

DOCTRINA INTERNACIONAL

L'OPTION CONTRACTUELLE DU DROIT DU TRAVAIL FRANÇAIS

ANTOINE JEAMMAUD^(*)

En France comme en d'autres pays, on discute aujourd'hui de la place qu'il convient de reconnaître respectivement à la loi et à la négociation collective dans la production des règles de droit du travail : ce dernier doit-il rester, fondamentalement, un droit légiféré, ou bien la législation doit-elle concéder davantage d'espace à un droit conventionnel, négocié et fixé au niveau de la branche professionnelle ou de l'entreprise, et plus ou moins largement dérogatoire aux règles du droit étatique ? Mais le titre du présent article se réfère plutôt à la place du contrat de travail dans la constitution et l'agencement du rapport de travail ou d'emploi.

Le milieu des juristes français du travail a connu le débat sur les deux manières de concevoir ou comprendre — contrat de travail ou simple "relation de travail" (*relação de trabalho*) ? — l'origine du rapport de travail subordonné, c'est-à-dire de cette *relação de emprego* que l'art. 442 de la *Consolidação das leis do trabalho* brésilienne semble faire dériver exclusivement du contrat individuel de travail. Cependant, la querelle n'a pas connu, en France, l'intensité qu'elle a pu avoir ailleurs, c'est-à-dire en Allemagne avant la Seconde guerre mondiale, ou en Espagne, au Brésil ou au Mexique.

La doctrine de la relation de travail a été accueillie, il y a un demi-siècle, par le plus connu des spécialistes français de cette époque, Paul Durand. Mais elle ne l'a été qu'en termes modérés, avec des limites qu'imposait la lettre même du Code du travail de l'époque, puisque celui-ci traitait du "contrat de travail". Elle paraît aujourd'hui largement ignorée, et l'on ne trouve même plus guère de traces de la controverse dans la littérature française⁽¹⁾. Lorsque l'actuel Code du travail (recodification de 1973), les

(*) Professeur à l'Université Lumière-Lyon 2 (France).

(1) On ne trouve pas, dans les ouvrages français contemporains les plus diffusés, d'évocation aussi précise du débat que celle proposée, par exemple, dans le traité d'Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA et Lima TEIXEIRA (*Instituições de direito do trabalho*, 19^e ed., L.Tr., 2000, Vol. 1, Cap. XII.) ou dans celui de Néstor DE BUEN LOZANO (*Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, T. I, 9^e ed., 1994, Cap. XXXI). Et la plupart des juristes français du temps *présent seraient surpris de découvrir* un concept comme le *contrato-realidad* de Mario DE LA CUEVA. C'est dans un ouvrage de droit belge que l'on rencontre aujourd'hui l'exposé le plus complet, en langue française,

décisions de justice ou des écrits doctrinaux emploient l'expression "relation de travail", c'est pour nommer, sans signification ni connotation particulière, le rapport entre un employeur et un travailleur salarié, et parfois même comme simple synonyme de contrat de travail. Ce n'est assurément pas dans le sens précis, et fort, de l'*Arbeitsverhältnis* de la fameuse doctrine allemande des années 20-30, c'est-à-dire de cette relation juridique naissant du seul fait de l'entrée du travailleur au service de l'employeur et constituée par son intégration à cette "communauté" ou "collectivité de travail" (selon les préférences idéologiques).

Quoi qu'il en soit, le "déclin du contrat de travail" que les auteurs s'accordaient à constater il y a une vingtaine d'années encore, a fait place, à travers l'évolution du droit du travail depuis quelques années, à un *renouveau de ce contrat* (I). Il se manifeste, à la fois, dans l'usage que les acteurs peuvent faire de ce contrat comme *instrument d'aménagement de leurs rapports juridiques*, et dans l'efficacité juridique de l'invocation de la *figure du contrat de travail* lorsqu'il y a lieu (pour un juge notamment) d'interpréter "en droit" les relations empiriques de ces acteurs et certaines de leurs interactions (II).

1. LE "RENOUVEAU" DU CONTRAT DE TRAVAIL

Depuis la fin du XIXe siècle, les juristes français développaient ou reprenaient la très classique critique de ce que le Code civil de 1804 nommait le "contrat de louage de services" et que l'on commençait alors à appeler "contrat de travail". Ces auteurs soulignaient qu'il s'agissait d'un "contrat d'adhésion" — et même d'un "pseudo-contrat" pour certains — et qu'il jouait d'ailleurs un rôle sans cesse plus modeste dans le règlement juridique des rapports entre employeurs et salariés, sous le double effet de l'apparition d'une législation spéciale d'ordre public ces observations bientôt devenues routinières, Georges Scelle avait dénié toute consistance au "soi-disant contrat de travail". Il avait, en conséquence, suggéré de voir dans cet acte un simple "acte-condition" (au sens donné à ce terme par Léon Duguit) déclenchant l'application d'un "statut légal et conventionnel"⁽²⁾.

Cette analyse anticontractualiste assez radicale n'avait pas emporté l'adhésion des juristes spécialistes de ce que l'on commençait à appeler le droit du travail. Sans doute en raison de sa singularité théorique — elle annonçait, à travers le concept un peu curieux du "droit ouvrier", le concept de "droit social" du sociologue Georges Gurvitch — et peut-être du soupçon d'être idéologiquement inspirée par l'anarcho-syndicalisme (ce qui nous paraît très douteux). En revanche, la conception — d'inspiration clairement

du débat (Micheline JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Liège, Faculté de Droit, d'*Economie et de Sciences sociales*, 1982, Tome I, n. 3 et suivants). Le titre de notre article est d'ailleurs emprunté à une étude de l'auteur de ce traité, notre collègue professeure à l'*Université de Liège*, portant justement sur cette même question dans le contexte de la Belgique (*L'option contractuelle du droit belge. Seize leçons sur le droit du travail*, Faculté de Droit de Liège, 1994, p. 75).

(2) *Le Droit ouvrier*, Paris, A. Colin, 2e édition, 1929.

conservatrice — proposée un peu plus tard par Paul Durand⁽³⁾ allait connaître un peu plus d'audience. Cette théorisation renouvelée du rapport entre l'employeur et le salarié se référerait très explicitement à la "théorie de la relation de travail" (*Arbeitsverhältnis*) découverte chez des auteurs allemands⁽⁴⁾, et prétendait trouver dans l'évolution du droit français des données ou tendances corroborant cette représentation juridique du monde du travail. Selon Durand le contrat de travail demeurerait "la source normale" du rapport juridique d'employeur à salarié (donc la "condition d'application" normale du droit du travail), mais son sens et sa portée s'étaient trouvés réduits avec la considération accordée par le droit positif à l'existence objective d'une "relation de travail", c'est-à-dire de ce fait ("fait-condition") qu'est l'entrée et la présence du travailleur dans l'entreprise, comme avec l'intensification du rôle de la loi et des conventions collectives dans la détermination de la condition juridique du travailleur dépendant. En d'autres termes, cette interprétation non contractualiste prétendait rendre compte d'une part significative des solutions du droit français⁽⁵⁾.

Cette adhésion, même partielle et nuancée, à la doctrine de la relation de travail n'allait pas faire beaucoup d'adeptes, alors même qu'elle était liée, dans les écrits de Durand, à une "doctrine de l'entreprise" présentant cette entreprise comme une "institution" fondée sur une communauté d'intérêts entre capital et travail, génératrice d'un intérêt spécifique, et nécessairement soumise au pouvoir d'un chef (naturellement désigné par les détenteurs du capital) chargé de réaliser cet "intérêt de l'entreprise". Qu'un auteur aussi prestigieux ait reconnu une pertinence à cette analyse en termes de relation de travail devait toutefois renforcer le crédit de la thèse d'un "déclin du contrat de travail".

Cette perception de l'évolution du droit devait demeurer dominante dans les écrits doctrinaux français jusqu'aux années 80, notamment dans quelques ouvrages très remarquables en leur temps et auxquels on prêtait une orientation "de gauche"⁽⁶⁾. Toutefois, quelques auteurs d'importance,

(3) *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, Tome II, 1950, n. 114 et suiv.. L'auteur avait d'abord développé ce point de vue dans article publié en 1944.

(4) Durand évoquait bien sûr Otto von Gierke, l'inspirateur, et Heinz Potthoff, mais aussi des auteurs d'orientations idéologiques et politiques contrastées, d'Hugo Sinzheimer, figure emblématique des juristes sociaux-démocrates de la République de Weimar, Molitor, Siebert ou Nikisch. Il signalait également les exposés plus ou moins critiques de la théorie rencontrés dans les traités publiés quelques années plus tôt par Hueck et Nipperdey, dans l'Allemagne hitlérienne, Barassi dans l'Italie mussolinienne, mais aussi dans les traités des Argentins Guillermo Cabanellas et Mario Devesali.

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

(6) Dans son *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale* de 1955, classiquement présenté comme "marxiste", Gérard Lyon-Caen constatait le passage "du contrat au statut", au motif que le contrat de travail était "presque vidé de son contenu" et que son rôle se trouvait "réduit à peu de choses". Nous songeons aussi au manuel de Pierre-Dominique Ollier (1972) et, surtout, à celui de Jean-Claude Javillier (1976), qui reconnaissaient fort peu de place au contrat dans la présentation du droit positif. Ce qui était à la fois surprenant compte tenu des dispositions même du Code du travail — dont un titre très important s'intitule "Du contrat de travail" — et très significatif sur le plan idéologique : cette représentation s'accordait à la thèse d'une "autonomie" du droit du travail.

sans doute parce qu'ils étaient d'abord des civilistes⁽⁷⁾, se refusaient à prétendre que le rapport juridique entre l'employeur et chacun de ses salariés tenait davantage de la "relation de travail" (au sens original) née du fait objectif de l'entrée dans l'entreprise, puis de l'appartenance à cette entreprise, que du rapport contractuel. Disons que le point de vue dominant se résumait à la double affirmation du déclin du contrat de travail et de son "rôle irréductible"⁽⁸⁾, l'accent étant mis, selon les auteurs, plutôt sur la première ou sur la seconde donnée.

Dès 1968 néanmoins, un auteur comme Gérard Lyon-Caen, pourtant peu enclin à exalter la liberté contractuelle dans les rapports de salariat et qui avait, une douzaine d'années plus tôt, si clairement affirmé le passage "du contrat au statut", allait proposer une vigoureuse réévaluation des vertus et du rôle effectif du contrat de travail⁽⁹⁾. Puis, à la fin des années 80, des auteurs d'une nouvelle génération devaient constater le *renouveau* de ce contrat de travail, de son rôle dans l'agencement des relations entre employeurs et salariés comme dans la gestion de la main d'œuvre⁽¹⁰⁾. Il s'agissait bien de signaler une évolution du droit positif, d'en dresser un constat méthodique, et non pas de "réhabiliter" une technique juridique dont les mérites moraux, politiques ou économiques auraient été trop longtemps méconnus⁽¹¹⁾.

Ce constat d'un retournement de tendance — du déclin au renouveau du contrat individuel et de son rôle — s'est parfois inscrit dans un nouvel effort de théorisation conduisant à une sorte de *dualité du contrat de travail*. Notre interprétation personnelle est que, dans l'actuel droit français, ce

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

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

(9) "Défense et illustration du contrat de travail", *Archives de philosophie du droit*, Tomé XIII, Sirey, 1968, p. 59.

(10) Antoine Lyon-Caen, "Actualité du contrat de travail", *Droit social* 1988, p. 540; Antoine Jeammaud, "Les polyvalences du contrat de travail", in *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 299. Quelques années plus tôt, nous avions, dans des analyses critiques d'inspiration marxiste, tenté d'établir la fonctionnalité du contrat de travail dans la constitution et la reproduction des rapports capitalistes de production et fortement critiqué la thèse de la soi-disant autonomie du droit du travail (inapte à rendre compte du droit positif et idéologiquement "mystificatrice"). Voir : Antoine Jeammaud, "Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail", *Droit social* 1978, p. 337 (traduction : *Propostas para uma Compreensão materialista do Direito do Trabalho*, Instituto Apoio jurídico popular, Rio de Janeiro, 1987); "Les fonctions du droit du travail", in A. Jeammaud et alii, *Le droit capitaliste du travail*, Presses universitaires de Grenoble, 1980.

(11) Cette analyse, épistémologiquement située aux confins de ce que nous appelons la démarche dogmatico-doctrinale (description et systématisation de la teneur du droit positif) et de la théorie du droit, n'est pas antinomique avec les analyses critiques du droit orientées vers l'interprétation de l'évolution et des "fonctions" du droit dans ses relations avec la totalité sociale, en particulier les rapports de production et les rapports entre classes sociales. Sur la nécessaire distinction des concepts de fins (ou finalités) et de fonctions du droit, voir notre étude : *Direito do Trabalho em transformação : tentativa de avaliação*, in A. Jeammaud, R. Da Silva Fragale Filho, J. L. De Rezende Alvim, *Trabalho, Cidadania & Magistratura*, Rio, Ed. Trabalhistas, 2000, p. 1 (p. 5-6 et note 15).

contrat constitue à la fois un *authentique contrat* (et non un "pseudo-contrat") et un *acte-condition* (au sens où l'entendaient Duguit et Scelle). En effet, il crée bien un rapport juridique entre l'employeur et le salarié, que le droit en vigueur traite comme un rapport contractuel gouverné par les règles générales et fondamentales du droit commun des obligations. Dans le même temps, et c'est son autre visage, il ne se borne pas à engendrer cette situation juridique contractuelle entre deux sujets : il intègre, *aussi*, le salarié dans une collectivité de travail. Dès lors, tout rapport d'emploi entre un employeur et chacun de ses salariés présente une *double dimension* (ou deux *versants*) : une *dimension contractuelle*, celle d'un rapport entre deux contractants (réseau de créances et obligations réciproques sous l'empire du principe de la force obligatoire attachée à tout contrat par le Code civil), et une *dimension institutionnelle*, traduisant l'appartenance à une collectivité de travail, qui vaut au salarié de se trouver soumis aux pouvoirs patronaux (à commencer par le pouvoir de direction), mais aussi d'être titulaire de certains droits non contractuels, indépendants du contrat et sur lesquels celui-ci ne peut exercer aucune influence (tel le droit de grève⁽¹²⁾), ou de participer à l'exercice de certains droits proprement collectifs (en matière syndicale, de négociation collective, de représentation élective des travailleurs dans l'entreprise)⁽¹³⁾. C'est à travers cette dualité, et dans cette double dimension qu'elle confère au rapport d'emploi, que le contrat de travail constitue l'un des "mécanismes de base" de cette configuration de relations juridiques entre Etat, patronat, travailleurs, organisations syndicales et professionnelles, que l'on peut nommer "l'ordonnement des relations du travail"⁽¹⁴⁾.

Ce "retour" du contrat de travail est largement observé et commenté aujourd'hui. Il est notamment souligné par le magistrat le plus influent de la Chambre sociale de Cour de cassation au cours de ces dernières années, principal inspirateur de certaines orientations majeures d'une juridiction qui a été l'un des artisans de cette orientation⁽¹⁵⁾. Ce renouveau s'inscrit dans

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

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

(14) Antoine Jeammaud, Marlène Le Friant, Antoine Lyon-Caen, "L'ordonnement des relations du travail", *Recueil Dalloz* 1998, Chronique, p. 359.

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

l'une des tendances majeures de l'évolution récente du droit du travail, que l'on désigne d'une expression assez équivoque — mais c'est que cette tendance elle-même est ambivalente : l'*individualisation*⁽¹⁶⁾. Mais il importe surtout de préciser en quoi le contrat de travail occupe aujourd'hui — et à nouveau — une position centrale dans l'ordonnement des relations du travail dans ce pays.

La *prospérité législative* de ce contrat constitue le premier signe, le plus manifeste et le moins discutable quant à son interprétation, de cette nouvelle centralité.

En France, comme en bien d'autres pays, la branche du système juridique qu'est désormais le droit du travail est issu d'un ensemble d'interventions législatives, les "lois sociales", ensuite appréhendées comme constituant une "législation industrielle", et il conserve un caractère fondamentalement légiféré. La France est même le seul pays d'Europe occidentale à posséder un Code du travail. Mais, dans la version actuelle datant de 1973, comme dans la première, réalisée entre 1910 et 1927, ce code est né d'une simple "consolidation" — une réunion et un classement, sans modification substantielle — de textes déjà en vigueur, réalisée par l'administration du ministère du travail et non d'une authentique œuvre législative partiellement novatrice comme avait pu l'être la confection des codes napoléoniens⁽¹⁷⁾. À la différence de la *Consolidação das leis do trabalho* brésilienne, ce code n'a même pas accueilli quelques dispositions novatrices à l'occasion de sa confection. Il ne comporte ni titre inaugural, ni aucun autre corps de dispositions introductives ayant statut de règles tenues pour "fondamentales" ou de portée très générale (des "principes généraux", selon une expression aussi courante que vague), et sa construction ne porte la marque d'aucune réflexion "scientifique" sur l'architecture ou la logique interne du droit légiféré⁽¹⁸⁾. Il ne faut donc pas attacher trop d'importance à la structure de ce document d'origine administrative. Il n'empêche que de nombreux et emblématiques dispositifs trouvent place dans le très long titre de ce code consacré au contrat de travail. C'est dire qu'ils s'ordonnent autour de ce mécanisme contractuel, de cette figure juridique de base.

On rencontre ainsi, dans ce qui constitue donc le régime légal d'un contrat civil spécial, la plupart des normes relatives aux formes et pratiques d'embauche (règle selon laquelle le contrat à durée indéterminée est le contrat de travail de droit commun, régime du contrat à durée déterminée ou du contrat de travail temporaire) et à la rupture du contrat synonyme de perte d'emploi (le droit commun du licenciement, qui apparaît donc essentiellement comme la résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur). Ont également été logées dans ce titre les

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

(17) Ce que la langue officielle nomme désormais une "codification à droit constant".

(18) J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *op. cit.*, n. 58.

dispositions, nées de la politique publique de l'emploi, destinées à encourager la pratique de formes de recrutement qu'elles aménagent à cette fin (embauche par un groupement d'employeurs, par exemple). C'est dans ce titre encore que l'on rencontre d'importantes règles tendant à la stabilisation de l'emploi du salarié: la poursuite de cet objectif passe ainsi par la stabilisation du contrat de travail (règle du maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur en cas de transfert d'entreprise, règles imposant et organisant la suspension du contrat de travail du salarié malade ou victime d'un accident, etc). D'autres corps de règles, qui ne visent pas directement le rapport contractuel entre l'employeur et chacun de ses salariés, ou qui ne l'affectent qu'indirectement (régime du règlement intérieur, règles visant l'égalité professionnelle entre femmes et hommes), figurent également dans ce titre "Contrat de travail". Il est permis de penser, quelle que soit la nature de ce code du travail, que les choix de localisation des textes — des textes en vigueur au temps de la confection du code, comme des innombrables textes nouveaux produits depuis lors — révèlent une certaine perception du cadre juridique des relations du travail.

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

Ces considérations de localisation dans le Code du travail et de construction technique d'innovations juridiques "instrumentalisées" au service d'objectifs de politique sociale, n'autoriseraient pas, à elles seules, à parler d'un renouveau du contrat de travail dans la teneur même du droit positif. Mais ce processus connaît des illustrations plus significatives qui, d'ailleurs, procèdent moins de la législation que de la jurisprudence, cette source paradoxale et incertaine, mais plus abondante que jamais, du droit étatique français⁽¹⁹⁾.

(19) Sur cette source, ses singularités, ses opérateurs, son rôle croissant dans un droit du travail qui reste foncièrement légiféré (et dans un ordre étatique "légaliste"), voir : J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *op. cit.*, n. 48, 62 et suivants.

2. LA VITALITÉ DU CONTRAT DE TRAVAIL COMME INSTRUMENT ET COMME FIGURE

Ce contrat de travail apparaît, plus que jamais, comme un véritable *instrument* d'agencement de leurs rapports pour des acteurs que le système de droit traite comme des "parties" se liant par un contrat; même si, bien entendu, cette *vitalité instrumentale* (A) est surtout celle d'un instrument de gestion de la main d'œuvre pour l'employeur. Par ailleurs, le fait que le rapport entre l'employeur et le salarié trouve sa source dans un contrat commande d'interpréter et traiter les éléments de ce rapport comme ceux d'un rapport contractuel, et les événements qui les affecte comme des événements affectant un contrat. À cet égard, ce contrat de travail fonctionne comme une *figure* permettant de dire le sens "en droit" d'une situation sociale et d'opérations la concernant. Cette vocation se manifeste désormais avec une importance sans précédent, et cette *vigueur heuristique* participe aussi de la centralité en question (C).

A) Vitalité instrumentale

Les défenseurs du contrat de travail ont autrefois fait valoir le bénéfice que certains salariés pouvaient retirer des stipulations singulières qu'il peut accueillir⁽²⁰⁾. Apte à améliorer la condition du salarié par des clauses plus favorables que les règles légales ou conventionnelles, ce contrat permet depuis longtemps à celui qui dispose d'un réel pouvoir de négociation au moment de l'embauche, ou que son employeur tient à conserver à son service (à "fidéliser"); d'obtenir des garanties particulières (clause de garantie d'emploi, stipulation d'indemnités de rupture supérieures au minimum légal ou conventionnel en cas de rupture du contrat) ou des avantages personnels (salaire supérieur à la norme conventionnelle, primes ou congés supplémentaires logement ou véhicule de fonctions, etc), parfois liés à l'ancienneté acquise dans l'entreprise.

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

(20) G. Lyon-Caen, "Défense et illustration du contrat de travail", préc..

que fixera annuellement l'employeur), de clauses de remboursement des frais de formation exposés par l'employeur en cas de démission survenant avant un certain nombre d'années, etc.

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

Pourtant, on s'est demandé si le principe d'ordre public social, qui entraîne la nullité de toute dérogation conventionnelle qui ne serait pas plus favorable au salarié que la loi ou la convention collective, ne s'opposait pas *a priori* aux clauses engendrant pour le salarié des sujétions non prévues par la loi (le Code du travail n'impose aucun devoir de mobilité géographique ou fonctionnelle au travailleur, et l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, résultant du Code civil, n'implique aucune obligation de non concurrence pour la période post-contractuelle). Mais la Cour de cassation a jugé que le caractère d'ordre public social des règles légales ou conventionnelles n'avait pas cette portée face au contrat de travail. Il y a quelques années qu'aucun recours n'a posé à nouveau cette question, et cette solution ne paraît plus, pour l'instant, contestée dans son principe.

Cette vocation du contrat de travail à servir d'instrument de gestion de l'entreprise, c'est-à-dire de flexibilisation de la main d'œuvre, rencontre cependant des limites. Au cours des dernières années, de nombreux arrêts de la Cour de cassation ont "révélé" divers obstacles auxquels la liberté contractuelle pouvait se heurter. Nombreuses sont désormais les manifestations de cette orientation jurisprudentielle, qui vient tempérer la faveur pour l'usage de l'instrument contractuel d'ajustement de la force de travail aux vœux de l'employeur. La Cour de cassation estime ainsi que les clauses par lesquelles le salarié s'engage à atteindre certains objectifs ou résultats quantifiés (notamment dans le secteur de la distribution) ne s'imposent pas au juge et ne peuvent donc paralyser son pouvoir d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif de licenciement : si un licenciement est prononcé pour cause d'insuffisance professionnelle au motif que les objectifs "convenus" n'ont pas été atteints, le juge éventuellement saisi par le salarié doit vérifier que ces objectifs n'étaient pas hors d'atteinte ou que l'échec n'est pas imputable à la conjoncture économique). De manière plus générale, la Cour rappelle que les clauses du contrat de travail doivent, comme celles de tout autre contrat, être invoquées de bonne foi (par application de l'article 1134 du Code civil : "Les conventions ... doivent être exécutées de bonne foi"), et que leur

invocation peut constituer un abus, auquel cas elle ne saurait s'imposer au cocontractant (le salarié), parce qu'un principe général fait de l'abus du droit une faute ou une cause de nullité de l'acte qu'il entache⁽²¹⁾.

Surtout, il apparaît que la teneur d'une clause contractuelle ou les circonstances de son invocation (par l'employeur) peuvent porter atteinte à une liberté ou un droit fondamental, notamment un droit ou une liberté garanti par une norme constitutionnelle. Or, les tribunaux sont désormais très sensibles à l'incidence de ces prérogatives d'importance majeure dans les relations du travail. D'autant plus qu'un texte législatif de 1992 a introduit dans le Code du travail la disposition suivante : "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché" (article L. 120-2). Ainsi la Cour de cassation a enfin reconnu, après des décennies plutôt favorables aux clauses de non concurrence, que la stipulation d'une telle clause restreignait objectivement la liberté du travail garantie par une règle de rang constitutionnel. Elle en déduit qu'un employeur ne peut l'invoquer à l'encontre de son ancien salarié que si elle est "indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise" (condition de justification et de proportion de cette restriction). D'une manière analogue, elle a admis que le jeu d'une clause de mobilité, impliquant un déménagement lointain et même un déplacement du domicile familial du salarié, méconnaissait la liberté de choix du domicile, garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950. Il ne s'agit là que de quelques illustrations des limites qui, aujourd'hui, s'imposent très clairement, à l'usage du contrat individuel au service d'une flexibilisation de la main d'œuvre. Cette jurisprudence renforce une tendance naguère décelée dans l'évolution contemporaine du droit du travail : l'affirmation des droits de la personne et plus largement des "droits fondamentaux", comme la reconnaissance de la pertinence des normes constitutionnelles ou des conventions internationales dans les relations du travail, alors que beaucoup de juristes les croyaient sans incidence dans cette sphère de rapports juridiques privés⁽²²⁾. Encore convient-il d'observer que la référence à ces droits fondamentaux surgit, moins comme le vecteur de nouveaux progrès dans la démocratisation des relations au sein de l'entreprise, que comme une barrière aux excès d'une flexibilisation recherchée par l'usage du contrat de travail, comme un mécanisme compensateur de nouveaux périls pour l'accès à l'emploi ou la stabilité des conditions de vie et de travail des salariés.

D'autres normes que celles consacrant ou protégeant des "droits de la personne" ou des "libertés individuelles et collectives" paraissent égale-

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

(22) Voir notre étude : "Direito do Trabalho em transformação : tentativa de avaliação", préc. Pour une analyse plus complète et récente, voir : Antoine Lyon-Caen et Isabelle Vacaric, "Droits fondamentaux et droit du travail", in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 421.

ment affecter l'usage du contrat de travail instrument. Y compris en ce qui concerne certaines clauses favorables au contractant salarié. Ainsi zen va-t-il du principe "à travail égal, salaire égal", audacieusement induit il y a cinq ans par la Cour de cassation de quelques textes du Code du travail : le jeu de cette règle devrait tenir en échec la stipulation d'un contrat de travail prévoyant, au bénéfice du salarié, des avantages (prime, avantage en nature) dont ne bénéficieraient pas d'autres travailleurs de la même entreprise effectuant un travail identique ou de même valeur (ces derniers pourraient alors réclamer ce même élément de rémunération).

L'indiscutable renouveau du contrat de travail n'est donc pas synonyme de reconquête : le droit français ne revient pas au stade "primitif" où régnait la liberté contractuelle (légitimée par la philosophie juridique, ou l'idéologie, de l'autonomie de la volonté). La présence d'un contrat à la source de tout rapport d'emploi et la soumission, par le Code du travail lui-même, de ce contrat spécial "aux règles du droit commun"⁽²³⁾ sur tous les points qui ne font pas l'objet de règles spéciales (dérogatoires) ou particulières, ne débouchent pas sur une validité incontrôlée des clauses aujourd'hui si fréquemment insérées dans les contrats de travail. Au demeurant, la référence au contrat et la majoration de son poids dans l'agencement juridique des rapports entre employeurs et salariés paraît aujourd'hui tourner plus souvent à l'avantage des seconds que des premiers⁽²⁴⁾.

(23) Selon l'article L. 121-1, qui reprend une disposition créée en 1891 par la première loi relative au licenciement. Cette disposition, dont on peut évidemment discuter l'opportunité, ne saurait être ignorée, ni du point de vue de la dogmatique juridique, ni dans l'ordre de la réflexion théorique, comme elle a pu l'être il y a quelques années par des juristes proclamant, avec plus de naïveté et d'exaltation anticiviliste que de rigueur, "l'autonomie du droit du travail".

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

B) Vigueur heuristique

Bien que le Code du travail ne s'occupe pas de préciser les obligations engendrées par le contrat de travail à la charge de chacune des parties, ce "contenu obligationnel" ne fait guère de doute en ce qui concerne les obligations principales: l'employeur est tenu de confier au salarié les tâches prévues par le contrat ou correspondant à la qualification professionnelle attribuée par le contrat (ou inhérentes à la classification du poste selon les normes de la convention ou de l'accord collectif applicable), et de payer le salaire; de son côté, le salarié doit rester à la disposition de l'employeur et exécuter la prestation de travail.

À cela s'ajoute l'incidence d'une des prescriptions de l'article 1134 du Code civil: tout contrat doit être exécuté de bonne foi. Or, s'agissant du contrat de travail, cette obligation a fait l'objet d'une interprétation très "constructive" de la part de la Cour de cassation. En effet, elle en déduit, pour le salarié, une "obligation de loyauté" telle qu'il s'expose à une sanction patronale pour certains agissements (le travail parallèle pour un entrepreneur concurrent, le travail "au noir" en dehors de son temps de travail ou pendant une suspension de son contrat pour cause de maladie) ou certaines attitudes en dehors même du temps de travail (le dénigrement de l'employeur). Mais elle a également précisé et enrichi la portée de cette obligation de bonne foi à la charge de l'employeur, en considérant que celui-ci devait, en cas de modification de l'organisation de l'entreprise ou d'introduction de nouvelles technologies, adapter le salarié à ces innovations ou bien lui chercher activement à le reclasser dans l'entreprise ou dans une autre société du groupe (si l'employeur appartient à un tel groupe d'entreprises), de sorte que le licenciement du salarié consécutif à une réorganisation ou à une innovation technologique n'est justifié par un motif économique "réel et sérieux" que si l'employeur a recherché, en vain, à adapter ou reclasser le salarié. Cette audacieuse interprétation jurisprudentielle de l'obligation d'exécuter tout contrat de bonne foi, inaugurée en 1992, a été consacrée législativement par des textes de 2000, puis de janvier 2002, qui ont inscrit dans le Code du travail ce devoir d'adaptation ou de reclassement. Elle demeure néanmoins très illustrative d'une démarche de précision de la configuration juridique du rapport d'emploi (aux fins de solution de litiges) dans laquelle la présence d'un contrat, dont les termes ne disent rien de la question rencontrée par les juges, sert de référence heuristique pour dire *ex post* ce que l'un devait et ce à quoi l'autre pouvait prétendre. La Cour de cassation vient d'ailleurs d'illustrer à nouveau cette démarche d'interprétation juridique du rapport entre employeur et salarié référé à la figure du contrat de travail, en "découvrant" que ce contrat mettait à la charge de l'employeur une "obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par le salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise"⁽²⁵⁾.

(25) Cette obligation de sécurité dont l'existence était jusqu'alors rarement évoquée — et semblait présenter peu d'intérêt compte tenu du régime d'indemnisation automatique des accidents du travail et maladies professionnelles par la Sécurité sociale — vient d'être affirmée par six arrêts

Plus significative encore nous paraît la construction prétorienne du régime de la modification des conditions de travail et d'emploi du salarié à l'initiative de l'employeur. Dans le silence du Code du travail sur cette question du *jus variandi*, la Cour de cassation a, depuis assez longtemps, posé le problème dans les termes suivants : il convient de se demander si la modification en cause constitue une modification du contrat de travail lui-même. Elle a ainsi érigé la figure du contrat de travail en référence centrale de cette opération de qualification et de détermination subséquente des conditions de réalisation de la modification et des conséquences d'un refus du salarié de s'y soumettre. Cette démarche est déjà ancienne, mais la Cour l'a amendée depuis 1996 : il s'agit désormais de déterminer si la modification (du lieu de travail, de la qualification professionnelle, des attributions, des tâches, de la rémunération, de la durée ou de l'horaire de travail, etc), que l'employeur voudrait introduire ou a prétendu imposer, constitue une "modification du contrat de travail" ou un "simple changement des conditions de travail". Dans la première hypothèse, le principe de la force obligatoire de tout contrat (article 1134 du Code civil) empêche l'employeur d'imposer la modification projetée : il peut seulement la "proposer" au salarié qui, comme tout contractant placé devant semblable sollicitation de son partenaire, peut librement accepter ou refuser une révision conventionnelle du contrat. Son refus, puisqu'il est simple exercice de sa liberté contractuelle, ne saurait constituer un motif de licenciement ou de rupture anticipée du contrat à durée déterminée : l'employeur ne peut prononcer un licenciement justifié⁽²⁶⁾ que pour le motif (qui doit lui-même présenter un caractère réel et sérieux) de la modification refusée sans faute. Si, au contraire, la modification en cause apparaît comme un simple "changement des conditions de travail", elle relève de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, qui peut donc prétendre l'imposer au salarié et celui-ci comme un acte d'insubordination (donc une faute) s'il prétend ne pas se soumettre aux nouvelles modalités. Ce salarié récalcitrant s'expose à un licenciement disciplinaire (faute), et l'employeur prend même peu de risques juridiques en alléguant une "faute grave" pour prononcer un licenciement sans délai de préavis ni versement de l'indemnité liée à l'ancienneté.

Tout le problème de mise en œuvre d'un tel système est donc de qualifier la modification en cause, d'opérer la distinction entre les modifications qui constituent de véritables modifications (ou "révisions") du contrat de travail et celles qui sont de simples "changements" relevant du pouvoir unilatéral de l'employeur. De ce point de vue, la Cour de cassation ambitionne d'édifier

rendus le 28 février 2002 par la Chambre sociale de la Cour de cassation à l'occasion d'affaires concernant des salariés victimes de l'amiante utilisée par leur entreprise dans des conditions excluant le bénéfice de cette couverture "maladies professionnelles" de la Sécurité sociale. Cette doctrine a été réaffirmée par un arrêt du 11 avril suivant.

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

une répartition stable entre les deux catégories, afin d'assurer un caractère "objectif", donc prévisible, à la qualification de modifications devenues si fréquentes aujourd'hui. L'idéal serait de dresser une liste *ne varietur* des éléments du rapport d'emploi appartenant au "champ contractuel", et dont la modification constituerait donc toujours une modification du contrat. Ce n'est pas facile à réaliser, ainsi qu'en témoignent les incertitudes persistantes concernant le changement du lieu de travail ou même la modification de l'horaire de travail⁽²⁷⁾. Cela étant, la Cour de cassation entend assez largement ce champ contractuel. En particulier, elle considère que la rémunération présente en principe un caractère contractuel, de sorte que toute modification de cette «rémunération contractuelle» s'analyse en une modification du contrat ; elle ne peut donc être imposée au salarié, même si l'employeur prétend que les modalités de détermination du salaire qu'il voudrait imposer seraient plus avantageuses pour le travailleur. Ce salarié est décidément traité comme un contractant, mis en situation d'invoquer le contrat qui est réputé fonder son rapport avec l'employeur pour résister à un changement, que ce changement procède de la volonté unilatérale de l'employeur ou d'un accord collectif. Il est implicitement convié à exercer sa liberté contractuelle dans un sens dont il reste le seul juge.

Ce thème de la modification et les exemples évoqués font voir le contrat de travail "à l'œuvre" dans un usage heuristique plutôt qu'instrumental, c'est-à-dire au tant que "figure juridique" mobilisée pour interpréter une situation du point de vue du droit, dire ce qu'elle est, ce qu'elle vaut, ce à quoi peuvent prétendre les parties. Et cette analyse contractuelle fournit, à travers la possible invocation de principes "civilistes" comme la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle, un moyen de résistance au salarié. Certes, on pourra juger qu'il s'agit là d'expédients juridiques pour faire face à des problèmes (la modification des attributions et des conditions de travail dans un contexte d'économie globalisée imposant aux entreprises une plus grande flexibilité) qui appelleraient de grands choix de politique du droit : par exemple, le choix de la primauté de l'accord collectif sur les options individuelles (celles-ci ne pourraient plus, alors, à tenir en échec la norme ou la décision collectivement négociée), qui mettrait en cause certaines tendances individualistes du système français⁽²⁸⁾.

(27) La Cour de cassation estime avec constance que le changement du lieu de travail ne vaut modification du contrat que s'il s'agit d'un changement de "secteur géographique". Mais cette dernière notion reste très incertaine, de sorte que l'on voit resurgir la prise en considération de l'incidence du changement de lieu sur les conditions de vie quotidienne du salarié (allongement considérable du temps de transport) ou sur sa résidence (déménagement, bouleversant plus ou moins la vie de la famille), dont la Cour de cassation entendait faire l'économie au nom de la nécessaire "objectivation" de la qualification. La substitution d'un travail de nuit à un travail de jour constitue nécessairement, selon la Cour, une modification du contrat de l'intéressé. En revanche, il n'est pas certain que la modification de l'horaire dans la journée soit toujours un "simple changement..." que l'employeur pourrait imposer (s'il bouleverse la vie familiale du travailleur ou de la travailleuse, ou allonge fortement le "temps contraint" par le travail).

(28) La primauté du collectivement négocié sur les options individuelles supposerait, au moins, que seul soit valide la convention ou l'accord collectif signé par un ou des syndicats majoritaires dans le cadre de l'entreprise ou de la branche. Ce qui n'est pas encore la règle du droit français, même si des lois récentes privilégient dans quelques matières particulières ce modèle de "l'accord majoritaire" et si le débat syndical sur une possible évolution est désormais ouvert.