité de l'accord collectif au regard des règles relatives à la santé et à la sécurité du travailleur, et ait elle-même examiné d'office la validité d'accords collectifs au regard de ces règles, a pu produire des effets, en pratique, se rapprochant d'une nullité *erga omnes*<sup>38</sup>.

Ainsi, s'agissant des forfaits en jours, une convention individuelle conclue en application d'un accord collectif ne comportant pas de stipulations permettant d'assurer la santé et la sécurité du salarié est nulle.

La conséquence en est que le salarié est fondé à revendiquer un décompte horaire de son temps de travail et, le cas échéant, si les règles de preuve de droit commun sont respectées, un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires.

Certains employeurs ont fait valoir que, dans le cadre d'un forfait en jours, la rémunération tenait déjà compte de l'accomplissement d'un horaire supérieur à la durée légale, de sorte qu'elle ne pouvait servir de base au calcul du rappel de salaire dû au titre des heures supplémentaires, qu'elle intègre déjà.

S'il est vrai que la chambre sociale a jugé, dans le cadre de la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, qu'il y avait lieu d'appliquer le taux horaire d'un salarié permanent inférieur à celui d'un « intermittent », mieux rémunéré en raison de la précarité de son statut<sup>39</sup>, il y a lieu de relever que, dans cette hypothèse, on ne passe pas d'un décompte en jours à un décompte en heures. Il semble difficile, s'agissant d'un forfait en jours initialement convenu, de prendre en compte l'accomplissement d'heures supplémentaires qui, par définition, n'avaient pas été prévues à l'origine.

La chambre sociale a jugé que l'employeur était fondé à invoquer l'absence d'écrit et donc à décompter sur une base horaire le temps de travail<sup>40</sup>.

La conséquence de cette décision est que l'employeur est en droit, lorsqu'il n'y a pas d'accord collectif conforme, de s'abstraire du dispositif de forfait en jours et de décompter le temps de travail sur une base horaire. Le caractère d'ordre public de direction des règles gouvernant le forfait en jours justifie une telle solution.

En matière de travail intermittent, lorsque l'accord collectif ne comporte pas de façon précise les emplois permanents pouvant être pourvus par la conclusion de contrats de travail intermittent, le contrat de travail intermittent conclu entre le salarié et l'employeur est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet<sup>41</sup>, sans qu'il y ait lieu de faire jouer la présomption simple qui existe s'agissant d'un contrat de travail à temps partiel ne répondant pas aux conditions prévues par la loi.

Cette requalification inéluctable en contrat de travail à temps plein n'est que la conséquence de l'application du droit commun.

Admettre le jeu d'une présomption simple, que l'employeur aurait pu renverser en démontrant que le salarié connaissait à l'avance ses périodes de travail et n'avait pas à se tenir à sa disposition, aurait pu permettre le maintien d'un contrat de travail intermittent par nature illicite parce que prévu par un accord collectif ne répondant pas aux conditions posées par la loi.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de cassation n'a pas renvoyé au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité critiquant cette jurisprudence quant à la sanction de requalification automatique<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-11.940, *Bull.* 2014, V, n° 172 ; Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-11.034 ; Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 14-15.171, publié au *Bulletin*.

<sup>37</sup> Chambre mixte, 24 février 2017, pourvoi n° 15-20.411, publié au *Bulletin*.

<sup>38</sup> Un certain nombre de branches professionnelles, prenant acte de décisions de la Cour de cassation invalidant des accords collectifs en matière de forfait en jours, ont ainsi renégocié des accords conformes aux prescriptions posées par la chambre sociale.

<sup>39</sup> Soc., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-43.141 ; 19 mai 2010, pourvoi n° 09-41.464, 2 avril 2014, pourvoi n° 13-10.887.

<sup>40</sup> Soc., 4 novembre 2015, pourvoi n° 14-10.419, *Bull.* 2015, V, n° 223.

<sup>41</sup> Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-11.382, publié au *Bulletin*.

<sup>42</sup> Soc., 10 juillet 2013, QPC n° 13-10.759 et n° 13-10.760, *Bull.* 2013, V, n°s 185 et 186.

La chambre sociale n'a pas eu encore à se prononcer sur le point de savoir si l'employeur pouvait, comme le salarié, demander la requalification du contrat de travail intermittent en contrat de travail à temps plein faute pour l'accord collectif d'énumérer avec précision les emplois pour lesquels il peut être recouru à l'intermittence.

Il nous semble cependant que cette exigence posée par la loi relève de l'ordre public de direction et qu'à l'instar de ce qu'a jugé la chambre sociale en matière de forfait en jours, l'employeur serait tout aussi fondé à demander la requalification du contrat de travail intermittent en contrat de travail à temps plein.

Il convient enfin de souligner que le retour au droit commun du fait de l'irrégularité de l'accord collectif s'entend du droit commun applicable aux relations entre le salarié et l'employeur.

La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans une affaire où l'employeur avait mis en place une modulation illicite du temps de travail sur l'année, faute d'un accord collectif l'y autorisant. A été censuré le décompte par la cour d'appel du temps de travail du salarié sur la base des 35 heures hebdomadaires. Dans la mesure où l'entreprise était une entreprise de transport routier et que le décret n° 2007-13 du 4 janvier 2007 autorisait un décompte du temps de travail sur une durée supérieure à la semaine, sans pouvoir dépasser trois mois, après avis du comité d'entreprise, et qu'en l'espèce l'employeur avait recueilli l'avis du comité d'entreprise pour décompter le temps de travail sur trois mois, il y avait lieu d'appliquer ce mode de décompte<sup>43</sup>.

Lorsque la norme qui n'est pas respectée par l'accord collectif ne remet pas en cause l'essence même de l'accord, la chambre sociale de la Cour de cassation n'écarte pas la totalité de l'accord collectif, mais seulement la stipulation illicite, pour appliquer, sur ce point seulement, la disposition législative violée.

Ainsi, en matière d'annualisation du temps de travail, la loi prévoit comme seuil de déclenchement des heures supplémentaires un plafond qui ne peut dépasser 1 607 heures<sup>44</sup>.

Si l'accord collectif fixe un seuil supérieur à 1 607 heures, ce seuil est illicite, mais cette illicéité n'affecte pas la validité de l'accord lui-même<sup>45</sup> car elle n'est ni déterminante ni essentielle pour la mise en place d'une annualisation du temps de travail.

La sanction attachée à un seuil illicite de déclenchement des heures supplémentaires va être d'appliquer, sur ce point uniquement, le seuil maximal de 1 607 heures maximal prévu par la loi, le salarié étant fondé à réclamer, s'il a été dépassé, le paiement d'heures supplémentaires<sup>46</sup>.

La chambre sociale de la Cour de cassation n'a eu, jusqu'à présent, qu'à statuer pour des situations passées.

La question se pose cependant de savoir quelle va être la sanction, pour l'avenir, d'un accord collectif irrégulier.

Est ainsi actuellement pendant devant la chambre sociale un litige opposant un employeur à un salarié avec lequel avait été conclue une convention de forfait en heures.

Cette convention de forfait en heures est nulle, faute pour le salarié d'être éligible à ce mode de décompte du temps de travail au sens de la loi et de l'accord collectif applicable.

L'employeur, ne voulant pas maintenir une situation illicite, a soumis ce salarié, pour l'avenir, aux règles de droit commun en matière de décompte du temps de travail, à savoir un décompte hebdomadaire sur la base de 35 heures, en lui maintenant le taux horaire stipulé dans la convention de forfait en heures.

Le salarié n'ayant pas accompli d'heures supplémentaires, cela a eu pour effet de diminuer sa rémunération mensuelle.

Le salarié a alors saisi la juridiction prud'homale en faisant valoir que l'employeur avait modifié unilatéralement son contrat de travail.

Peut-on suivre un tel raisonnement alors qu'une convention individuelle de forfait en heures conclue par un salarié ne répondant pas aux conditions d'éligibilité est nulle, que cette nullité en raison de la méconnaissance de dispositions d'ordre public a pour effet l'effacement rétroactif de la convention frappée de nullité, qui est censée n'être jamais intervenue, et que, logiquement, ce qui est censé n'avoir jamais existé ne peut être modifié, telles sont les questions auxquelles la chambre sociale aura, dans le cadre de ce contentieux, à répondre, ajoutant ainsi un nouveau chapitre à la construction jurisprudentielle des sanctions applicables en matière d'accord dérogatoire.

<sup>43</sup> Soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-22.043, *Bull.* 2015, V, n° 62.

<sup>44</sup> Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.083, *Bull.* 2012, V, n° 251.

<sup>45</sup> Soc., 17 décembre 2014, pourvois n°s 13-13.502 à 13-13.505, *Bull.* 2014, V, n° 305.

<sup>46</sup> Soc., 14 novembre 2013, pourvois n°s 11-17.644 à 11-17.647, *Bull.* 2013, V, n° 270.

# *Le régime de l'accord collectif dérogatoire De la dérogation à la supplétivité<sup>1</sup>*

*Alexia Gardin, professeur à l'université de Lorraine, IFG*

**Questionnements et périmètre.** Le régime de l'accord collectif dérogatoire n'échappe pas à la règle selon laquelle un même sujet peut être scruté sous de multiples angles. L'une des entrées possibles consiste à se demander si l'on peut véritablement parler d'un « régime » de l'accord collectif dérogatoire au sens où les règles qui l'entourent diffèrent fondamentalement de celles qui encadrent l'accord collectif de droit commun. Il s'agit alors de partir en quête des particularismes en comparant les acteurs de la négociation, les conditions de conclusion, le cadre de détermination du contenu ou encore le système de sanction attaché au non-respect des stipulations.

Mais pour mener à bien l'exercice, plusieurs précautions s'imposent. La première, dictée essentiellement par des considérations de réalisme, consiste à limiter l'investigation à l'accord collectif dérogatoire entendu strictement, c'est-à-dire à l'accord qui écarte une règle étatique en principe applicable. Ce choix d'exclure le rapport dérogatoire entre accords collectifs se justifie tant par l'ampleur de l'investigation qui aurait dû être menée que par les doutes qui peuvent être émis sur son utilité. Ampleur de l'investigation, d'abord, car le régime de l'accord collectif dérogatoire à un autre accord collectif ne peut être scruté sans une plongée dans quantité de normes conventionnelles. Dans cette configuration, c'est en effet l'accord de niveau supérieur qui reste le chef d'orchestre de ses relations avec l'accord de niveau inférieur. Ainsi l'accord de branche peut interdire la dérogation par l'accord d'entreprise ou l'encadrer par certaines règles, comme le législateur le fait quand il autorise la dérogation<sup>2</sup>. Doute sur l'utilité, ensuite, dès lors qu'il a été démontré que la plupart des accords de branche conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004<sup>3</sup> comportait des clauses de verrouillage interdisant la dérogation<sup>4</sup>. C'est du reste en partie pour contrer ce constat que la loi du 20 août 2008<sup>5</sup> s'est engagée dans une autre voie, celle de la supplétivité de l'accord de branche par rapport à l'accord décentralisé. Cette technique, qui affirme la primauté de l'accord d'entreprise, prive la branche de toute capacité de résistance puisqu'il n'est plus question pour elle de poser la règle de référence<sup>6</sup>. Ses prévisions ne sont là que pour pallier une carence<sup>7</sup>. L'évolution est d'importance. Elle nous amène à la seconde précaution commandée par l'objectif assigné : intégrer pleinement les profondes reconfigurations qui affectent le droit du travail en général<sup>8</sup>, et les rapports de la loi et de l'accord collectif en particulier. L'on sait en effet que la tendance actuelle est clairement orientée vers une montée en puissance de la technique de la supplétivité et un repli de celle de la dérogation, même si cette dernière subsiste<sup>9</sup>. La loi du 8 août 2016<sup>10</sup> est de ce point de vue particulièrement emblématique puisque sur plusieurs thématiques réformées, le législateur a clairement fait le choix d'une loi supplétive au lieu et place d'une loi supportant la dérogation. Surgit alors une difficulté nouvelle : identifier le champ exact de la dérogation conventionnelle à la loi et celui de sa supplétivité<sup>11</sup>. Mais le changement de technique offre également à l'analyste une opportunité, celle d'enrichir son questionnement en mesurant l'impact de l'évolution législative sur le régime applicable. Le passage de la dérogation autorisée à la supplétivité organisée s'accompagne-t-il de changements au niveau du régime des dispositifs concernés ? Peut-on en particulier identifier un allègement du cadre posé ?

L'accord collectif dérogatoire : un régime spécifique ? L'impact du passage à la supplétivité : un encadrement allégé ? Telles sont les deux questions qui guideront notre propos. Elles supposent l'une comme l'autre le choix d'un terrain d'observation pertinent, un terrain permettant l'identification de cas de dérogation devenus cas de supplétivité.

**Choix du terrain d'observation : le droit du temps de travail.** S'agissant de la dérogation à la loi, un terrain d'observation semblait s'imposer : celui du temps de travail, qui incarne aujourd'hui la figure de la déréglementation, ce qui n'est pas loin de constituer un paradoxe si on se souvient qu'historiquement, il a constitué le premier terrain de la réglementation sociale. Sans doute est-il inutile de rappeler que c'est dans cette matière que sont

<sup>1</sup> Le style oral de la contribution a été en partie conservé.

<sup>2</sup> Article L. 2253-3 du code du travail.

<sup>3</sup> Loi n° 2004-391 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. C'est cette loi qui a donné naissance à l'accord collectif dérogatoire à un autre accord collectif.

<sup>4</sup> M. Marquet de Vasselot et A. Martinon, « L'articulation croisée des accords collectifs », *JCP* 2016, éd. S, 1150.

<sup>5</sup> Loi n° 2008-789 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

<sup>6</sup> H. Tissandier, « Les rapports entre accords collectifs », *RDT* 2016, p. 795.

<sup>7</sup> Pour une illustration des effets du changement d'approche : Soc., 1<sup>er</sup> mars 2017, pourvoi n° 16-10.047.

<sup>8</sup> Sur ces mouvements, F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre », première partie, *Dr. soc.* 2016, p. 1038 ; seconde partie, *Dr. soc.* 2017, p. 47.

<sup>9</sup> G. Borenfreund, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 781.

<sup>10</sup> Loi n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

<sup>11</sup> Nous y reviendrons.

nées les premières facultés de déroger aux normes étatiques avec l'ordonnance du 27 septembre 1967<sup>12</sup>, qui avait permis à un accord collectif étendu de déroger aux modalités de répartition des horaires collectifs prévues par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 sur la semaine de 40 heures<sup>13</sup>. Le mouvement est allé croissant ensuite, avec la multiplication, à partir de 1982, de facultés de dérogation sur des thèmes importants relatifs au temps de travail, d'abord au profit de la négociation de branche puis de la négociation d'entreprise, qui est progressivement devenue le niveau à privilégier<sup>14</sup>. Particulièrement emblématique de ce double mouvement (multiplication des facultés de dérogation, montée en puissance de l'accord d'entreprise) est la loi du 4 mai 2004, qui a ouvert largement à l'accord d'entreprise les facultés de dérogations jusqu'alors réservées à l'accord de branche et autorisé le premier à déroger au second.

Mais si le lien entre temps de travail et dérogation apparaît peu discutable, le choix de ce terrain apparaît tout aussi pertinent s'agissant de la supplétivité. Là encore, on se souviendra que c'est en matière de majoration des heures supplémentaires que la technique a fait son apparition en 2003, lorsque le législateur a décidé d'abandonner la dérogation au profit de la supplétivité en renvoyant à la négociation collective la détermination du montant de la majoration et en n'imposant ses taux qu'à défaut de convention ou d'accord collectif<sup>15</sup>. La technique a ensuite gagné régulièrement du terrain<sup>16</sup> jusqu'à la loi du 8 août 2016, qui marque son avènement, même si la dérogation réapparaît parfois là où on ne l'attendait pas.

**Identification des cas de dérogation et de supplétivité.** Le moins que l'on puisse dire est que, depuis l'entrée en vigueur de la loi « travail », le titre I du livre III du code du travail a changé de visage. En matière de temps de travail et de congés, les règles s'ordonnent désormais autour d'une distinction entre « l'ordre public », le « champ de la négociation collective » et « les dispositions supplétives » applicables en l'absence d'accord d'entreprise ou de branche. De prime abord, un tel découpage pourrait laisser à penser que la dérogation a disparu et que, comme l'affirmait l'étude d'impact de la loi travail, « la négociation collective n'est plus un outil de dérogation à la loi mais acquiert un champ propre »<sup>17</sup>. Il est vrai que le découpage met incontestablement l'accent sur la supplétivité puisque, à s'en tenir aux intitulés, la loi définit un champ à la négociation collective (niveau 2) aux côtés du champ législatif (niveau 1) et se retire de ce champ pour n'y revenir que si aucun accord collectif n'a été conclu (niveau 3). La réalité est tout autre et elle se découvre en scrutant le niveau 2, qui contient des dispositions relevant clairement de la dérogation conventionnelle à la loi.

Tel est le cas du dépassement de la durée maximale quotidienne de travail effectif, qui peut être portée de 10 à 12 heures par un accord d'entreprise ou, à défaut, un accord de branche<sup>18</sup>, ou de celui de la durée maximale hebdomadaire, pouvant être portée de 44 à 46 heures dans les mêmes conditions<sup>19</sup>. On trouve également d'autres possibilités de dérogation conventionnelle dans le régime du travail de nuit<sup>20</sup>, du repos quotidien<sup>21</sup>, des congés payés<sup>22</sup> ou encore du repos dominical<sup>23</sup>.

La dérogation conventionnelle n'a donc pas disparu en matière de temps de travail, même si elle a cédé du terrain à la supplétivité sur certaines thématiques. L'exemple de la durée minimale du travail à temps partiel est de ce point de vue particulièrement illustratif. Alors que la loi du 14 juin 2013 avait fixé cette durée à 24 heures tout en autorisant un accord de branche étendu à fixer une durée moindre, la loi du 8 août 2016 pose le principe d'un droit pour tout salarié à temps partiel à une durée minimale<sup>24</sup>, tout en renvoyant aux partenaires sociaux de la branche la définition du quantum<sup>25</sup>. Ce n'est qu'en l'absence d'accord que la durée minimale légale de 24 heures trouve à s'appliquer<sup>26</sup>. Elle est donc clairement devenue supplétive. Le même constat peut être fait en matière de rémunération des heures supplémentaires avec un taux de majoration laissé à la détermination des partenaires sociaux (dans la limite légale de 10 %) et des taux légaux de 25 et 50 % devenus supplétifs<sup>27</sup>. C'est le retour à copie livrée par la loi du 17 janvier 2003 que la recodification de 2008 avait un temps fait disparaître. La question qui se pose alors est de savoir si ce changement a impacté le régime de l'accord collectif, si les cas de supplétivité sont moins encadrés que les cas de dérogation conventionnelle, si l'heure est au relâchement des contraintes.

Mais avant de tenter d'apporter une réponse à cette question, revenons à notre interrogation initiale : peut-on véritablement parler d'un régime de l'accord collectif dérogatoire au sens où l'appel à la technique dérogatoire commanderait l'application de règles que l'on ne retrouve pas pour l'accord collectif de droit commun ? À l'étude, il semble permis d'en douter.

<sup>12</sup> Ordonnance n° 67-830 relative à l'aménagement des conditions de travail.

<sup>13</sup> Comme le relève F. Canut (« Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.* 2010, p. 379), même si cette possibilité de dérogation ne fut guère exploitée en pratique, elle a constitué la première remise en cause de la combinaison traditionnelle des sources en droit du travail puisqu'elle permettait que des accords interviennent sur une question déjà réglée par une norme étatique, sans qu'ils se révèlent pour autant forcément favorables aux salariés.

<sup>14</sup> Pour un rappel des différentes étapes, v. M. Poirier, « Négociation collective : arrêter le massacre. Première partie : la négociation collective, reflet des finalités du droit du travail », *Dr. ouvr.* 2013, p. 85 et s.

<sup>15</sup> Avant que la recodification de 2008 ne revienne à la formule antérieure et à un cas de dérogation.

<sup>16</sup> Avec pour point d'orgue la loi du 20 août 2008, qui l'a introduite notamment pour le volume du contingent annuel des heures supplémentaires, les conditions de recours aux astreintes, les conditions de report des heures de travail en cas d'horaires individualisés, la définition du travail de nuit, la détermination du délai de prévenance des changements en cas de modulation du temps de travail ou de répartition de la durée du temps de travail sur tout ou partie de l'année, ou encore les conditions de mise en place du travail à temps partiel à la demande des salariés.

<sup>17</sup> V. étude d'impact, p. 32.

<sup>18</sup> Article L. 3121-19 du code du travail.

<sup>19</sup> Article L. 3121-23 du code du travail.

<sup>20</sup> Article L. 3122-17 du code du travail : dépassement de la durée quotidienne du travail accompli.

<sup>21</sup> Article L. 3131-2 du code du travail : dérogation à la durée minimale légale de 11 heures.

<sup>22</sup> Articles L. 3141-20 et s. du code du travail : règles de fractionnement des congés payés.

<sup>23</sup> Articles L. 3132-14 à L. 3132-19 du code du travail.

<sup>24</sup> Article L. 3123-7 du code du travail.

<sup>25</sup> Article L. 3123-19 du code du travail.

<sup>26</sup> Article L. 3123-27 du code du travail.

<sup>27</sup> Articles L. 3121-33 et L. 3121-36 du code du travail.

**L'accord collectif dérogatoire : un régime spécifique ?** Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel à plusieurs reprises<sup>28</sup>, la dérogation conventionnelle à la loi n'est possible que pour autant que le législateur ait défini de façon précise l'objet et les conditions de la dérogation. Un cadre légal demeure donc nécessaire, de sorte qu'avec cette technique, la loi conserve un caractère impératif et que l'on ne saurait voir dans l'essor de la dérogation conventionnelle une inversion de la hiérarchie des normes<sup>29</sup>.

Au titre des conditions de la dérogation, peuvent être posés des éléments de régime divers et variés : type d'accord, conditions de conclusion, appel à certains acteurs, exigences de contenu. Ils diffèrent d'un cas à l'autre, ont pu évoluer au fil des interventions législatives, mais une tendance semble pouvoir être identifiée : celle d'un rapprochement avec le régime de droit commun. Le mouvement est tout particulièrement perceptible au niveau des conditions de conclusion de l'accord et des acteurs concernés.

*S'agissant des conditions de conclusion de l'accord*, ne subsiste aujourd'hui plus aucune spécificité alors qu'elles ont été la marque des premières autorisations de dérogation. L'on se souvient en effet que la loi du 13 novembre 1982<sup>30</sup> avait assorti la dérogation conventionnelle d'un droit d'opposition offert aux syndicats non signataires<sup>31</sup>. C'était bien sûr une autre époque, où un seul syndicat représentatif même minoritaire pouvait valablement conclure une convention ou un accord collectif. Le droit d'opposition était alors une véritable particularité du régime de l'accord dérogatoire. Aujourd'hui les choses ont bien changé. Ce sont les mêmes règles qui président à la validité de toutes les conventions et de tous les accords collectifs de travail, quel que soit leur contenu. La loi du 4 mai 2004 a commencé par généraliser le droit d'opposition à toutes les conventions et à tous les accords collectifs avant que la loi du 20 août 2008 ne vienne ajouter une exigence majoritaire d'engagement sans égard pour le contenu de l'accord<sup>32</sup>. Certes, les paramètres de cette exigence ne sont pas les mêmes selon le niveau de conclusion de l'accord ou le thème considéré<sup>33</sup>, et certains paramètres ont pu un temps être réservés aux accords dérogatoires ou du moins à certains d'entre eux. C'était le cas de l'exigence majoritaire d'engagement à 50 %, que l'on retrouvait uniquement pour les accords dérogatoires d'entreprise « les plus sensibles »<sup>34</sup> : accords de plan de sauvegarde de l'emploi<sup>35</sup>, de maintien de l'emploi, de modification de la périodicité des obligations de négocier<sup>36</sup> ou encore de regroupement des instances représentatives du personnel<sup>37</sup>. En généralisant l'exigence majoritaire d'engagement à 50 % pour les accords d'entreprise, la loi du 8 août 2016 a fait disparaître les derniers îlots de spécificité. De la même façon, elle n'a prévu d'exception au recours au référendum palliatif que pour un seul type d'accord dérogatoire<sup>38</sup>, ce qui n'autorise pas l'identification d'un particularisme de régime.

Soumis aux mêmes conditions de conclusion, l'accord collectif dérogatoire est également le fait *des mêmes acteurs*. Là encore, le constat d'une absence de spécificité s'impose rapidement. Lorsque le législateur accorde une faculté de dérogation, il le fait en visant un niveau de conclusion de l'accord : la branche, l'entreprise, l'établissement. Le mouvement à l'œuvre n'aura échappé à personne. Si dans un premier temps les autorisations de déroger à la loi ont été réservées aux conventions et accords de branche étendus - ce qui impliquait l'intervention de l'administration -, elles ont été progressivement offertes à la négociation d'entreprise ou d'établissement, ce qui n'a pas été sans une augmentation des possibilités de conflits entre accords dérogatoires de niveaux différents, jusqu'à ce que le législateur s'oriente plus avant vers la supplétivité de l'accord de branche, qui marque désormais tout le droit de la durée du travail<sup>39</sup>. Un exemple peut être donné s'agissant de la possibilité de déroger au principe du paiement majoré des heures supplémentaires par l'octroi d'un repos compensateur. Après avoir ouvert la faculté de dérogation à « une convention ou un accord étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement », la loi de 2008 l'a accordée à « une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche »<sup>40</sup>. Si la technique dérogatoire est toujours présente, elle s'accompagne désormais de la supplétivité de l'accord de branche, qui prive cette dernière de toute capacité de résistance. L'accord collectif de branche supplée l'absence totale ou partielle d'accord collectif d'entreprise. Tout conflit de norme se trouve empêché. Sur un autre registre, l'exemple pris permet de mettre en relief la fin de ce qui pouvait être présenté comme une spécificité de régime des accords dérogatoires au tout début de leur institution : la présence d'un contrôle de l'administration via l'exigence d'un accord de branche étendu. Cette dernière s'expliquait par l'importance du cadrage légal du contenu de l'accord. Les premières facultés de dérogation étaient en effet enfermées dans des limites et conditions que l'intervention de l'administration permettait de placer sous contrôle. C'est beaucoup moins vrai aujourd'hui<sup>41</sup>. En tout état de cause, l'option de l'ouverture des facultés de dérogation au niveau de l'entreprise condamnait l'exigence.

Ce sont donc les acteurs classiques de la négociation collective que l'on retrouve dans le cadre de la dérogation conventionnelle à la loi. Même la négociation selon un mode dérogatoire a vocation à se déployer dans ce champ

<sup>28</sup> Conseil constitutionnel, 29 avril 2004, décision n° 2004-494 DC ; Conseil constitutionnel, 28 décembre 2006, décision n° 2006-545 DC.

<sup>29</sup> V. F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016, p. 516, qui démontre encore que l'évocation d'une inversion de la hiérarchie des normes n'a pas plus de pertinence s'agissant de la supplétivité.

<sup>30</sup> Loi n° 82-957 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail.

<sup>31</sup> Article L. 132-26 du code du travail.

<sup>32</sup> Articles L. 2232-2, L. 2232-6 et L. 2232-12 du code du travail.

<sup>33</sup> Sur la diversité des paramètres de l'exigence majoritaire, v. I. Odoul-Asorey et E. Peskine, « L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement », *RDT* 2016, p. 802.

<sup>34</sup> Selon l'expression du rapport Combrexelle. V. « La négociation collective, le travail et l'emploi », rapport au Premier ministre, France stratégie, 2015, p. 103.

<sup>35</sup> Article L. 1233-24-1 du code du travail.

<sup>36</sup> Article L. 5125-4 du code du travail.

<sup>37</sup> Article L. 2391-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 8 août 2016.

<sup>38</sup> Ceux relatifs au regroupement des institutions représentatives du personnel. V. article L. 2232-12, alinéa 2, du code du travail.

<sup>39</sup> Sur ce mouvement que l'on doit pour l'essentiel à la loi de 2008, v. F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *op. cit.*, p. 384.

<sup>40</sup> Article L. 3121-11 du code du travail, dans sa version antérieure à la loi du 8 août 2016. Pour d'autres exemples, v. F. Canut, précit.

<sup>41</sup> *V. infra.*

à quelques rares exceptions près, au rang desquelles on signalera l'interdiction faite au représentant du personnel non mandaté de conclure un accord dérogatoire aux règles de consultation des instances représentatives du personnel en cas de grands licenciements collectifs pour motif économique<sup>42</sup>.

Pas de conditions de conclusion particulières, pas d'acteurs spécifiques... À ce stade, le régime de l'accord collectif dérogatoire ne diffère pas du régime de l'accord collectif de droit commun. Mais la spécificité pourrait encore résulter d'un contenu qui serait plus contraint ou d'une sanction qui serait particulière. C'est sur ces points que l'on peut encore relever des particularités, même si elles semblent en voie d'atténuation.

S'agissant de la *sanction* attachée au respect des stipulations de l'accord dérogatoire, le particularisme existe, même s'il s'est considérablement atténué. On se souvient en effet que la loi de 1982 avait étendu à la violation des stipulations dérogatoires les sanctions pénales associées à la violation des dispositions législatives ou réglementaires mises à l'écart. Un véritable enjeu était ainsi attaché à la qualification d'accord dérogatoire. Il n'a pas totalement disparu puisque la règle figure toujours à l'article L. 2263-1 du code du travail. Mais en matière de temps de travail, depuis 2008<sup>43</sup>, la sanction pénale trouve à s'appliquer à la fois à la violation d'accords dérogatoires et à celle d'accords s'exprimant en présence d'une règle supplétive, de sorte qu'il est de plus en plus difficile d'y voir une spécificité<sup>44</sup>.

Quant *au contenu*, il ne fait guère de doute que la marque des premières autorisations légales de déroger a été un bornage étroit. La loi définissait précisément les limites et conditions de fond permettant la dérogation. Elle imposait la présence de clauses obligatoires, qu'elles soient informatives ou justificatives. En matière de temps de travail, étaient souvent exigées des compensations en faveur des salariés<sup>45</sup>. Ce bornage n'a pas disparu, même s'il est sans doute possible de considérer que les exigences de contenu se sont allégées avec la multiplication des facultés de dérogation accordées par la loi<sup>46</sup>. Il faut dire que le Conseil constitutionnel a progressivement développé une jurisprudence incitant fortement à la définition légale des limites et conditions de la dérogation conventionnelle<sup>47</sup>. Ce dernier distingue en effet clairement deux domaines de négociation collective.

Il y a tout d'abord le domaine normal de la négociation, qui vise les hypothèses dans lesquelles le législateur renvoie aux accords collectifs la fixation des modalités d'application, voire d'adaptation, des normes qu'il édicte. Dans cette configuration, c'est la liberté de négociation qui prévaut et le législateur peut, dans le cadre qu'il définit, laisser aux partenaires sociaux le soin de déterminer eux-mêmes le contenu. Mais encore faut-il que l'on se trouve bien dans le domaine des modalités d'application ou d'adaptation, et non des principes fondamentaux. Nous y reviendrons.

Le second domaine est précisément celui des accords dérogatoires. Il vise les cas dans lesquels la loi autorise un accord collectif à déroger à des règles d'ordre public qu'elle a elle-même édictées. En pareille situation, le législateur doit définir de façon précise l'objet et les conditions, de fond comme de forme, de ces dérogations. Il y va du respect de l'article 34 de la Constitution. Pour le Conseil constitutionnel, cette disposition interdit au législateur de retenir une matière dans l'ordre public, tout en la déléguant librement aux partenaires sociaux. Il y aurait en effet une contradiction à arrêter des règles impératives applicables en principe à tous les salariés et toutes les entreprises et à permettre dans le même temps aux partenaires sociaux d'y déroger à leur guise par accord collectif.

Là est la véritable marque du régime de l'accord collectif dérogatoire. Il tient à la présence d'une règle étatique en principe applicable. Cette norme étatique, qui reste la norme de référence, commande un régime de l'accord collectif dérogatoire qui n'abandonne pas le contenu de l'accord à la liberté de négociation des partenaires sociaux. Avec la technique de la supplétivité de la règle étatique, les exigences sont moindres. Mais encore faut-il que cette technique ne concerne pas la détermination des principes fondamentaux. Le législateur ne peut se désengager au profit des partenaires sociaux que dans le cadre du « *domaine normal de la négociation* » précédemment évoqué, domaine qui n'est pas toujours aisé à identifier, comme en atteste la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 7 août 2008<sup>48</sup> à propos de la définition de la compensation en repos en cas d'heures supplémentaires que le législateur avait voulu confier intégralement aux partenaires sociaux.

On en arrive dès lors à notre second questionnement, lié à la montée en puissance de la supplétivité de la loi en matière de temps de travail : la mesure de l'impact du changement de technique.

**L'impact du passage à la supplétivité : un encadrement allégé ?** La loi du 20 août 2008 avait ouvert la voie<sup>49</sup>. Celle du 8 août 2016 l'emprunte franchement. En matière de temps de travail, s'est opéré un glissement de l'ordre public dérogeable vers la supplétivité de la règle étatique. La technique s'est invitée sur tous les thèmes, faisant disparaître certains cas de dérogation ou se combinant avec eux.

Ainsi depuis la loi de 2008 n'est-il plus question de dérogation en matière de contingent annuel d'heures supplémentaires. La norme étatique, jusque-là impérative, autorisait la conclusion d'accords dérogatoires. Désormais, elle ne s'applique qu'à défaut d'accord collectif<sup>50</sup>. Or le remplacement de la technique de la dérogation par celle de la supplétivité a bien été accompagné d'un allègement des contraintes en la matière : suppression de toute intervention de l'inspection du travail, de la réduction obligatoire du contingent en cas de modulation

<sup>42</sup> Article L. 2232-22 du code du travail.

<sup>43</sup> Décret n° 2008-1131 du 3 novembre 2008 portant diverses mesures relatives au temps de travail. La règle se retrouve à l'identique aujourd'hui.

<sup>44</sup> Articles R. 3124-1 et R. 3124-2 du code du travail.

<sup>45</sup> F. Canut, « L'ordonnement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *Dr. soc.* 2016, p. 519.

<sup>46</sup> M. Poirier, *op. cit.*, p. 86. V. cependant le nouvel article L. 3121-19, qui cadre plus fortement la dérogation à la durée maximale de travail quotidien en la limitant à deux situations.

<sup>47</sup> V. Conseil constitutionnel, 29 avril 2004, décision n° 2004-494 DC.

<sup>48</sup> Conseil constitutionnel, 7 août 2008, décision n° 2008-568 DC.

<sup>49</sup> V. F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *op. cit.*, p. 379.

<sup>50</sup> Article L. 3121-39 du code du travail.

comportant de fortes amplitudes ou encore de l'obligation d'accorder un repos compensateur pour les heures accomplies à l'intérieur du contingent. Le repli de la règle étatique s'est donc bien traduit par un allègement des contraintes légales et un accroissement de la liberté de négociation<sup>51</sup>.

Ce n'est en revanche pas le cas des évolutions apportées par la loi du 8 août 2016 s'agissant de la durée minimale du travail à temps partiel. Le fond des règles demeure inchangé. Seule la construction change. La loi pose le principe d'une durée minimale garantie au salarié<sup>52</sup>, renvoie à la négociation collective la fixation du quantum<sup>53</sup> et prévoit à titre supplétif une durée de 24 heures<sup>54</sup>. La liberté de négociation n'est pas accrue puisque l'on retrouve les mêmes exigences quand est fixée conventionnellement une durée inférieure à 24 heures : l'octroi de garanties en matière de régularité des horaires ou de prévisibilité des changements. Ainsi, la limite de 24 heures sert à la fois de référence pour la définition de la règle supplétive et le cadrage légal du contenu de l'accord.

Les évolutions qui ont concerné l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine montrent quant à elles une autre formule : celle de la combinaison de la dérogation et de la supplétivité. On se souvient que la loi du 20 août 2008 a consacré un dispositif conventionnel d'aménagement du temps de travail, unifiant les quatre dispositifs antérieurs<sup>55</sup>. Même s'il est peut-être possible d'en discuter<sup>56</sup>, l'accord conclu dans ce cadre peut être considéré comme un accord dérogatoire par rapport à la loi, qui pose comme principe le cadre de la semaine<sup>57</sup>.

Mais la loi s'est également appuyée sur un décret chargé de fixer le régime applicable à défaut d'accord collectif<sup>58</sup>. Ce faisant, elle a érigé l'accord en norme de référence par rapport au décret, qui ne s'applique qu'en son absence. La règle étatique est donc supplétive par rapport à l'accord. Il n'est nullement question de dérogation. Cette recomposition s'est accompagnée de la réduction du nombre de clauses devant figurer dans l'accord, ce qui est conforme à l'option prise par le législateur de privilégier la voie conventionnelle et confirme que l'encadrement est moins strict lorsque la règle étatique devient supplétive.

La nouvelle architecture des règles en matière de temps de travail n'a sans doute pas fini d'interroger. Envisager le champ de la négociation collective en regard non seulement de règles législatives relevant d'un ordre public pour le moins hétérogène, mais aussi de règles législatives à caractère supplétif est une nouveauté à laquelle il va falloir s'habituer, puisque c'est selon ce nouveau découpage que pourrait être réécrite toute la partie législative du code du travail. Il impose plus que jamais d'être au clair sur les techniques de la dérogation et de la supplétivité.

---

<sup>51</sup> Article L. 3121-33 du code du travail.

<sup>52</sup> Article L. 3123-7 du code du travail.

<sup>53</sup> Article L. 3123-19 du code du travail.

<sup>54</sup> Article L. 3123-27 du code du travail.

<sup>55</sup> Article L. 3122-2 du code du travail, dont les dispositions sont pour l'essentiel reprises à l'article L. 3121-44.

<sup>56</sup> La loi n'offre-t-elle pas deux modèles de décompte du temps de travail : l'un sur la semaine (qui n'est plus nécessairement civile), l'autre sur une période supérieure à la semaine ?

<sup>57</sup> Article L. 3121-27 du code du travail.

<sup>58</sup> Article L. 3121-45 du code du travail.



## Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

---

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à EDIIS – CRM Abonnements DILA 60643 Chantilly Cedex

Je souhaite m'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **155,30 €<sup>2</sup>**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon la zone de destination, tarif sur demande

Société : .....

Civilité - Nom - Prénom : .....

Complément de nom : .....

Adresse : .....

Complément d'adresse : .....

Code postal : .....

Ville : .....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Adresse électronique : .....

Numéro d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) : .....

Numéro de payeur : .....

Date : ..... Signature : .....

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement, indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

---

<sup>1</sup> Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

<sup>2</sup> Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2017, frais de port inclus.



191178670-000917

Imprimerie de la Direction de l'information  
légale et administrative, 26, rue Desaix,  
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de  
chambre à la Cour de cassation, directeur du  
service de documentation, d'études et du rapport :  
Bruno Pireyre

Reproduction sans autorisation interdite -  
Copyright Service de documentation et d'études  
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur  
le site internet de la Cour de cassation :  
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

# intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 9,40 €  
ISSN 0750-3865



Direction de l'information  
légale et administrative  
Les éditions des *Journaux officiels*

[www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)