

POUVOIR DE DIRECTION DES PERSONNES EN DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL: DE L'UNILATERALITE A L'ASSENTIMENT?

*Alain Chirez**

Sur le même mode que certaines causes de licenciement, le pouvoir de direction des personnes n'apparaît plus, "en soi", comme le fondement légitime de la décision prise par l'employeur. Cette absence de normativité intrinsèque résulte du contrôle du juge tant sur la nature de l'acte que sur le contenu de la décision managériale. Les droits de critique et de refus du salarié, les devoirs de collaboration et d'assistance de l'employeur viennent borner son pouvoir. En le rattachant au contrat, la Cour de cassation fait d'ailleurs du consentement du salarié à la subordination une des sources de la légitimité du pouvoir d'un employeur qui depuis longtemps déjà, n'est plus seul juge. Comme en d'autres secteurs, on passe peut-être ici aussi d'un modèle vertical à un modèle plus horizontal.

This paper addresses the aspects of French labour law that relate to dismissal and the employer's power of direction. In France there has been a change in the legal approach in respect of both these matters as a result of judicial control both over the kinds of action that give rise to dismissal and over managers' decisions. The rights of an employee to criticise or to refuse to obey, along with the duties of collaboration and assistance owed by the employer, limit the employer's power; the employer is no longer the sole judge of these matters. As in other areas of the law there seems here to be a change from a vertical to a horizontal model of organisation.

I INTRODUCTION

La jurisprudence a, ces derniers temps, relié au pouvoir de direction de l'employeur diverses prérogatives. On peut, ainsi, parmi les exemples récents, citer la possibilité reconnue à l'employeur d'affecter un salarié sous contrat à durée déterminée, recruté pour le motif d'accroissement

* Professeur à l'Université de Polynésie française. Avocat au Barreau de Grasse.

temporaire de l'activité dans l'entreprise, à des tâches étrangères à ce surcroît d'activité¹ ou de ne pas affecter celui recruté pour remplacer un travailleur absent au poste même de ce dernier.² "En énonçant –dit la Cour de Cassation- que l'employeur ne faisait qu'user de son pouvoir de direction en affectant le remplaçant à d'autres tâches..., la Cour d'appel a légalement justifié sa décision". Le droit de noter et évaluer les salariés a été, quant à lui, expressément fondé, par la Cour de Cassation, sur le pouvoir de direction.³ Toutes les solutions récentes qui rattachent aux conditions de travail et non pas au contrat lui-même l'affectation d'un salarié à un chantier éloigné⁴ ou la possibilité d'enjoindre ou non des heures supplémentaires, dans la limite du contingent autorisé⁵ ou complémentaires⁶ confirment, implicitement ou explicitement, leur rattachement au pouvoir de direction.

C'est encore le pouvoir de direction qui, souvent, sert à désigner l'employeur, en cas de pluralité de liens de subordination. La Cour d'Appel de Paris l'a récemment jugé dans un litige où les Galeries Lafayette avaient rompu un contrat commercial avec une entreprise qui y détenait un stand. Après avoir essayé vainement de faire reprendre la salariée affectée à ce stand par le grand magasin, puis lui avoir proposé un reclassement, l'entreprise avait licencié la salariée pour raison économique. La Cour relève que "si la société (l'employeur) conservait son autorité à l'égard de la salariée, les Galeries Lafayette y participait pour une part égale et le pouvoir de direction et le contrôle du travail étaient exercés, en fait, conjointement par les deux sociétés co-employeurs".⁷ Cette même solution avait déjà été adoptée par la Cour de Cassation.⁸

La "concentration" entre les mêmes mains de ce pouvoir de direction constitue aussi un des signes de l'unité économique et sociale.⁹

Ces affirmations assez claires contrastent avec l'actualité de certaines zones d'ombre. Des incertitudes existent, en effet, sur ce qui relève du contrat et du pouvoir, notamment dans sa

1 Cass Soc 18.02.2003, Droit social 2003, p 650, obs Cl Roy Loustaunau.

2 Cass Soc 30.04.2003, Droit social 2003 p 880, obs Cl Roy Loustaunau.

3 Cass soc 10 juillet 2002, Droit Ouvrier 2002 p 535, obs Wauquier; Chr Morvan JCP 2002 Ed E p 1135, A Chirez, Notation et évaluation des salariés, Droit Ouvrier, août 2003 n°309.

4 Cass soc 22 janvier 2003, Sem Soc Lamy n° 1107 p 8, D soc 2003, p 436, note Duquesne.

5 Cass soc 9 mars 1999, droit social 1999 p 630, obs Antonmattei.

6 Cass soc 4 mars 2003, Droit social 2003, 538, obs Ch Radé.

7 Paris, 2 oct 2002, DO 2003, p 62.

8 Cass soc 18.06.1996, BHV/Moreau, pourvoi n° 93-40489 et aussi Cass soc 19 janv 1999, Dt soc 1999 p 745, note Vacarie.

9 Soc 18 juillet 2000 rappelé par JE Ray *Droit du travail, droit vivant* (Ed Liaison, 2003) 373.

composante disciplinaire. "Pour l'exercice du pouvoir de direction, il faut –dit Monsieur J Mouly- déterminer la place respective du pouvoir de l'employeur et du contrat conclu par les parties".¹⁰

Faut-il en déduire que pouvoir de direction et prérogatives que l'employeur tient du contrat ne se mélangent pas, et même s'opposent? l'essence du pouvoir de direction ne se situerait-elle pas plutôt dans l'unilatéralité de l'autorité même finalisée? Les titulaires de droit subjectifs et de l'autorité ne sont d'ailleurs pas nécessairement les mêmes: "ces deux qualités, employeur et chef d'entreprise n'appartiennent pas, sauf dans les entreprises individuelles, au même sujet de droit. Alors que l'employeur est le co-contractant du salarié, le chef d'entreprise représente l'autorité concrète dans l'entreprise" rappelle Mme Françoise Varcin.¹¹

Pourtant, la ligne de démarcation entre le contrat et le pouvoir de direction n'est pas, si claire. "De l'un à l'autre, le passage n'est pas tranché" écrit M A Mazaud à propos des pouvoirs disciplinaires et contractuels.¹² On évoque certaines zones grises.¹³

Le fondement affirmé du pouvoir patronal par la Cour de cassation (qui a tenu à le préciser bien que n'étant pas obligé de le faire, dans son arrêt du 10 juillet 2002) ne tendrait t-elle pas à dissoudre le clivage entre contrat et pouvoir puisque, précisément, c'est du contrat que l'employeur tient son pouvoir de direction selon la haute juridiction?

Cette solution du rattachement au contrat paraît d'ailleurs la plus séduisante même si ce n'est pas la seule assise du pouvoir patronal qui procède, on le sait,¹⁴ de trois mécanismes: la propriété, la liberté contractuelle et la subordination.

Parmi ces trois fondements possibles, le contrat semble effectivement la réponse la plus appropriée. "Les pouvoirs les plus importants ne sont plus en effet aujourd'hui ceux des propriétaires; le développement des fonds de pension crée une situation nouvelle au profit des groupes qui gèrent ces fonds. Face au développement de la propriété financière faisant des marchés financiers des moyens de pouvoir beaucoup plus puissants que les outils de production, ce fondement traditionnel du pouvoir de direction paraît aujourd'hui incertain."¹⁵ Quant à la liberté des conventions, c'est justement au contrat qu'elle renvoie. L'analyse contractuelle ajoute d'ailleurs, nous semble-t-il, de la cohérence à l'éradication de l'employeur seul juge, thèse aujourd'hui disparue du

10 Droit soc 2003 p 396.

11 Thèse Lyon II, Le pouvoir patronal de direction, sous la direction de M A Jeammaud, spec n° 39.

12 Contractuel mais disciplinaire, Revue de Droit social 2003 p 164.

13 A Supiot, Droit soc 2000 p 1992.

14 Françoise Varcin, thèse précitée, n 11.

15 F Varcin, précite, n 11.

paysage judiciaire social français: ce n'est pas seulement parce que l'employeur veut mais aussi parce que le salarié consent que l'acte de direction est validé.

Fondé sur le contrat, le pouvoir de direction ne se confond pas pour autant avec le droit subjectif né de ses clauses. L'employeur qui enjoint par exemple au salarié de travailler dans une autre ville située dans le même secteur géographique, ne le fait pas sur le fondement d'une clause de mobilité qui, souvent, n'existe pas, mais sur le fondement de l'autorité sous laquelle le salarié a accepté de se placer en concluant ce contrat.

Enigmatique dans son fondement et incertain dans ses frontières, le pouvoir de direction n'est pas plus assuré dans son contenu. Dans la théorie institutionnelle de Paul Durand, l'entreprise "est organisée au moyen d'un certain nombre de pouvoirs: un pouvoir législatif manifesté par le règlement intérieur, un pouvoir exécutif que traduit le droit de direction du chef d'entreprise, un pouvoir disciplinaire qui permet de réprimer les manquements aux lois internes de l'institution".¹⁶

Monsieur Antoine Mazeaud rejoint, à peu de chose près, cette position: "sans prétendre détenir la vérité, ne peut-on pas dire qu'il existe d'abord et avant tout un pouvoir de l'employeur qui se décline ensuite sur trois registres: direction, règlement, discipline".¹⁷

D'autres découpages existent, telle la distinction entre le pouvoir de direction économique et le pouvoir de direction des personnes.¹⁸

Selon Monsieur Gérard Couturier "c'est le pouvoir de direction (et d'organisation) qui est de l'essence du "pouvoir patronal"; les pouvoirs réglementaires correspondant au règlement intérieur et disciplinaire, n'en sont que des prolongements instrumentaux".¹⁹ Cette conception paraît plus convaincante: le pouvoir disciplinaire n'est qu'une conséquence, d'ailleurs strictement finalisée, des pouvoirs normatifs et d'organisation: ce n'est que si le champ des obligations est d'abord déterminé par le pouvoir d'organisation que les manquements peuvent exister. Comme le rappelle la Cour de Cassation, "un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur".²⁰

16 P Durand *La notion juridique d'entreprise* (Travaux de l'association H Capitant, tome 3, 1947) 56.

17 Contractuel mais disciplinaire, *Droit social* 2003 164.

18 A Jeammaud, M Le Friant et A Lyon-Caen, L'ordonnancement des relations de travail, D 1998, Chr 359 et suivantes et spéc p 363-364.

19 *Traité de Droit du travail II, les relations collectives de travail* PUF 1^{ère} ed 2001, p 52 n° 16.

20 Cass Soc 4.07.2000, bull Civ V n° 263, rejoignant d'ailleurs incidemment la définition de la faute donnée par Planiol, celle de la violation d'une obligation préexistante.

S'agissant du pouvoir normatif, l'employeur semble pouvoir édicter des règles (éthiques notamment) hors des notes de service et du règlement intérieur;²¹ certains auteurs continuent cependant de s'interroger: "une simple autorité privée peut elle être source de droit? En droit du travail, l'autorité encore reconnue à l'employeur et au chef d'entreprise est-elle suffisante pour accueillir ce pouvoir en marge des sources reconnues?"²²

Source de mesures positives, légitimées par lui, le pouvoir patronal aux fondements discutés, s'inscrit en réalité dans une théorie proprement existentielle: son existence précède son essence et se développe dans le contexte du pluralisme juridique: le règlement intérieur et plus encore les chartes d'entreprise sont assurément du droit, non étatique, mais du droit quand même. Selon Michel Foucault, le pouvoir n'est pas l'attribut de l'état mais de toutes les institutions, tandis que selon M G Farjat, le droit n'est pas non plus l'attribut de l'état mais des pouvoirs privés économiques.

Il reste que c'est le juge qui légitime ce pouvoir de direction, notamment en découvrant telles ou telles de ses manifestations, un peu sur le même modèle qu'il fait jaillir le statut de salarié des conditions d'accomplissement de son travail, indépendamment de la volonté des parties.²³

Le juge sculpte, en le dévoilant, le pouvoir de direction. C'est alors surtout de pouvoir du juge qu'il est question. "Dès lors, s'interroger sur les pouvoirs du chef d'entreprise (pouvoir de direction, économique ou de direction des personnes), c'est s'interroger sur le contrôle que le juge en se référant éventuellement à l'intérêt de l'entreprise, opère sur l'exercice de ses prérogatives".²⁴

La possibilité reconnue d'interdire telle tenue non conforme à l'image de marque de l'entreprise²⁵ ne fait pas perdre de vue la disparition quasi-complète de "l'employeur seul juge" au profit d'un pouvoir finalisé dont les manifestations doivent être proportionnées au but poursuivi. Dans sa démarche réaliste et substantielle, le juge recherche et analyse les manifestations de pouvoir en faisant primer la nature de la décision patronale sur son support ou son objet matériel.²⁶ Et, ici comme ailleurs, on passe peut-être d'un modèle juridique vertical à un modèle plus horizontal où la personne se pose là, incontournable et exigeante, devenant non seulement la mesure du droit mais aussi la limite du pouvoir.

21 Sur ce point, D Berra *Les chartes d'entreprise et le droit du travail* (Mélanges Despax) p 123 et suivantes, et spéc P 132.

22 Berra, article précité, p 129.

23 Cass Soc Assemblée Plénière 5 mars 1983, D 1983, 381, conc Cabanes.

24 G Couturier, op cit p 92.

25 Cass soc 28 mai 2003, Dt soc 2003, p 808 avec les obs. Waquet "Le bermuda ou l'emploi".

26 En ce sens, cf JM Beraud, *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail*, Droit ouvrier 1997 p 527 et suivantes et spéc 533.

Traqué dans son support classique qu'est la manifestation unilatérale, mais aussi dans cet autre moyen d'assujettissement qu'est le contrat (I), le pouvoir de direction actuel est confronté dans son exercice aux refus et critiques du salarié et aux exigences de bonne foi renforcée de l'employeur. (II)

II L'ENCADREMENT DES MANIFESTATIONS DE POUVOIR

A Les Décisions Unilatérales du Chef d'Entreprise

L'exigence de rationalité se manifeste non seulement dans les mesures unilatérales de tous ordres qui doivent aujourd'hui répondre à la "normalité", mais encore dans la modification de la configuration du travail que le décisionnaire ne peut arrêter sans se préoccuper du tort qu'il causerait à la vie personnelle du salarié.

1 L'objectivation des mesures

L'objectivation désigne le phénomène par lequel un élément subjectif²⁷ est perçu comme un objet réel, mais aussi la transformation elle-même, le passage de l'interne à l'externe et la possibilité de contrôle qu'implique alors ce changement. C'est, si l'on veut, la notation avec grille par rapport à la notation intuitive, pour utiliser une métaphore proche de l'arrêt du 10 juillet 2002 rendu par la Cour de Cassation.²⁸

Les décisions unilatérales, qu'elles soient normatives, disciplinaires ou de gestion, sont la manifestation traditionnelle du pouvoir de direction. A un moment où le droit civil "découvre" l'unilatéralisme,²⁹ le droit du travail le pratique, depuis toujours, à tous les moments de la relation.

Depuis le libre choix du collaborateur, principe consacré par le Conseil constitutionnel³⁰ jusqu'au choix des solutions économiques permettant de sauvegarder l'entreprise,³¹ en passant par l'évaluation du salarié et la différenciation des salaires, le pouvoir de direction du chef d'entreprise se caractérise d'abord par la prérogative consistant à choisir, avant, le cas échéant, de déléguer (délégation de pouvoir en matière de sécurité notamment). Ce choix, bon ou mauvais, est fait unilatéralement. Ce n'est qu'ultérieurement que la légitimité de ce choix sera soumise à l'appréciation du juge.

27 Un processus décisionnel par exemple.

28 Précité.

29 Sur la place accrue de l'unilatéralisme en droit commun des contrats, relevée par la doctrine civiliste, cf. notamment M Fabre-Magnan, *Mélanges Ghestin*, p 305: "il faut laisser, dit l'auteur, un certain pouvoir unilatéral à chaque contractant pour assurer l'adaptation du contrat aux changements de circonstances et donc permettre la survie de celui-ci". Demogue avait déjà relevé ce point au début du siècle, cf RTD civ 1907 p 246: "les modifications au contrat par volonté unilatérale" et récemment, Cass Civ I, 13.10.1998, D 1999 p 197 note Jamin; Cass Civ I, 20.02.2001.

30 Décision en date du 20.08.1988.

31 Arrêt SAT, Ass Pl 8.12.2000, Dt soc 2001 p 124.

Tout l'effort jurisprudentiel a consisté ces dernières années à exclure l'arbitraire et aussi la subjectivité de décisions prises lorsqu'une alternative s'offre à l'employeur.

L'objectivation exigible du choix effectué par l'employeur est particulièrement caractérisée dans les décisions récentes relatives aux dévolus patronaux lorsque la loi ne fournit pas de critères. Ainsi, à propos de certaines priorités, lorsque plusieurs candidats sont en concours: s'agissant par exemple de salariés à temps partiel qui bénéficient d'une priorité d'embauche pour occuper un emploi à temps complet relevant de leur catégorie professionnelle, l'employeur doit, en cas de pluralité de candidatures pour le même emploi, choisir entre les intéressés. "En cas de contestation, il appartient à l'employeur de communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix".³²

On retrouve la même exigence à propos de la faculté offerte à l'employeur, par delà le principe d'égalité posé par l'arrêt Ponsolle³³ de récompenser le mérite. Premier juge (et non plus seul juge) de la valeur professionnelle de ses salariés, l'employeur peut fixer des rémunérations différentes pour tenir compte des capacités de chacun. En l'état actuel du droit positif, il peut n'accorder des augmentations de salaire qu'aux salariés qu'il estime méritants, à la condition de fonder sa décision sur des éléments objectifs tenant à la différence de travail fourni. Un certain degré d'objectivation est attendu de l'employeur dans le processus de volition qui l'amène à arrêter son choix: l'allégation d'une médiocre qualité du travail fourni ne suffit pas.³⁴

Ce que dit Monsieur Antoine Lyon-Caen à propos du licenciement économique, embrasse plus généralement la démarche du juge: "l'employeur est rationnel". Telle est notamment la vision de l'employeur sur laquelle repose le droit du licenciement économique et à laquelle elle donne corps. "Rationnel, l'employeur a donc des raisons de réorganiser son entreprise. Ces raisons donnent lieu à un contrôle judiciaire".³⁵

Ce contrôle de la rationalité de la décision prise est important dans l'acte unilatéral de direction. Dans le contrat, l'employeur, sauf intention de nuire ou détournement du droit de sa fonction, trouve un moteur pour agir, celui du droit subjectif créé par l'accord. L'expression unilatérale du pouvoir de direction par l'effet "d'une espèce de prérogative juridique distincte du droit subjectif mais appartenant à un même genre"³⁶ doit reposer sur la raison ou, pour employer une terminologie

32 Cass Soc 7.07.1998, RDT Civ 1999 p 380.

33 Cass Soc 15 déc 1998 Bull Civ V n° 551: "l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique".

34 Cass Soc 26.11.2002, RJS 02/2003 n° 178.

35 A Lyon-Caen, Note sur le pouvoir de direction et son contrôle, Mélanges Despax, p 95 et suivantes, et spéc. P 102 n° 8.

36 A Jeammaud op et loc cit.

civiliste actuelle, sur une certaine cohérence (sur le principe de cohérence en matière contractuelle);³⁷ surtout perçue, il est vrai, sous l'angle de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, véritable principe général du droit, tenant notamment à la fois du postulat et de la prescription, l'exigence de cohérence peut cependant être perçue aussi comme une variante de l'attente de rationalité.

Il existe plus généralement encore une attente légitime de la part du salarié comme de la part de tout contractant, ou de tout sujet de droit, d'un comportement raisonnable de l'autre, dont l'agissement cohérent n'est qu'une composante.

Le recul actuel du pouvoir discrétionnaire au profit d'un pouvoir fonctionnel dans de nombreux domaines ou branches du droit français,³⁸ qu'il s'agisse du droit de la famille ou du droit public, constitue une tendance générale dont cette exigence probatoire d'éléments objectivant les choix unilatéraux de l'employeur, n'est qu'une illustration.

Après avoir exclu à peu près tous les motifs subjectifs du fondement possible du licenciement légitime extra disciplinaire non économique, seule la mésentente entre salariés ou entre salarié et employeur, ainsi que la divergence sur la politique de l'entreprise (bouteilles à l'encre de si nombreuses transactions!) ont constitué un certain temps encore, les derniers bastions de résistance à l'objectivation du droit du licenciement. En présence d'un conflit entre salariés, susceptible de nuire à la bonne marche du service, l'employeur était seul juge du choix du salarié à licencier.³⁹ A présent, pour constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, la mésentente préjudiciable doit reposer sur des éléments objectifs imputables au salarié.⁴⁰ La divergence de vue sur la politique de l'entreprise, sur les conditions et l'organisation du travail ne semble plus, quant à elle, pouvoir légitimer le licenciement, les critiques étant plutôt rattachées actuellement à la liberté d'expression du salarié.⁴¹

L'insuffisance de résultats n'est plus, "en soi", un motif de licenciement et l'insuffisance professionnelle doit être matériellement vérifiable. Ici encore, l'exigence de justification objective est élevée puisque les résultats de tests de connaissances techniques pratiqués par l'employeur ne peuvent, par exemple, à eux seuls, justifier le licenciement pour insuffisance professionnelle.⁴²

37 Cf la thèse de M Dimitri Houtcieff.

38 Cf sur ce point, A Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, Droit social 2000, p 132.

39 Cass Soc 19.06.1985, bull Civ V n° 344.

40 Cass Soc 26.05.1998, n° 95-45.561, Lamy Social 2003 n° 1412.

41 Cass Soc 14.12.1999, bull civ V n° 488; Cass Soc 02.05.2001, bull Civ V n° 142; Cass Soc 15.01.2003, Lamy social 2003 n° 1413.

42 Cass Soc 18.07.2000, pourvoi n° 98-44.591; sur cette question, cf Ph Waquet, sem Soc Lamy 2.12.2002, n° 1100 p 6-18; DO 2002 p 535 et svtes, note Wauquier.

Le refus du juge d'accepter que telle situation ou attitude pouvant, le cas échéant, perturber la bonne marche de l'entreprise, constitue, en elle-même un motif légitime de licenciement, est également le signe d'un contrôle accru. L'employeur doit s'expliquer. On ne s'arrête plus à la cause abstraite avancée par lui, mais on vérifie sa réelle incidence dommageable. Ainsi lorsque la Chambre sociale décide par exemple, que l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail ne constitue pas en lui-même une cause de licenciement ou un manquement à l'obligation de loyauté⁴³ elle dénie à l'employeur le droit d'ériger (sans clause de règlement intérieur, note de service ou charte) en principe général et permanent, c'est-à-dire en norme, une règle procédant du seul pouvoir de direction.

La généralisation de la prohibition de la cause "*en soi*" constitue bien nous semble-t-il, un carcan qui empêche le pouvoir de direction de s'affranchir du juge, un peu sur le même modèle que la relativité de la chose jugée enferme la décision du magistrat dans un statut qui l'empêche de devenir arrêt de règlement. L'employeur n'est pas plus seul juge que le magistrat n'est législateur.

2 *Néo-subjectivisation du droit de la modification*

On pourrait penser que le domaine des conditions de travail reste marqué par une intensité plus grande du pouvoir de direction, notamment après la nouvelle *summa divisio* qui oppose cette catégorie au contrat, dans le registre des modifications. L'employeur aurait toute latitude pour modifier ce qui n'est pas un élément du socle contractuel (pour reprendre l'expression de M le Doyen Waquet). Le pouvoir de donner des directives qui caractérise la relation de subordination trouverait dans les conditions de travail son domaine privilégié. Il en est ainsi, même peut-être surtout, avec "les nouveaux visages de la subordination" dans lesquels par delà les apparences, "la contrainte ne disparaît pas, elle est intériorisée".⁴⁴ Contrairement aux attentes, on sait que les nouvelles technologies qui abolissent les clivages entre vie professionnelle et personnelle, en rendant le bureau portable, qu'il s'agisse de téléphone ou d'ordinateur, ne sont pas spécialement libératrices. Il s'agit simplement, comme le dit si bien M Supiot⁴⁵ à propos de l'invention de nouveaux gouvernements des sujets qui rappellent la vassalité féodale "de rendre à l'homme au travail une autonomie qui lui permet d'exprimer son talent propre tout en sauvegardant l'essentiel, c'est-à-dire la maîtrise de l'employeur sur les fruits de ce travail".

Or, même sur ce terrain des conditions de travail, on constate un certain recul du pouvoir de direction. L'effacement des frontières entre vie professionnelle et vie personnelle, comme la généralisation de l'exigence de mobilité, constituent une menace de plus en plus importante pour les

43 Cass Soc 11.06.2003.

44 A Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, Droit social 2000 p 132 et suivantes.

45 Article précité.

libertés du salarié et appellent un contrôle accru du juge: "La société Y avait muté M B sans pouvoir justifier cette mutation par un motif objectif" reproche alors la Cour de Cassation à l'employeur.⁴⁶

Cette fois, cependant, Il ne s'agit plus seulement d'exiger de l'employeur qu'il objectivise son choix; c'est bien plutôt d'une néo-subjectivisation de l'analyse qu'il s'agit, avec un certain retour de données purement personnelles au salarié comme " les obligations familiales impérieuses " qui lui permettent aux termes de l'article L 212-4-3 du Code du travail, de refuser légitimement les heures complémentaires, même contractuellement prévues, ou encore " la situation familiale critique " qui peut mettre en échec une décision de mobilité (fondée ou non sur une clause du contrat).

La qualification de faute grave donnée par l'employeur au refus de se plier à la modification de certaines conditions, peut être revue et corrigée par les tribunaux en fonction de la situation personnelle contraignante du salarié:⁴⁷ "Le principe de faute grave contenu dans les arrêts du 10 juillet 1996 s'est totalement dissipé dans les exceptions progressivement admises par la jurisprudence" ainsi que le résume, peut être de façon un peu caricaturale, un auteur.⁴⁸ Ne dit on pas cependant que rien ne ressemble plus à la réalité que sa caricature?

Ainsi, tant l'exigence d'un fondement objectif devant sous-tendre la décision patronale que, de façon inverse, l'introduction de données subjectives dans le processus de volition de l'employeur, encadrent et délimitent l'une et l'autre le pouvoir de direction. Le contrôle du juge s'exerce d'ailleurs, quelque soit la nature unilatérale ou contractuelle de la mesure (à cet égard, le contrôle des prescriptions de résultats, quelles soient unilatérales ou contractuelles, est tout à fait révélateur); rien de plus naturel puisque, comme le dit Monsieur le doyen Carbonnier, le contrat est un instrument de joie mais aussi de domination.

B Les Clauses du Contrat

1 Lutte contre l'instrumentalisation du contrat

Le droit du travail a toujours conservé une certaine distance vis-à-vis du contrat, ne serait ce que par l'ordre public qui y est plus marqué qu'en d'autres secteurs contractuels. La vigilance est d'autant plus requise que "l'exercice du pouvoir peut être dissimulé par le contrat. Il existe un risque d'occultation", comme le dénonce Monsieur Béraud. Le contrat est aussi un moyen d'assujettissement au pouvoir de direction.⁴⁹ Et c'est plus en tant que support et vecteur du pouvoir

46 Cass soc 23 janvier 2002.

47 Cf Cass soc 17 octobre 2000, deux arrêts Bull Civ V n° 327 et 328 à propos d'une modification d'horaires qui empêchaient la salariée de s'occuper d'enfants en âge scolaire et d'un horaire et tâches qui n'avaient pas varié depuis 20 ans.

48 Morand, Sem Soc Lamy, 19 mai 2003 p 10.

49 L'interaction du contrat de travail et du pouvoir de l'employeur, JM Beraud, Droit ouvrier 1997, p 529 et suivantes, et spéc p 533.

de direction qu'en tant qu'instrument d'échange que le contrat de travail a été, pour ses principales clauses, revu et corrigé par le juge ces dernières années, avec des techniques le plus souvent issues du droit civil.

Le cas des clauses de variabilité est sans doute le plus révélateur d'un possible dévoiement du contrat. La Cour de cassation a décidé que la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier en tout ou partie le contrat est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil, le salarié ne pouvant renoncer aux droits qu'il tient de la loi.⁵⁰ La solution, concomitante ou presque des débats civilistes qui portait, il fut un temps, sur l'indétermination du prix, relève de la lutte contre les clauses protestatives. C'est le mélange des genres que sanctionne, ici, le juge qui consiste à masquer l'unilatéralité du pouvoir de direction par le contrat.

Lorsque la Cour de cassation, dans un nouvel arrêt,⁵¹ pose le principe apparemment correcteur, suivant lequel:

une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié, dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minimas légaux et conventionnels.

En réalité, elle n'amointrit pas la clarté du clivage. En effet, la variabilité instaurée par la clause est indépendante de la volonté de l'employeur; c'est dire qu'elle est bel et bien déconnectée du pouvoir de direction.

Dans le même ordre d'idée, la tentation d'exploiter la liberté contractuelle dans le rapport de forces déséquilibrées qui caractérise l'embauche, ne doit pas conduire à l'indétermination de l'objet du contrat, souligne Monsieur JE Ray, illustrant son propos par l'exemple de cette "vendeuse caissière magasinière pouvant être amenée à faire des livraisons ou le ménage en cas de nécessité".⁵²

Ce refus de voir instrumentaliser le contrat, grâce à des techniques civilistes, est, en même temps, conforme au principe que l'on trouve en droit du travail selon lequel, hors la loi, la volonté est impuissante à soustraire une réalité à sa véritable nature juridique: un contrat est un contrat, une décision unilatérale relève d'une autre logique. Il serait, en effet, regrettable que le contrat devienne un alibi formel destiné à légitimer, une fois pour toute, le pouvoir de direction. Comme le souligne Monsieur Supiot "l'assentiment éclairé du salarié devient une condition de légitimité des décisions

50 Cass soc 30 mai 2000, RJS 7/8 2000, n°772; Cass soc 27.02.2001, RJS 5/01 n°562; Cass soc 16 oct 2002, RJS 1/03, 102.

51 Cass soc 2 juillet 2002.

52 Op cit p 185.

patronales avec les salariés 'objectivés' dans les techniques de management participatif".⁵³ Il est bien que le juge remette les choses à leur place.

De là à dire que le contrat est imperméable à toute incursion du pouvoir disciplinaire, c'est un autre débat, d'ailleurs vif dans la doctrine.⁵⁴ L'arrêt *Franfinance* du 11 juin 2001 qui légitime l'utilisation des clauses de mobilité pour infliger au salarié une mutation disciplinaire et décider que le refus de la sanction est fautif, a suscité des réactions diverses, relançant la discussion sur la défense ou l'ouverture des frontières. Pour Monsieur A Mazeaud "e pouvoir disciplinaire se heurte à ce bastion intouchable qu'est le contrat".⁵⁵ Selon M J Mouly, au contraire, "la force obligatoire du contrat de saurait faire obstacle à l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur".⁵⁶

Quelque soit l'option, force est de reconnaître qu'il peut exister, dans l'espace, des zones de recoupement des domaines disciplinaires et contractuels, notamment en cas de mutation-sanction d'un salarié lié par une clause de mobilité, comme il existe, dans le temps, des glissements concevables des conditions vers le contrat. Ainsi en va-t-il lorsque la Cour de cassation qualifie de modification du contrat, et non plus seulement des conditions de travail, les changements d'horaires ayant un effet perturbateur ou dérangent (passage, par exemple, d'un horaire de jour à un horaire de nuit, d'un horaire continu à un horaire discontinu, d'un horaire fixe à un horaire variable...) et que la doctrine étend cette transmutation aux effets portant atteinte à la vie privée: on confirme par là, dans les zones frontalières, les chevauchements ou les alchimies possibles. Toutefois, ni les zones de turbulences juridiques créées par les rencontres de domaines de droits distincts, ni la crise actuelle du droit de la modification du contrat de travail (caractérisée par un possible glissement de l'objectif vers le subjectif) ne remettent fondamentalement en cause la ligne de force actuelle qui tend à limiter les pouvoirs d'un seul, par la présence (et le droit) du contrat. Non seulement en délimitant le plus distinctement possible comme nous venons de le voir les domaines respectifs, mais encore en limitant, en sein même du contrat, la puissance interne des clauses, désamorçant en quelque sorte la souveraineté absolutiste des droits subjectifs qu'elles confèrent à l'employeur créancier.

2 *Désarmement des clauses*

On connaît la normalisation à laquelle s'est livré ces derniers temps, le juge du contrat de travail, faisant évoluer celui-ci vers une sorte de contenu légal. En peu de temps, et par divers

53 *Droit social* 2003, p. 67.

54 Cf sur ce point, Jean Mouly, L'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire: une remise en cause indirecte de la jurisprudence, *Hôtel Le Berry*, *Droit social* 2002, p 955; Contractuel mais disciplinaire, Antoine Mazeaud, *Droit social* 2003 p 164; Disciplinaire, donc non contractuel, Jean Mouly, *Droit social* 2003 p 395.

55 *Droit social* 2003, 165.

56 *Droit social* 2003 p 397.

moyens, les clauses de responsabilité, d'exclusivité, de résultats, de mobilité, de non concurrence, ont été véritablement "démilitarisées", armées qu'elles étaient par la volonté d'un seul. Le juge a remodelé ces dernières années différentes clauses du contrat de travail au moyen de techniques civilistes aussi variées que l'idée de cause, l'exclusion des clauses potestatives, l'indétermination de l'objet, l'exigence de bonne foi et le contrôle de l'abus.

Si, comme nous l'avons vu, le renforcement de la délimitation des genres est un moyen de contrôle du pouvoir de direction, le cloisonnement disciplinaire, doit être combattu pour assigner au contrat des limites suggérées par le droit des personnes. C'est en ce sens que Mme C Labrusse-Riou dénonce, à juste titre, l'idéalisme aveugle qui consiste à déclarer la personne indisponible: "Elle est, bel et bien, objet de contrat".⁵⁷ C'est aussi en ce sens qu'on peut, avec M A Supiot, ranger le droit du travail dans le droit des personnes.

En rabotant la clause blessante, le juge du contrat de travail protège évidemment la personne. "La face en partie cachée du droit des personnes, dit Madame Labrusse-Riou serait d'articuler les contrats et les statuts, d'assigner à chacun d'eux leurs limites afin de maintenir aux personnes leur qualité de sujet du droit pour mieux les faire exister ensemble dans un corps social pacifié".⁵⁸

On constate parallèlement une exigence plus aiguë de justification, allant au delà de la simple motivation. L'idée d'objectivation rejoint, à propos du pouvoir, l'évolution connue de la perte de confiance. On pourrait dire que le pouvoir de l'employeur ne constitue plus, *en lui même*, un motif de décision. Il doit être causé, et même légitimé parfois, par "l'assentiment éclairé du salarié", pour reprendre l'expression de Monsieur A Supiot,⁵⁹ mais de manière ponctuelle et, en quelque sorte substantielle et non formelle.

On constate ainsi que la présence ou l'absence de clause tendent communément vers une certaine unité des régimes applicables: s'il n'existe pas de clause, l'employeur doit justifier sa décision et s'il en existe une, il ne doit pas porter une atteinte excessive aux libertés du co-contractant. En ce sens, c'est le droit des personnes lui-même qui confronte le pouvoir de direction

III LES CONFRONTS DE L'EXERCICE DU POUVOIR

Au moulin des nostalgiques du pouvoir de direction qui n'est plus ce qu'il était, on pourrait apporter de l'eau: inversant complètement les rôles de l'employeur qui donne les directives et du salarié qui exécute, la jurisprudence contemporaine légitime souvent le refus du salarié et oblige l'employeur à collaborer: une image inversée de la subordination en quelque sorte. Les optimistes observeront toutefois qu'il reste de la marge dans les choix économiques de l'employeur.

57 *Mélanges Ghestin* p 501.

58 Article précité, *Mélanges Ghestin* p 501.

59 *Droit Soc* 2003, 67.

A Le Pouvoir de Direction Confronté aux Refus et Critiques du Salarié

1 Les refus

Selon Monsieur X Lagarde⁶⁰ "il faut convenir que le principal objet du droit du travail est de régler une relation tendue entre, d'une part, le pouvoir de direction de l'employeur, dérivé du principe de la liberté d'entreprendre, et d'autre part, les aspirations légitimes des salariés désormais comprises à l'aune des droits fondamentaux –droit à l'emploi, principe de sécurité juridique, protection de la vie personnelle". Ces aspirations légitimes gravitent souvent autour de cette "part irréductible de liberté"⁶¹ qui conduit parfois le salarié à dire "non". L'éventuelle légitimité de ce refus mesure aussi l'intensité du pouvoir de direction. Tantôt la validité de ce refus constitue la marque négative d'un droit subjectif dont le salarié est porteur - ainsi le droit pour le salarié de refuser de travailler chez lui, comme le pose l'arrêt Abram,⁶² constitue-t-il l'aspect défensif du droit à une vie personnelle normale- tantôt le refus reconnu constitue l'exceptionnelle soupape qui assure le fonctionnement humain de la relation de subordination qui ne pourra jamais être complètement réduite à un management par objectifs. En toute hypothèse, ce droit au refus s'inscrit dans un véritable droit à la contestation du droit, si caractéristique de la machinerie du droit au travail.⁶³

(a) Le droit à l'indiscipline face à l'ordre illégal

Le salarié refusant d'effectuer des horaires illégaux ne commet pas de faute.⁶⁴ Au delà du volume de la durée légale, la fixation de la durée du travail relève du pouvoir de direction. On peut même se demander si l'absence d'information sur le devoir d'effectuer d'éventuelles heures supplémentaires, lors de la conclusion d'un contrat, ne permet pas au salarié de refuser ultérieurement de les accomplir.⁶⁵ Tout le système positif actuel est orienté vers un fort encouragement à désobéir à la directive illégale. Le salarié a intérêt à refuser d'exécuter un tel ordre pour des raisons, pénales, civiles et disciplinaires.

Au plan pénal d'abord, le salarié qui commet une infraction sur une directive de son supérieur hiérarchique ne peut se prévaloir de cette circonstance pour éluder sa responsabilité pénale.⁶⁶ L'état de subordination juridique ne peut être assimilé à une contrainte morale au sens de l'article L 122 du Code Pénal.

60 RTD Civ 2002, p 437.

61 G Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, la document française, p 117.

62 Cass soc 2 octobre 2001 n° 99-42727.

63 A Supiot, la fonction anthropologique du droit.

64 Soc 12 janv 2000.

65 Arrêt Lange.

66 Cass crim 26.06.2002, RJS 2003, 114.

Au plan civil, l'acte infractionnel commis engage la responsabilité du salarié vis à vis du tiers qui en est victime, depuis une décision de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 14 décembre 2001⁶⁷ alors que l'arrêt Costedoat, rendu par l'assemblée plénière le 25 février 2000⁶⁸ fait bénéficier le préposé d'une véritable immunité lorsqu'il agit sans excéder les limites de sa mission.

D'un point de vue disciplinaire, il n'est pas inutile de savoir que l'instigation d'un supérieur qui enjoint au salarié de commettre l'acte délictueux, n'atténue pas le manquement du salarié qui peut toujours être licencié pour faute grave.⁶⁹

Non seulement le salarié peut s'abstenir, mais a donc tout intérêt, dans de telles circonstances, à refuser d'obéir; il est, en tout cas, intéressant de constater que le pouvoir de direction ne se confond pas avec le "commandement de l'autorité légitime". C'est une mesure au moins indicative de la force du pouvoir de direction dans l'ordonnement juridique au sens large incluant les pouvoirs privés économiques.

La situation pourrait, par certains aspects, être rapprochée du droit de retrait prévu à l'article L 231-8-1 du Code du travail. Le retrait repose, comme la grève, sur une forme de refus. Le devoir de l'employeur de veiller à la santé, non seulement physique mais mentale des salariés, pourrait bien d'ailleurs amener plus de salariés que par le passé à des refus de travailler dans des conditions dangereuses pour leur psychisme. On pense notamment à des situations de harcèlement.

Comme l'exigence, il fut un temps, du caractère raisonnable de la revendication en cas de grève, le droit de retrait est subordonné à la condition que le salarié concerné ait un motif raisonnable de penser que la poursuite du travail présente pour sa santé ou son intégrité physique ou mentale, un risque grave et imminent dont l'appréciation est laissée aux juges du fond.⁷⁰ Si l'employeur doit être "rationnel", le salarié, doit, de son côté, être raisonnable ! C'est bien le moins qu'on puisse attendre de lui, en contrepartie notamment d'égards renouvelés pour sa vie personnelle

(b) Droit au refus d'empiètement sur sa vie personnelle

Révélatrices sont évidemment les situations caractérisées par la confrontation des prérogatives de direction avec les libertés du salarié. Les refus constatés par la jurisprudence sont souvent des barrières édifiées face à l'empiètement sur la vie personnelle, entendue aussi comme comportant une liberté d'organiser et régler les rapports entre la vie personnelle et le travail. On se souvient du fondement de la solution Spileers du 12 janvier 1999⁷¹ qui rendait inefficace les clauses permettant

67 Arrêt Cousin, RJS 2.02. n° 142.

68 RTD civ 2000 p 582.

69 Cass soc 13.06.2001.

70 Cass soc 23 avril 2003, Dt soc 2003 p 805, obs J Savatier et la jurisprudence antérieure rappelée par l'auteur.

71 Bull civ V n° 7.

d'imposer au salarié un changement de domicile puisque celles-ci concernent sa famille et portent atteinte à sa vie privée, liberté fondamentale garantie aussi bien par l'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme que par l'article 9 du Code Civil.

L'idée qui sous-tend l'interdiction des clauses d'exclusivité par lesquelles l'employeur empêche le salarié de travailler au profit d'une autre entreprise,⁷² est au fond la même: par delà l'application d'autres principes (finalité, proportionnalité...), c'est aussi le droit pour le salarié d'organiser sa propre vie que défend ici le juge.

Dans le droit du contrat de travail à temps partiel, les heures complémentaires non prévues peuvent être légitimement refusées depuis la loi du 19 janvier 2000; celles qui ont été contractuellement convenues peuvent, quant à elles aussi, donner lieu à refus justifié: ainsi, lorsque l'employeur prévient moins de trois jours à l'avance. Il en est également de même en cas de modification de la répartition, pourtant contractualisée, des horaires, si le salarié prouve que "ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement, une période d'activité fixée chez un autre employeur, ou une activité professionnelle non salariée".⁷³

Certes, dans les contrats à temps plein, l'employeur peut librement imposer au salarié, dans la limite du contingent annuel (ou supprimer et réduire) les heures supplémentaires, sans que le salarié puisse invoquer une quelconque modification de son contrat.⁷⁴ La même solution prévaut sous la réserve importante indiquée ci-dessus pour les heures complémentaires.⁷⁵

Il reste que les réserves introduites par la loi à propos du travail supplémentaire rejoignent les précisions jurisprudentielles apportées à propos de la modification des horaires ayant un effet dérangeant, portant atteinte à la vie privée. Le droit au refus du salarié de passer d'un horaire continu à discontinu ou d'un horaire de jour à un travail de nuit, traduit à la fois, dans les faits, une résistance humaine à la machine managériale et dans la théorie, une résistance du subjectif à l'objectif dans la crise du droit de la modification du contrat de travail.⁷⁶

Cette résistance du droit à la vie personnelle face au pouvoir de direction est, par exemple, en partie, à l'origine de l'interdiction faite à l'employeur de consulter la messagerie électronique du salarié.⁷⁷

72 Cass soc 11.07.2000.

73 Art L 212-4-3.

74 Cass soc 9 mars 99, Droit social 1999 p 630, Obs. Antonmattei.

75 Cass soc 4.03.2003, Droit social 2003, 538, obs Ch. Radé.

76 En ce sens Mme Favennec-Hery.

77 Arrêt Nikon, Cass soc 20 octobre 2001.

Par delà la montée à la vie juridique de la vie personnelle,⁷⁸ on retrouve aussi dans la légitimation par le droit du travail du refus du salarié, le principe d'équilibre en suspension dans le droit civil des contrats. Dans les contrats de droit commun, plus orientés vers l'échange, il s'agit d'un équilibre patrimonial; dans la relation de travail où, quoi qu'on dise, c'est la personne qui est l'objet du contrat, il s'agit d'un équilibre, d'une nécessaire proportionnalité entre principes fondamentaux: nécessité de la libre entreprise, d'une part, et nécessaire épanouissement de la personne humaine, d'autre part.

On retrouve en droit du travail, la même idée qu'en droit commun ou en droit de la consommation: l'abus procède souvent de l'unilatéralité des pouvoirs que l'une des parties s'est octroyée par des clauses spécifiques. L'exigence de proportionnalité qui conduit la chambre commerciale à modérer la dette d'un dirigeant social en retenant la responsabilité de la banque qui lui avait fait souscrire "un aval manifestement disproportionné à ses revenus",⁷⁹ est-elle si fondamentalement différente du principe de proportionnalité du Droit du travail? L'obligation dans le droit des relations de dépendance, pour le dominant de prendre en compte l'intérêt du partenaire dépendant (trouvant appui dans l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi), ressemble à celle qui pèse sur l'employeur et justifie le refus de mobilité du salarié en situation familiale critique, ces refus d'heures complémentaires, voire supplémentaires du salarié que d'impérieuses nécessités familiales contraignent à plus de présence chez lui.

(c) Droit au refus de reclassement

La loi reconnaît un droit au refus du reclassement pour le salarié physiquement inapte en raison d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail.⁸⁰ La Cour de cassation a aussi consacré le droit pour le salarié de refuser le reclassement proposé par l'employeur en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle.⁸¹

Dans sa décision du 29 janvier 2003, la Haute juridiction a sanctionné, pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, l'employeur qui, dans le cadre d'une procédure de licenciement, avait licencié pour faute grave deux salariés "en raison de leur refus délibéré de toute tentative de reclassement".⁸² Le principe très distinctement posé par la Cour est le suivant: "le salarié menacé de

78 Définie par M Ph Waquet comme "l'ensemble des actes, paroles ou comportements du salarié qui sont sans rapport avec l'exécution du contrat de travail ou avec la vie de l'entreprise", Droit social 2000 p 1056.

79 Arrêt Macron du 17 juin 1997, cependant contredit par Cass Com 8 octobre 2002; cf également art L 311-10 du Code de la consommation qui neutralise les contrats de cautionnement qui engendrent un engagement manifestement disproportionné aux biens et revenus du consommateur caution.

80 Résultant des articles L 122-32-5 alinéa 4 et L 122-32-6 du Code du travail.

81 Cass soc 9 avril 2002, deux arrêts Droit ouvrier 2003 p 306, Notes P Adam; Droit social 2002, 663, note Savatier.

82 Droit ouvrier 2003, p 302, note P Adam.

licenciement pour motif économique est en droit de refuser les mesures de reclassement qui lui sont proposées par l'employeur". La solution, pour logique qu'elle paraisse (ne parle-t-on pas de "propositions de reclassement"?) méritait d'être affirmée. Il s'agit, suivant un auteur, d'un principe "fort"⁸³ ce qui ne signifie pas nécessairement que ce droit au refus soit lui-même sans limites. Le principe posé traduit seulement une puissante distanciation par rapport à l'emprise du pouvoir de direction impuissant, en tout cas, à faire le bonheur professionnel du salarié malgré lui. Il ne glorifie pas le caprice du salarié.

Reconnaître un droit au refus du salarié, face à des directives ou des propositions, ne signifie pas pour autant lui conférer un caractère discrétionnaire.

Dans les refus de mobilité, de travail supplémentaire ou de travail à domicile, le droit légal ou jurisprudentiel au refus est, au contraire, conditionné par référence aux fonctions ou par la situation familiale ou la protection de la vie personnelle du salarié. Dans le refus de reclassement, du moins en cas de perspective de licenciement économique, "on voit mal ce qui pourrait justifier de rattacher le droit au refus des propositions de reclassement à la problématique catégorie des droits discrétionnaires".⁸⁴

Le pouvoir de direction, finalisé par l'intérêt de l'entreprise, s'accorderait mal d'un face à face avec un droit subjectif discrétionnaire du salarié. Pour que cette "relation tendue"⁸⁵ reste équilibrée, le degré de force des pouvoirs de chacun doit être comparable. A l'employeur rationnel doit correspondre, nous l'avons dit, un salarié raisonnable. Le contrôle de l'abus constitue d'ailleurs l'un des moyens dont dispose le juge. La jurisprudence va cependant aujourd'hui bien au delà.

2 *Les critiques*

La critique du pouvoir de direction est-elle possible? Si on exclut de la question des problèmes voisins mais différents (mésentente, désaccord sur la politique de l'entreprise, autant des motifs subjectifs de licenciement possible qui doivent aujourd'hui être objectivés et imputables au salarié) la réponse doit être nuancée.

Le salarié a le droit de critiquer la direction, sur le fondement de la liberté d'expression. Indépendamment des textes internationaux et nationaux qui la consacrent, la liberté d'expression est reconnue "erga omnes" en quelque sorte par la jurisprudence: "l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant en principe dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce en principe dans toute sa plénitude".⁸⁶ A plus forte raison, l'exercice de la

83 P Adam, note précitée.

84 P Adam, Article précité p 303; Contrat, Liaisons sociales, quotidien du 31 janvier 2003 n° 13820 p 1.

85 Lagarde op et loc cit.

86 Cass Soc 28 avril 1988, Dt soc 1988, 428, conc H Ecoutin, note G couturier, Dt ouvrier 1988 p 249, note A Jemmaud et M Le Friant, JCP 1988 Ed E II, 15270 obs Teyssier.

liberté d'expression par les salariés en dehors de l'entreprise ne peut, en principe, justifier un licenciement.⁸⁷

Pourtant, in ou off, l'exercice de ce droit n'est pas absolu. Il peut assurément s'exercer dans un cercle restreint à l'intérieur de l'entreprise:

- D'abord dans le cercle artificiel et un peu désuet des groupes d'expression réunis conformément à la loi ou aux accords, et dans ce cas, la protection prévue par l'article L 461-1 alinéa 1 doit jouer: "les opinions que les salariés, quelque soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression, ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement".

- Ensuite, dans le cadre restreint d'un comité de direction⁸⁸ ou lorsque seul l'employeur est destinataire du courrier critique.⁸⁹

Dans ces hypothèses, la jurisprudence prend le soin de préciser que ce droit ne permet pas la diffamation, l'injure ou l'excès.

A l'extérieur de l'entreprise, indépendamment de l'exclusion du droit qui dégénère en abus, le droit d'expression et donc de critique, devrait être encore plus fort, suivant la formule de l'arrêt Clavaud.

En réalité, la jurisprudence postérieure à l'arrêt Clavaud est beaucoup plus discrète sur cette "plénitude" d'exercice du droit. L'excès qui transforme la critique en dénigrement est la plupart du temps réservé comme une marque d'abus possible.

De son côté, la doctrine insiste sur "un principe général de conciliation"⁹⁰ entre l'intérêt de l'entreprise et la liberté du salarié. Elle accorde une place particulière aux entreprises dites de tendance dans lesquelles la jurisprudence admet traditionnellement que des atteintes soient portées à des libertés. D'une manière plus générale, on sait que les principes traditionnellement protecteurs du salarié, notamment de sa vie privée, cèdent lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, crée un trouble caractérisé au sein de cette dernière.

Pourtant, cette question de la liberté d'opinion et de critique devrait, nous semble-t-il, recevoir une réponse plus franche. On ne devrait jamais pouvoir sanctionner ou licencier un salarié pour des raisons liées aux opinions qu'il émet dès lors qu'elles ne sont pas délictueuses. L'article L 122-45

87 Cass Soc 12.11.1996, Bull Civ V n° 373.

88 Cass soc 14 déc 99, D 2000, IR 40; Dt Soc 2000 p 163, note JE Ray.

89 Cass soc 2 mai 2001.

90 Vatinet, Mélanges Lyon-Caen p 411.

protège trop restrictivement les seules opinions politiques. Il était adapté lorsque la distinction du syndical et du politique suscitait un certain contentieux.⁹¹ Or, "il est remarquable de constater que ce contentieux a aujourd'hui pratiquement disparu".⁹² Les discussions ont plutôt cédé le pas à la désaffection politique jugée inquiétante selon certains. Autant on peut concevoir la sanction des critiques destinées à nuire (par exemple, la révélation mensongère sur la solvabilité de l'entreprise,⁹³ autant il est difficilement admissible que les opinions dissidentes, même si elles sont choquantes, aboutissent à l'éviction d'un salarié. Le pouvoir de direction, dans l'entreprise ordinaire ne peut exiger une adhésion inconditionnelle de celui-ci à l'esprit maison, sauf à voir ressurgir la perte de confiance et l'employeur seul juge. Il y a une tolérance de la dissidence encore à l'état d'ébauche mais qui constitue une tendance forte dans le droit actuel de la relation de travail. N'est-ce pas d'ailleurs le degré minimal de la collaboration attendue par tout co-contractant?

B Le Pouvoir de Direction Limité par le Devoir de Collaboration de l'Employeur

1 La bonne foi

La jurisprudence n'a pas attendu l'article L 120-4 pour borner le pouvoir de direction par l'exigence de bonne foi. Venant s'ajouter aux autres qualités attendues, celle ci participe à l'édification du standard d'un employeur cohérent et rationnel, projection "travailleuse" du bon père de famille du Code civil. Le bonus managerius, émerge peu à peu, dit M G Lyon-Caen.⁹⁴

Agir de bonne foi, c'est d'abord prendre des décisions sans animosité. L'absence d'intention de nuire est souvent relevée par la jurisprudence. La chambre sociale recourt par exemple à ce concept dans un arrêt récent⁹⁵ à propos du refus par un salarié de travailler le samedi alors qu'il était employé depuis 25 ans dans l'entreprise dont le chef lui enjoignait cette modification de ses conditions de travail. Refus fautif (non gravement) dit la Chambre sociale qui souligne à la suite de la Cour d'Appel que l'employeur avait mis en place les nouveaux horaires "sans intention de nuire".

Agir de bonne foi, c'est agir conformément aux attentes légitimes du partenaire. Et l'on attend de l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, qu'il agisse dans l'intérêt de l'entreprise. Même si cette notion semble, selon certains auteurs⁹⁶ plus rarement invoquée ces dernières années, elle n'a pas disparu et sert encore à démontrer la légitimité de la décision d'organisation. S'agissant par exemple d'un déplacement occasionnel hors secteur qui ne constitue pas une

91 Cass Crim 27 mai 1979, citée par Mme Vatinet, obs.cit.

92 Vatinet, op et loc cit.

93 Cass soc 24 janv 1991 citée par De Tissot, Dt soc 1994 p 356.

94 *60^{ème} anniversaire de la Chambre sociale* (Documentation française, Paris, 2000) 103.

95 Cass soc 21 janvier 2003, Dt soc 2003 p 536 et suivantes.

96 J Savatier, Dt soc 2003, p 434.

modification du contrat quand la spécificité des fonctions du salarié implique une certaine mobilité, la Cour de cassation souligne que la décision de l'employeur était précisément "justifiée par l'intérêt de l'entreprise".⁹⁷

Le pouvoir de direction ne peut davantage s'aventurer dans l'utilisation de certains moyens peu recommandables, comme la filature du salarié par l'employeur, gravement attentatoire à la vie privée et contredisant ouvertement certaines dispositions du Code du Travail. Dans une décision remarquée, pour établir la réalité des fausses déclarations d'activité du salarié, l'employeur se fondait sur des constatations opérées par le supérieur hiérarchique de l'intéressé qui s'était posté à proximité du domicile. M J Savatier fonde précisément cette décision de la Chambre sociale du 26 novembre 2002 qui exclut de telles méthodes, "sur l'exigence de bonne foi de l'exécution du contrat de travail, comme de tout autre contrat...".

La bonne foi est cependant plus exigeante encore. Elle ne rend pas seulement réciproquement créancier de loyauté. Depuis de nombreuses années déjà, la bonne foi exigible dans l'exécution du contrat de travail invite au dépassement d'un simple état passif d'absence d'abus, d'intention de nuire ou de déloyauté. Depuis plus de dix ans, elle oblige notamment l'employeur à assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi. On assiste, depuis peu, à un renforcement du degré de collaboration exigible de la part de l'employeur.

2 *Devoir d'assistance*

Ce devoir d'assistance apparaît d'abord en filigrane de certaines décisions qui se fondent essentiellement sur l'argument plus ostensible de l'abus venant limiter la force du droit subjectif de l'employeur. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de Cassation dénonce t-elle à propos de l'ostracisme d'une salariée dans une banlieue non desservie par des moyens de transports commodes, l'abus de pouvoir de la direction: "bien que le contrat ait comporté une clause de mobilité, à défaut de lui assurer les moyens de se rendre sur son nouveau lieu de travail, l'employeur avait abusé de son pouvoir de direction".⁹⁸

C'est le même type d'attention bienveillante qui oblige l'employeur à tenir compte de la situation financière de son salarié, ici encore lors de la mise en œuvre d'une clause de mobilité dans le contrat aidé d'un maître-chien.⁹⁹

On atteint un degré de plus dans l'obligation attendue de l'employeur avec le reclassement. C'est une loyauté toute particulière que la jurisprudence lui impose dans la proposition comme dans l'exécution de l'obligation de reclassement. L'employeur ne doit pas proposer au salarié un poste

97 Cass Soc 22.01.2003 précité.

98 Cass soc 10 janv 2001, Bull Civ V n° 3, Revue de Droit social 2001 p 553, obs Savatier.

99 Cass Soc 2 juillet 2003, Les Echos 17 sept 2003: l'employeur lui demandait de circuler dans un rayon de plus 100 km alors que l'employeur savait que son véhicule était en mauvais état.

trop inférieur à l'emploi précédent lorsqu'il existe des possibilités de reclassement dans un emploi plus proche de l'ancien travail.¹⁰⁰ Un ajustement d'horaire demandé par une salariée dans le poste de reclassement oblige ainsi l'employeur à examiner cette requête.¹⁰¹

Certains vont encore plus loin et voient dans des décisions rendues à propos d'engagements pris dans le cadre de plans sociaux¹⁰² de véritables obligations de conseil pesant sur l'employeur.¹⁰³ "la bonne foi et les efforts ne suffisent pas ou plus; la somme des moyens déployés pour parvenir au reclassement doit être maximale...".

Dans sa décision du 12 juin 2001,¹⁰⁴ la Cour de Cassation reproche en effet au banquier "d'avoir validé le projet de Mme G. sans en avoir examiné les éléments financiers ni accordé la moindre attention à son contenu, notamment au plan technique, (et de ne lui avoir apporté aucune assistance...); Mme G. n'a pu bénéficier d'aucun suivi pendant deux ans...". Ainsi, la Cour d'appel a pu décider que "le Crédit Lyonnais avait manqué aux engagements qu'il avait pris dans le plan social".

Dans sa décision du 27 février 2001,¹⁰⁵ la Cour d'Appel, approuvée par la Cour de Cassation, critique l'employeur qui "aurait dû informer les salariés afin qu'ils soient à même de négocier leur départ en pleine connaissance de cause".

Il existe, dans ces relations de travail, pourtant en phase terminale, une sorte d'obligation implicite d'appui et de conseil de la part de l'employeur, comme il existe à présent des contrats d'appui au projet d'entreprise pour la création ou la reprise d'une activité économique.¹⁰⁶

Si l'on admet que "le conseil commence au moment où le renseignement est mis en relation avec l'objectif poursuivi et se termine dès l'instant que les conseils donnés doivent être mis en application, car on est déjà en présence d'une assistance technique",¹⁰⁷ la question du degré d'obligation qui pèse à présent sur l'employeur peut, en tout cas, se poser.

100 Cass Soc 27.10.98, Bull Civ V n° 458.

101 Cass Soc 29.05.2002, cité in Lamy 2003 n° 1465.

102 Notamment du Crédit Lyonnais.

103 En ce sens, JL Denier, Rôle de l'employeur, payeur et... conseiller, Semaine sociale Lamy 26 mai 2003, n° 1124.

104 N° 99-43.329, Semaine Sociale Lamy n° 1124 précitée p 10.

105 N° 99.42166, également citée par JL Denier, obs et loc cit.

106 Code de Commerce, art L 127-1 à L 127-7 nouveaux issus de la loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique.

107 Nadège Reboul *Le contrat de conseil* (Thèse, Aix, 1999).

On peut voir dans ces avancées jurisprudentielles une forme de solidarisme contractuel qui vient borner le pouvoir de direction, une exigence de nécessaire collaboration, par delà l'antagonisme, qui limite les prérogatives de l'employeur.

Cette constatation rejoint, en droit civil du contrat il est vrai, l'aspiration juridiquement encouragée qui conduit, par delà l'idée d'équilibre relatif des prestations, "à se soucier de l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence de solidarité, voire de fraternité contractuelle".¹⁰⁸ Cette notion de devoir de collaboration, bien qu'ayant pour fondement la bonne foi, dépasse celle-ci dans ses exigences plus actives et plus justes, plus égalitaires: l'employeur, uni par l'*affectio contractus* à son salarié, doit se soucier de lui.¹⁰⁹

En théorie, le juge ne peut se fonder sur l'équité puisque celle-ci "n'est pas une source de droit"¹¹⁰ Même si la répétition de ce demi-mensonge ne parvient pas à le faire prendre pour une vérité, il n'importe puisqu'il peut s'appuyer sur l'exigence de bonne foi, cet "instrument privilégié d'application" de l'équité.¹¹¹ Le nouvel article L 120-4 qui vient renforcer l'article L 121-1 alinéa 1 lui donne aujourd'hui au juge un argument légal approprié pour lui permettre de trancher ce que l'équité ne lui permet pas ouvertement de décider.

Cette "civilisation"¹¹² du pouvoir patronal d'organisation par ces mouvements browniens renversant les perspectives, tranche avec les réserves du juge lorsqu'il s'agit d'apprécier les choix possibles de l'employeur entre diverses solutions de réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. La fameuse décision *Sat*¹¹³ a été relayée et confortée par la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002, selon lequel "le juge n'a pas à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles". Ainsi, le juge social n'a pas à se prononcer sur l'opportunité d'une décision de l'employeur au regard notamment des différents projets qui ont précédé cette décision et dont certains étaient manifestement moins lourds en perte d'emplois.

108 Catherine Thibierge-Guelfucci.

109 En droit allemand, la notion de subordination personnelle –*persönliche Abhängigkeit*–, proche mais différente de la subordination juridique, implique un devoir d'assistance de l'employeur –*Fürsorgepflicht*– comme le fait remarquer Monsieur Supiot.

110 Cass Soc 14 déc 96, Bull Civ V n° 421, JCP 1997, I, 40464 obs. Cadet, à propos de réclamation de salaire pendant des jours fériés; cf également cass soc 21.02.1980, Bull Civ V n° 170.

111 Ph Le Tourneau, Bonne foi, Rép. Civ. Dalloz n° 12.

112 Voir cette contractualisation.

113 Ass Plén de la Cour de Cassation 8 décembre 2000, Droit social 2001 p 120 concl de Caigny, n. A Cristau JC2001 II, 10498, NF Duquesne, Liaisons sociales JP, n° 695.

La décision Valéo Vision du 17 décembre 2002¹¹⁴ se situe elle aussi dans la ligne de l'arrêt Sat. Tandis que l'employeur qui dirige les personnes est contrôlé, l'employeur "politique" échappe, quant à lui, au juge. La doctrine fait justement observer que le glissement jurisprudentiel de la sauvegarde à la nécessité de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise pour constituer le motif économique, devrait pourtant entraîner une analyse plus approfondie. "Comment justifier la mesure de réorganisation par la nécessité de sauvegarder la compétitivité sans rechercher s'il pouvait y avoir d'autres moyens d'assurer cette sauvegarde".¹¹⁵ La constitutionnalisation de l'arrêt Sat et donc de la liberté de choix de l'employeur en matière économique s'impose pourtant à présent au législateur lui-même tandis que la formalisation de propositions alternatives par le Comité d'entreprise avec réponse motivée de l'employeur¹¹⁶ a fait long feu.

Pourtant, dès lors que l'employeur est rationnel, "objectif", puisque "lui-même asservi à la réalisation d'objectifs auxquels il est censé avoir adhéré",¹¹⁷ qu'il agit de bonne foi dans l'intérêt de l'entreprise, ces choix aussi devraient pouvoir être appréciés par le juge, et pas seulement par la seule collectivité des actionnaires. Un tel contrôle ne ferait pas du juge le "seul employeur";¹¹⁸ l'exigence de justification du choix adopté pour sauvegarder nécessairement la compétitivité, sans affaiblir le pouvoir, le conforterait dans la noblesse d'une fonction.

114 Droit social 2003 p 342, note G Couturier.

115 G Couturier, note précitée p 343.

116 Art L 432-1 alinéa 5 nouveau suspendu.

117 Cf A Supiot, Un faux dilemme, la loi ou le contrat, Dt soc 2003 p 59 et suivantes et spéc. n° 69.

118 Pour reprendre la formule critique de M PhLanglois, Le juge et l'employeur, Droit social 2003 p 283 et svtes et spéc 286.