



HAL
open science

Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus

Harold Kobina Gaba

► **To cite this version:**

Harold Kobina Gaba. Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus. *Le Droit ouvrier*, 2005, 683 - Doctr., pp.242-258. hal-02399013

HAL Id: hal-02399013

<https://hal.science/hal-02399013v1>

Submitted on 17 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus

(Les cas de modification du contrat, de changement des conditions de travail, des salariés protégés, et cas d'atteintes aux droits et libertés du salarié et à l'ordre public absolu)

par *Harold Kobina GABA*,
Maître de conférences en droit privé à l'Université du Havre

PLAN

I. Le refus du salarié et le cadre contractuel

- A – Le refus comme expression de la volonté du salarié, partie au contrat de travail
- B – Le refus du salarié comme une violation de ses obligations contractuelles

II. Le refus du salarié, le cadre statutaire et les droits et libertés individuels : ordre public, statut collectif...

- A – Le refus du salarié et l'ordre public de direction et de protection
- B – Plaidoyer pour un droit commun et autonome de refus fondé sur la liberté d'expression, droit de critique ou de discussion

Refuser au sens premier du terme signifie selon le dictionnaire Robert « *ne pas consentir à accorder (ce qui est demandé)* » ou encore « *ne pas vouloir reconnaître (une qualité) à quelqu'un* ». Quant au substantif “refus” qui constitue l'action et donc le fait de refuser, il est précisé par le *Vocabulaire juridique* : le refus, manifestation de non-vouloir pour un individu, admet deux acceptions. Ce peut être une non-acceptation qui consiste en une réponse négative – en principe libre et licite – opposée par le destinataire d'une offre à la proposition qui lui est faite. Ce peut être également une non-exécution caractérisée par le fait de se soustraire à l'accomplissement d'un devoir.

En tout état de cause, “refuser” ou le “refus” est l'expression de la volonté individuelle. Mais, le refus du salarié dans les relations individuelles et collectives de travail n'est pas appréhendé juridiquement d'une manière uniforme et cohérente. Les solutions juridiques retenues en cette matière semblent distinguer entre plusieurs situations.

Le refus peut s'analyser comme l'expression de la volonté du salarié, partie au contrat de travail. Dans ce cas, le refus est juridiquement légitime lorsqu'il s'agit de conclure le contrat de travail ou de le modifier.

En revanche, en cas de modification des conditions de travail ou d'exécution des clauses contractuelles, le refus du salarié est fautif.

Il faut toutefois préciser que les contrats de travail spécifiques présentent une particularité. Non seulement ils sont établis obligatoirement par écrit mais également très encadrés juridiquement notamment par la contractualisation de nombreux éléments du contrat. Ainsi toute modification du contrat est impossible (contrat de travail temporaire, art. L. 124-5 c. trav.) ou toute modification des clauses contractuelles nécessite l'accord des deux parties (contrat à durée déterminée, contrat à temps partiel). Sous le visa de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation a décidé que le fait pour un salarié de refuser un accroissement de l'amplitude de l'horaire de nuit ne constitue pas une faute grave de nature à justifier la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (1).

s'explique par les causes de rupture limitatives du CDD avant son terme. Cf. aussi les annotations sous cet arrêt dans le Bulletin précité ; Dr. Ouv. 2005 p. 212 ; RJS 11/04, n° 1125 ; Dr. soc. 2004, p. 1023, obs. Cl. Roy-Loustaunau ; 31 octobre 1996, Bull. V, n° 368.

(1) Cass. soc., 7 sept. 2004, Bull. V, n° 223 (même si la formulation de l'arrêt semble absconse relativement à la question de la modification ou non du contrat, en revanche le visa de l'arrêt, notamment l'article 1134 C. civ., est explicite, à savoir que la modification imposée par l'employeur en l'espèce nécessite l'accord du salarié. La faute grave alléguée par l'employeur

Mais on le verra, cette distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail se révèle en pratique très difficile et fragilise donc le régime juridique du refus du salarié. Ainsi une modification du contrat peut, suivant le cas, être requalifiée en changement des conditions de travail et *vice versa*. Dans cet ordre d'idée, le refus peut être l'expression d'un droit de critique, de discussion, de contestation ou de dénonciation en cas d'abus de droit ou en présence d'un acte ou d'une situation illégale. A cet égard, la loi elle-même protège expressément dans certains cas le droit de refus. Ce droit de refus est également reconnu lorsque le salarié est créancier d'une obligation à la charge de l'employeur.

Enfin, les salariés protégés dans l'entreprise relèvent d'un régime particulier en raison de leur statut. Aucune modification de leur contrat de travail et aucun changement de leurs conditions de travail ne peuvent leur être imposés. En cas de refus du salarié protégé, l'employeur a le choix entre une demande d'autorisation de licenciement et la continuité du contrat aux conditions antérieures.

Toutes ces formes ou situations de refus, d'une part mettent en jeu à la fois les libertés publiques ou les droits de l'Homme, le pouvoir de direction et de gestion de l'employeur et son corollaire le droit disciplinaire, le principe de la liberté contractuelle, l'ordre public absolu et, d'autre part, mettent en relief l'opposition doctrinale du contrat et du statut (2). Toutes ces questions ont pour toile de fond des considérations d'ordre éminemment économique et idéologique comme en témoigne d'ailleurs le sempiternel débat sur l'avenir et l'effectivité du droit du travail (3). Le contrat de travail, cadre juridique des relations de travail, est entre autres un outil de gestion de l'entreprise.

Mais au-delà de ces données théoriques, politiques, idéologiques, socio-économiques, juridiques, sémantiques, psychologiques..., il est important de s'interroger sur la nature juridique du refus du salarié (4). Est-ce un acte ou un fait juridique ?

Les actes juridiques sont définis comme des manifestations de volonté accomplies en vue de produire des effets de droit et sans lesquelles ces effets de droit ne se produiraient pas. En revanche, les faits juridiques sont des situations de fait ou des actions qui entraînent par leur existence même une création, une modification ou une transformation des droits. Ces actions peuvent être aussi bien volontaires que non volontaires ; même si elles sont volontaires, elles demeurent des faits juridiques au sens étroit du terme, dès lors que l'effet juridique qu'elles produisent n'a pas été voulu (5).

Au vu de ces définitions et des cas de refus susvisés, on peut avancer que le refus du salarié ne peut être un acte juridique. En effet, quel que soit le cas envisagé, le salarié qui refuse, exprime certes sa volonté mais ne veut point produire des effets juridiques. A la différence du refus du salarié, la démission, acte juridique unilatéral (comme le licenciement) qui émane de l'une des parties au contrat, produit ses effets et met fin au contrat du travail à durée indéterminée en dehors de toute acceptation de l'autre partie, même si l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir (6). En revanche, le fait juridique semble correspondre à la situation du refus du salarié. Ce dernier en refusant ne voulait pas les conséquences juridiques prévues expressément par la loi ou d'une manière générale par le droit positif et dont la mise en oeuvre dépend de la volonté de l'employeur sous le contrôle *a posteriori* du juge.

En outre, le salarié qui bénéficie d'un droit de refus, peut-il y renoncer par avance ? La Cour de cassation (7) répond par la négative lorsqu'elle décide que la clause, par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi. Elle précise par ailleurs que le salarié est libre de refuser la modification de son contrat et plus

(2) Expression empruntée au professeur N. Olszak, Le contrat de travail : entre statut et convention (aspects de droit comparé), in F. Hordern (sous la direction de), Construction d'une histoire du droit du travail, Cahiers de l'IRT, Aix-en-Provence, n° 9, avril 2001, spéc. p. 266.

(3) Cf. not. Pélissier, Supiot et Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, 22e éd., n° 20 et s., et 27 et s. ; H. K. Gaba, Ignorance, mépris ou respect circonstancié du droit applicable dans l'entreprise, D. 2003, Point de vue, p. 915.

(4) A notre connaissance, cette question n'est pas abordée en doctrine.

(5) F. Terré, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 6e éd., n° 156 et s.

(6) J. Pélissier et autres, Droit du travail, préc., n° 386.

(7) Cass. soc., 27 févr. 2001, Dr. soc. 2001, p. 514, chron. de Chr. Radé ; Chr. Radé, L'ordre public et la renonciation du salarié, ibid. 2002, p. 931 ; A. Jeammaud, La renonciation du salarié, Dr. Ouv. 1997 p.535 ; G. H. Camerlynck, La renonciation du salarié, Dr. soc. 1960, p. 62.

spécialement des modalités de sa rémunération (8), peu important que l'employeur soutienne que le nouveau régime ait été plus favorable. De même, a été jugée récemment nulle la clause de mobilité qui d'une part ne comporte pas de limite dans laquelle la mutation du salarié pouvait intervenir et, d'autre part, prévoyait que tout refus du salarié emporterait la rupture du contrat de travail (9).

En tout état de cause, le régime juridique du refus du salarié dépend de celui de la situation juridique envisagée. Or la diversité des cas de refus du salarié interdit d'en dresser une liste exhaustive dans cette étude critique et d'ensemble sur le régime juridique du refus du salarié quels que soient son statut et les situations envisagées qui, d'ailleurs, ont déjà fait l'objet de commentaires doctrinaux (10). Aussi prendrons-nous quelques exemples significatifs de la difficulté d'appréhender cette problématique. Pour ce faire, cette étude s'appuiera d'une part sur le refus du salarié dans le cadre juridique de la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail (I). Le refus du salarié en cas d'atteinte à l'ordre public ou à ses droits et libertés individuels et le refus du salarié investi de fonctions représentatives ou syndicales seront, d'autre part, étudiés en raison de leur régime juridique spécifique qui complexifie davantage la matière. De plus, la frontière entre certains cas de refus reste très ténue du fait de la fragilité théorique et pratique des situations juridiques qui les sous-tendent et de leur imbrication inéluctable. En conséquence, n'est-il pas judicieux de préconiser un droit commun de refus du salarié et qui soit autonome des situations juridiques en vigueur ? Ce droit de refus s'exercerait dans le cadre d'une procédure comportant trois phases : la notification de la proposition de modification, la discussion de celle-ci dans un délai raisonnable et la décision du salarié. Il s'agit ici d'accorder au salarié un droit de refus primaire et sans condition, qui trouve son fondement dans la liberté d'expression, droit fondamental qui suppose un droit de critique ou de discussion souvent ignoré ou méprisé dans l'entreprise. Un autre objectif est de rendre effectifs le droit de s'informer et le principe du contradictoire dans les relations de travail. Car le refus du salarié est souvent un constat d'échec du dialogue tant au niveau de l'opportunité de la décision ou de la proposition de l'employeur au regard notamment des nécessités de l'entreprise que de la prise en compte des intérêts légitimes du salarié et de l'ordre public absolu. Malheureusement, c'est *a posteriori* et dans le contentieux judiciaire que s'applique le principe du contradictoire. Et le recours à l'abus de droit ne constitue qu'un pis aller. La dernière phase de ce droit de refus consistera à mettre en œuvre le cadre juridique adapté à chaque situation (II).

■ I. Le refus du salarié et le cadre contractuel ■

Aujourd'hui, si la volonté demeure le fondement du contrat, il n'est plus à démontrer le déclin de l'autonomie de la volonté (qui suppose à la fois la souveraineté de la volonté et la force obligatoire de la volonté) dû à des facteurs sociaux (Etat providence et protectionnisme social) et économiques (ordre public économique) (11).

La relation de travail et le droit du travail ont été à l'origine de ce déclin. Le rapport d'emploi n'est pas purement contractuel, mais présente une double dimension : authentique contrat d'une part et, d'autre part, acte-condition (soumission aux pouvoirs de l'employeur, intégration à une collectivité de travail) (12).

Faute d'une définition légale, la particularité du contrat de travail appréhendé judiciairement, réside dans le lien de subordination juridique « *caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* » (13).

De ces éléments, la Cour de cassation semble déduire deux mécanismes juridiques permettant de réguler les relations individuelles de travail : il s'agit de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail (14) remplaçant l'ancienne distinction entre modification substantielle et modification non substantielle du contrat qui demeurerait toutefois en

(8) T. Katz, La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié, du juge, Dr. Ouv. 2005 p. 151.

(9) Cass. soc., 19 mai 2004, pourvoi n° 02-43252, inédit.

(10) Il est également impossible de dresser une liste exhaustive des études doctrinales y afférentes.

(11) Chr. Larroumet, Droit civil, T. 3, Les obligations, Le contrat, Economica, 4^e éd., n° 107 et s.

(12) J. Péliissier, A. Supiot et A. Jeammaud, Droit du travail, préc., n° 134 ; aussi F. Gaudu et R. Vatinet, Les contrats du travail, Traité des contrats (dir. J. Ghestin), LGDJ, 2001, n° 1 et s.

(13) Cass. soc., 13 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 386, RPDS 1997 p. 90 en annexe à L. de La Pradelle "Qu'est-ce qu'un salarié ?".

(14) Sur les motifs et la portée de cette jurisprudence : Ph. Waquet, La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, RJS 12/96, p. 791 ; Le renouveau du contrat de travail, RJS 5/99, p. 383.

vigueur conformément aux dispositions de l'article L. 321-1 C. trav. jusqu'à la loi de cohésion sociale, n° 2005-32 du 18 janv. 2005, qui semble entériner la nouvelle distinction en parlant dans la nouvelle rédaction de cet article L. 321-1 « *d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail* » (15).

Le traitement juridique du refus du salarié est fonction de cette dichotomie. Tantôt le refus est assimilé à l'expression de la volonté du salarié dans le contrat, tantôt il est sanctionné comme une violation de ses obligations contractuelles.

A – Le refus comme expression de la volonté du salarié, partie au contrat de travail

Bien que la subordination juridique constitue l'essence même du contrat de travail, ce dernier n'en reste pas moins un véritable contrat dans lequel il existe des parties qui disposent en principe et suivant la situation d'une certaine autonomie de leur volonté. Cependant, le contrat de travail fondé sur un rapport inégalitaire entre l'employeur et le salarié, est un contrat d'adhésion : l'autonomie de la volonté du salarié est quasi-inexistante pour ne pas dire illusoire. Il est de ce fait simplement requis un accord de volontés pour fonder le contrat. Mais comme le remarque un auteur (16), la jurisprudence souligne la faible incidence de la volonté dans la naissance du rapport de travail : « *la seule volonté des parties est impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche* » ; « *l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » (17). Ainsi, la qualification de contrat de travail est en quelque sorte indisponible.

Le refus comme expression de la volonté du salarié intervient en cas de modification du contrat de travail. Mais comme nous le verrons, la qualification et l'appréciation de la modification du contrat ne sont pas toujours aisées ni en théorie ni en pratique (18). Aussi prendrons-nous appui sur quelques cas (19) de jurisprudence mettant en exergue cette difficulté qui brouille le régime juridique de la modification du contrat.

1) Les cas de refus de modification du contrat de travail

Les deux cas qui seront étudiés ici porteront respectivement sur le refus de mesures de reclassement et le refus de changement du lieu de travail et clause de mobilité.

a) Le refus de mesures de reclassement

La Cour de cassation dans deux espèces (20) a jugé que la proposition de reclassement en application de l'article L. 122-24-4 du Code du travail peut emporter modification du contrat de travail. Dans la première espèce, un salarié par suite d'un arrêt pour maladie non professionnelle suivi d'un avis du médecin du travail émettant des réserves sur son aptitude physique à reprendre son emploi, a refusé deux propositions de reclassement formulées par son employeur. Selon la Cour de cassation, les juges du fond devaient rechercher si l'aménagement du poste de travail proposé entraînait une modification du contrat.

Dans la seconde espèce, une salariée atteinte d'une maladie professionnelle, affectée dans le temps sur des postes de travail compatibles avec son état de santé, refusa un nouveau poste auquel le médecin du travail l'a jugée apte. Licenciée pour faute grave, la Cour de cassation a décidé qu'il appartenait à l'employeur de tirer les conséquences du refus de la salariée soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant au licenciement de l'intéressée au motif de l'impossibilité de reclassement.

Si dans le premier arrêt la qualification d'une modification du contrat peut être retenue, en revanche, l'analyse du second arrêt fait surtout apparaître les conséquences d'un refus de modification du contrat sans le dire expressément et sans poser de conditions.

La logique du premier arrêt semble se dégager d'une autre décision dans laquelle il a été retenu que le salarié menacé de licenciement pour motif économique est en droit de refuser les mesures de reclassement qui lui sont proposées par l'employeur. En l'espèce, la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel, qui a constaté que les salariés s'étaient bornés à ne pas adhérer à la mesure de préretraite interne prévue par le plan social, à refuser une mutation géographique, et à ne pas recourir aux services d'un cabinet "d'outplacement", a pu décider qu'ils n'avaient fait qu'exercer leur droit (21).

(15) Sur cette question : Péliissier et autres, op. cit., n° 373 ; P. Morvan, Le droit de licenciement pour motif économique après la loi de cohésion sociale (l. n° 2005-32, 18 janvier 2005), TPS février 2005, p. 8.

(16) X. Lagarde, Aspects civilistes des relations individuelles de travail, RTDciv., juillet/sept. 2002, spéc. p. 440.

(17) Ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983, 381, concl. Cabannes ; Soc. 19 déc. 2000, Dr. soc. 2001, 237 n. A. Jeamnaud, Dr. Ouv. 2001 p. 241 n. A. de Senga.

(18) Not. : J. Péliissier, Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la

modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, in Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 101 ; du même auteur, La détermination des éléments du contrat de travail, Dr. Ouv. 2005 p.92.

(19) V. aussi : J. Savatier, Sanctions disciplinaires et contrat de travail, in Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 211 ; pour une jurisprudence récente : Cass. soc., 7 juillet 2004, Travail et Protection Sociale (TPS) octobre 2004, n° 294.

(20) Cass. soc. 9 avril 2002, 2 espèces, D. 2003, 306, note P. Adam.

(21) Cass. soc. 29 janv. 2003, D. 2003, 1592, note S. Moracchini-Zeidenberg, Dr. Ouv. 2003 p. 301 n. P. Adam.

Certains auteurs en déduisent que le droit de la modification du contrat de travail est ici écarté, dans la mesure où le reclassement est un droit du salarié et non une obligation à sa charge (22).

Dans cette logique, il s'agit bel et bien d'un droit subjectif dont l'exercice ne peut constituer en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement (arrêt du 9 avril 2002 préc.), ni une faute grave. L'exercice du droit au reclassement peut être un refus d'autant plus légitime lorsque la mesure de reclassement envisagée emporte modification du contrat de travail. En revanche, dans le cas contraire, le refus peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement en raison de l'impossibilité de reclassement (23).

Pourtant, en invoquant la faute du salarié (motivation du licenciement dans l'arrêt du 29 janvier 2003 : *« refus délibéré de toute tentative de reclassement »*), l'employeur se place paradoxalement sur le terrain disciplinaire et donc dans le cadre du changement des conditions de travail. Ainsi, la Cour de cassation tire les conséquences juridiques de cette option choisie par l'employeur en décidant sous le visa de l'article L.122-14-3 du Code du travail que *« motivé par une faute grave consistant dans le fait d'avoir refusé la proposition de poste aménagé, le licenciement présentait un caractère disciplinaire de sorte qu'il ne pouvait être justifié que par une faute du salarié ; qu'en statuant comme elle l'a fait alors qu'elle avait retenu que le salarié n'avait commis aucun acte d'insubordination de sorte que le refus de l'aménagement de poste ne pouvait constituer une faute, la Cour d'appel a violé le texte susvisé »* (24). On peut donc en déduire que le refus d'un poste de reclassement accompagné d'un acte d'insubordination peut être constitutif d'une faute grave lorsque le licenciement présente un caractère disciplinaire (25).

b) Refus de changement du lieu de travail et clause de mobilité (26)

En principe, le lieu de travail n'est pas considéré comme un élément du contrat. Cependant, il peut être contractualisé. En outre, son changement en dehors du même secteur géographique s'analyse en une

modification du contrat nonobstant l'absence d'une clause contractuelle portant sur le lieu de travail.

Mais voilà, la Chambre sociale de la Cour de cassation par deux arrêts (27) va nuancer cette position en précisant la portée des mentions du contrat de travail relatives au lieu de travail dans le cas où le changement s'opère hors du secteur géographique du salarié. Elle énonce que la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu. Il en résulte donc qu'en l'absence d'une telle clause, le changement n'emporte qu'un simple changement des conditions de travail. Dans les deux espèces jugées, les deux salariées avaient refusé une affectation dans le même secteur géographique en arguant de leur contrat respectif prévoyant un lieu de travail précis.

Or, le secteur géographique est une notion incertaine : un auteur relève à juste titre que *« personne ne sait, avant que les juges du fond n'aient statué, quel est le secteur géographique de travail. Étrange élément du contrat celui que les parties contractantes ignorent lors de la conclusion du contrat »* (28). De plus, la distinction entre clause contractuelle et clause informative complique davantage la matière et suscite la critique des auteurs qui constatent les dangers ou l'échec de la théorie jurisprudentielle (29).

En revanche, lorsque le contrat de travail ne comporte aucune mention du lieu de travail ni aucune clause de mobilité, la Cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 2003, décide que le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique (30). Trois conditions semblent résulter de ce principe et leur examen ne peut se faire qu'*in concreto* et au cas par cas. De plus, il est fait appel à une notion très controversée, équivoque et protéiforme : l'intérêt de l'entreprise (31) qualifié de rideau de fumée

(22) F. Favennec-Héry, Modification du contrat : le glissement de l'objectif vers le subjectif, RJS 6/03, p. 464 ; add. les références citées par cet auteur ; P. Adam, note préc. ; S. Moracchini-Zeidenberg, note préc.

(23) Cass. soc., 9 avril 2002, préc.

(24) Cass. soc., 27 oct. 2004, RJS 1/05, n° 32.

(25) Sur la question de savoir si le refus abusif d'un poste de reclassement constitue une faute grave ou non : Pélissier, Supiot et Jeammaud, Droit du travail, op. cit., n° 367, p. 466, note 2.

(26) La clause de mobilité sera à elle seule abordée dans les changements des conditions de travail.

(27) Cass. soc., 3 juin 2003, 2 espèces, RJS 8-9/03, n° 980 ; Dr. soc. 2003, p. 884, obs. J. Savatier ; JCP 2003, II, 10 165, note M. Véricel ; Dr. Ouv. 2003 p. 523 n. F. Saramito et P. Moussy.

(28) J. Pélissier, Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, op. cit., p. 104.

(29) J. Pélissier, Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, RJS 1/04, p. 3 ; add. les références citées par cet auteur et citées supra.

(30) Dr. soc. 2003, p. 433, obs. J. Savatier ; JCP éd. G, II, 10080, note D. Corrignan-Carsin.

(31) Sur cette question : H. K. Gaba, La dénonciation par le salarié de faits délictueux dans l'entreprise ne constitue pas en soi une faute, D. 2001, Jur. 894 ; M.-C. Escande-Varniol, La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise, RJS 4/00, Chron. p. 260 ; B. Teyssié, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D. 2004, Doctr. 1680 ; Sur l'intérêt de l'entreprise, TPS oct. 2003, p. 3.

par le professeur Pirovano (32), notion qu'il faudra cerner précisément selon une méthode globale et non sectorielle en fonction des disciplines et des intérêts en présence ou en vigueur dans l'entreprise. Logiquement, la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise doit s'accompagner de celle de l'intérêt du salarié (33) à moins d'y voir la primauté du premier sur le second avec cette réserve de taille relative à l'impossibilité de définir l'intérêt de l'entreprise.

Ces données démontrent la difficile posture du salarié et de l'employeur en cas de refus. Comment pourraient-ils savoir *a priori* le régime juridique d'un refus qui dépend justement de la distinction entre modification ou changement? Or le régime juridique du refus en cas de modification protège notamment le salarié contre les velléités de son employeur. Une décision de la Cour de cassation illustre bien cette difficulté et porte sur le transfert (distinct de la mise à disposition qui n'entraîne pas en soi modification du contrat) (34) d'une salariée d'une société à une autre en dehors du cadre juridique de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail. Cette salariée avait été licenciée pour avoir refusé ce transfert. La Cour de cassation, contrairement aux juges du fond, sous le visa de l'article 1134 du Code civil ensemble l'article L. 122-14-3 du Code du travail, pose le principe suivant lequel le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord, peu important que ces sociétés aient à leur tête le même dirigeant (35).

2) Le régime juridique du refus de modification du contrat de travail

La modification du contrat peut procéder de plusieurs causes. Ce peut être un motif économique ou un motif personnel. Les modalités d'acceptation ou de refus du salarié de la modification dépendent de cette cause. En tout cas, cette modification nécessite l'accord des parties au contrat de travail. Et le seul refus de modification du contrat de travail ne constitue pas en soi une faute (36), ni une cause réelle et sérieuse de licenciement (37), ni une atteinte à l'obligation de loyauté envers l'entreprise (38). En conséquence, lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail l'employeur doit, soit le rétablir dans son emploi, soit tirer les conséquences du refus en

engageant la procédure de licenciement (39). En cas de carence, le salarié est fondé à exiger la poursuite du contrat aux conditions initialement convenues. De plus, le salarié qui se voit opposer une modification unilatérale de son contrat est fondé à faire constater que cette voie de fait s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (40). Dès lors, l'employeur ne peut renoncer unilatéralement à la modification et le salarié peut refuser cette renonciation tardive et la reprise de son emploi (41). Et l'employeur ne peut, sans avoir rétabli le salarié dans son emploi, se prévaloir d'un comportement fautif postérieur au refus pour procéder à un licenciement disciplinaire (42). Enfin, il convient d'ajouter la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par l'une des parties, qui sera étudiée *infra*.

Concernant la modification pour motif économique, la loi prévoit un dispositif particulier. L'élément clef du régime juridique de la modification du contrat de travail ayant un motif économique, est le délai de réflexion d'un mois institué par l'article L. 321-1-2 du Code du travail et « destiné à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix » (43). Pour ce faire, l'employeur qu'il s'agisse d'une modification individuelle ou d'une modification proposée à plusieurs salariés (44), informe chaque salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. Ce délai de réflexion court dès réception de cette lettre. C'est pendant cette période que le salarié peut faire connaître son refus qui n'est soumis à aucune forme particulière. A défaut de réponse dans ce délai, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. Selon la Cour de cassation « les dispositions d'ordre public des articles L. 321-1 (45) à L. 321-15 C. trav. sont applicables à toute rupture de contrat de travail résultant d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail, consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». Ainsi, cette modification est soumise aux formalités prescrites par l'article 321-1-2 du Code du travail (notification par lettre recommandée avec accusé de réception). Il en résulte que l'employeur qui n'a pas respecté ces formalités ne peut se prévaloir ni

(32) A. Pirovano, La "boussole" de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? D. 1997, Chron. p. 189.

(33) Cf. nos développements *infra* sur les droits et libertés du salarié.

(34) Cass. soc., 1^{er} avril 2003, TPS 2003, n° 219, RJS 06/03, n° 708.

(35) Cass. soc., 5 mai 2004, RJS 07/04, n° 794 ; TPS juillet 2004, n° 223, note P.-Y. Verkindt ; J. Pélissier, Dr. Ouv. prec. spec. p. 95.

(36) Cass. soc., 23 janv. 2001, TPS avril 2001, n° 127.

(37) Cass. soc., 28 janv. 2005, TPS avril 2005, n° 446.

(38) Cass. soc., 23 juin 2004, RJS 10/04, n° 1072 : il était reproché au salarié la tardiveté de sa réponse à la proposition de mutation qu'il avait lui-même sollicitée et négociée pendant plusieurs mois avec l'employeur.

(39) Cass. soc., 26 nov. 2002, préc.

(40) Cass. soc., 26 nov. 2002, préc. ; 26 juin 2001, TPS oct. 2001, n° 324 ; 26 janv. 1998, RJS 3/98, n° 276.

(41) Cass. soc., 5 mars 1997, RJS 4/97, n° 378.

(42) Cass. soc., 13 juillet 2004, TPS octobre 2004, n° 292.

(43) Cass. soc., 10 déc. 2003, 2 espèces, TPS février 2004, n° 40.

(44) Concernant un éventuel plan de sauvegarde de l'emploi, cf. nouvel article L. 321-1-3 C. trav. : P. Morvan, Le droit de licenciement pour motif économique après la loi de cohésion sociale (l. n° 2005-32, 18 janvier 2005), TPS février 2005, p. 8.

(45) Cf. la formulation du nouvel article L. 321-1 C. trav. ; P. Morvan, op. cit.

d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié (46). La proposition de modification des contrats de travail faite par l'administrateur judiciaire est également soumise à ces dispositions (47).

La violation de cette condition d'ordre public entraîne des sanctions :

– la convocation à l'entretien préalable au licenciement avant l'expiration du délai de réflexion rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse (48). Il faut préciser qu'en cas de pluralité de propositions de modification, le délai d'un mois doit être respecté pour chacune de ces propositions ;

– l'inobservation de ce délai par l'employeur prive de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail (49).

Une fois le délai de réflexion respecté et le refus par le salarié de la proposition de modification du contrat exprimé, le licenciement peut cependant être abusif lorsque la modification n'est pas fondée (50). Et la lettre de licenciement doit contenir les raisons économiques de la modification proposée et refusée (51).

Si le régime juridique du refus de modification du contrat est fondé sur l'analyse contractuelle des rapports individuels de travail, en revanche celui du refus de changement des conditions de travail est d'essence disciplinaire découlant semble-t-il d'une obligation contractuelle du salarié.

B – Le refus du salarié comme une violation de ses obligations contractuelles

La subordination du travailleur constitue la pierre angulaire d'un droit qui a pour objet essentiel d'encadrer l'exercice du pouvoir qu'il confère ainsi à une personne sur une autre : c'est la soumission volontaire du salarié à l'autorité de l'employeur (52). Mais cette soumission prétendument "volontaire" n'est pas du tout réaliste car le contrat de travail est un contrat d'adhésion dans lequel le salarié, généralement, n'a pas véritablement le choix et ne dispose d'aucune autonomie de la volonté. En outre, il est

impossible pour le salarié de connaître au moment de la formation du contrat l'étendue de l'obligation qu'il contracte et le contrat est par nature appelé à changer durant sa vie.

Toujours est-il que l'employeur au nom de son pouvoir de direction peut modifier ou aménager les conditions de travail des salariés qui ne peuvent s'y opposer. Cette modification institutionnelle et obligatoire, découle de l'obligation contractuelle d'obéissance dont le manquement par le salarié peut être sanctionné par l'employeur, au besoin par un licenciement (53).

A l'instar de la modification du contrat de travail, nous traiterons d'une part d'un cas polémique de refus de changement des conditions de travail, à savoir la clause de mobilité mise en œuvre dans le cadre disciplinaire et, d'autre part du régime juridique y afférent.

1) Les cas de refus de changement des conditions de travail : la clause de mobilité utilisée dans le cadre disciplinaire

La clause de mobilité insérée dans un contrat de travail oblige en principe les parties en vertu de l'article 1134 du Code civil (54). Sa mise en œuvre relève du régime du changement des conditions de travail sauf lorsqu'elle entraîne une réduction de la rémunération du salarié (55). La mise en œuvre ne doit pas révéler une légèreté blâmable ou un usage abusif de la part de l'employeur (56). D'une manière générale, la Cour de cassation décide dans un arrêt de principe que la bonne foi étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle (57). En outre, l'employeur doit respecter la convention collective applicable, plus favorable, et qui prévoit précisément les conditions dans lesquelles la mutation du salarié peut être mise en œuvre (58).

(46) Cass. soc., 25 janv. 2005, RJS 4/05, n° 344.

(47) Cass. soc., 28 nov. 2000, TPS février 2001, n° 48.

(48) Cass. soc., 10 déc. 2003, deux espèces, préc.

(49) Cass. soc., 10 déc. 2003, deux espèces, préc. ; 29 janv. 2003, RJS 4/03, n° 414

(50) Cass. soc., 26 nov. 2002, TPS mars 2003, n° 99 ; Bull. civ. V, n° 353.

(51) Cass. soc., 17 oct. 2001, TPS janv. 2002, n° 11.

(52) A. Supiot, Critique du droit du travail, PUF, 1^{re} éd. Quadrige, 2002, p. 109 et s.

(53) Cass. soc., 24 juin 1982, Bull. civ. V, n° 413 ; 25 juin 1982, *ibid.*, n° 419.

(54) Sans oublier l'article L. 120-4 et L. 121-1 C. trav. Cependant est nulle la clause qui d'une part ne comporte pas de limite dans laquelle la mutation du salarié pouvait intervenir et, d'autre part, prévoyait que tout refus du salarié emporterait la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 19 mai 2004, n° 02-43252, inédit).

(55) Cass. soc., 15 déc. 2004, RJS 02/05, n°122, à paraître au Dr. Ouv. n. M. Henry.

(56) Cass. soc., 6 février 2001, TPS avril 2001, n° 122 ; 2 juillet 2003, RJS 10/03, n° 1120. Il en va de même lorsque la clause de mobilité avait été mise en œuvre avec précipitation en impartissant à la salariée un délai de prévenance et de réflexion insuffisant et qu'il apparaît que la mutation avec changement de domicile n'était ni indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ni proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché. Ou encore lorsque la clause contractuelle de mobilité qui consistait en un changement de lieu de travail, qui n'était pas justifié par l'intérêt de l'entreprise, avait été imposée aux salariés de manière brutale et déloyale (3 nov. 2004, 2 espèces, pourvois n° 03-40158 et 02-45749, inédits ; 18 sept. 2002, Bull. civ. V, n° 273).

(57) Cass. soc., 23 février 2005, deux espèces, Dr. Ouv. 2005 p.213 n. P. Moussy ; sur la sanction du refus, v. infra.

(58) Cass. soc., 22 janv. 2003, RJS 4/03, n° 410 ; 4 févr. 2003, *ibid.* loc. cit. ; 13 oct. 2004, TPS déc. 2004, n° 35.

Mais une utilisation problématique de la clause de mobilité mérite l'attention : il s'agit de la clause de mobilité utilisée dans le cadre disciplinaire. En effet, la Cour de cassation énonce que la mise en œuvre d'une clause de mobilité n'entraîne pas de modification du contrat de travail ; que, même si le déplacement du salarié a le caractère d'une mesure disciplinaire, il ne constitue pas un abus, dès lors que l'employeur peut invoquer une faute du salarié (59). Cette décision a suscité un vif débat doctrinal relatif à la question de l'immixtion du droit des contrats dans le droit disciplinaire, la distinction entre le pouvoir de direction et le pouvoir disciplinaire (60) ce qui illustre l'incertitude ou l'ambiguïté du cadre juridique du pouvoir de l'employeur et donc la force relative du contrat de travail au regard des intérêts du salarié.

2) Le régime juridique du refus de changement des conditions de travail

L'insubordination avérée est l'expression même de l'atteinte la plus grave à l'autorité de l'employeur. Elle était souvent considérée comme une faute grave qui était la sanction de principe (61). Aujourd'hui, la Cour de cassation semble se départir de l'assimilation automatique du refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail à son insubordination ou à la faute grave. Dans deux arrêts du 23 février 2005, la Cour de cassation pose un principe général qui d'une part détermine les règles devant régir la mise en œuvre d'un changement des conditions de travail en l'absence de dispositions conventionnelles expresses et plus favorables au salarié et, d'autre part, fixe le régime juridique du refus par le salarié d'un tel changement. Ainsi, la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise. Il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions

exclusives de la bonne foi contractuelle. Et le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave (62). Mais, il faut remarquer que la "cause réelle et sérieuse" et plus précisément la "cause sérieuse" peut être fautive ou non fautive (63).

L'analyse de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation semble aller dans le sens de la cause sérieuse fautive. Le refus du salarié est fautif en l'absence de mauvaise foi et de non-conformité du changement à l'intérêt de l'entreprise. Dans ce cas, il s'agit d'une faute simple. Cette dernière solution paraît conforme à la jurisprudence récente (64) de la Cour de cassation et à la logique qui gouverne le changement des conditions de travail.

De par le passé, suivant les circonstances, l'ancienneté du salarié, l'ancienneté d'une pratique nouvellement modifiée et au nom de l'ordre public, certains cas d'insubordination ont été justifiés ou ont constitué une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement le refus par le salarié d'un changement de ses fonctions dès lors que les nouvelles tâches demandées correspondent à sa qualification ; ce refus est fautif (65). Ou encore le refus d'une modification des horaires impliquant de travailler un samedi sur deux par roulement ne constitue pas une faute grave dès lors que l'intéressée a une ancienneté de dix-neuf années pendant lesquelles elle a disposé librement du samedi matin (66). Il en va de même du refus d'un nouvel horaire de travail imposant à l'intéressée d'être présente à l'heure du déjeuner dont elle disposait précédemment ce qui lui permettait de s'occuper de ses enfants d'âge scolaire (67).

Enfin, ne constitue ni une faute grave, ni une cause réelle et sérieuse de licenciement, le refus justifié par la violation d'une disposition d'ordre public ou des droits et libertés du salarié (68).

(59) Cass. soc., 11 juillet 2001, TPS nov. 2001, n° 359.

(60) Voir : A. Mazeaud, Contractuel, mais disciplinaire, Dr. soc., février 2003, p. 164 ; J. Mouly, Disciplinaire, donc non contractuel, Dr. soc., avril 2003, p. 395.

(61) Cass. soc., 10 juillet 1996, 2 arrêts, Bull. civ. V, n° 278, p. 196, Dr. Ouv. 1996, 459 P. Moussy : «le refus par un salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement» ; 30 sept. 1997, bull., n° 289, p. 211, Dr. Ouv. 1998 p.162 n. P. Moussy : mise en œuvre d'une clause de mobilité.

(62) Cass. soc., 23 février 2005, pourvoi 03-42.018, Dr. Ouv. 2005 p.213 ; 4 février 2003, TPS avril 2003, n° 133 ; RJS 4/03, n° 412.

(63) Sur cette notion : J. Pellissier et autres, Droit du travail, préc., n° 423 et s.

(64) Cass. soc., 15 déc. 2004, RJS 02/05, n° 242 ; cf. nos développements *infra* sur les atteintes aux droits et libertés du salarié et notamment sur les obligations familiales impérieuses.

(65) Cass. soc., 19 déc. 2001, TPS mars 2002, n° 76.

(66) Cass. soc., 17 oct. 2000, Dr. Ouv. 2001 p.24 n. P. Moussy, RJS 2000, n° 1222 ; 23 avril 2003, Dr. soc. 2003, p. 778, note F. Favennec-Héry : licenciement d'un salarié pour faute grave par suite d'un refus de travailler sur un chantier éloigné de son domicile et d'hébergement sur place organisé et payé par l'employeur. Selon la Cour de cassation, salarié de longue date, celui-ci effectuait régulièrement des déplacements entre les chantiers et son domicile, de sorte que son refus, s'il était injustifié compte tenu de la distance entre celui-ci et le chantier en cause, n'était pas de nature à rendre impossible la poursuite du contrat de travail pendant le préavis et ne constituait pas une faute grave.

(67) Cass. soc., 17 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 328, Dr. Ouv. 2001 p. 23 n. P. Moussy.

(68) Nous reviendrons *infra* sur cette question.

Par ailleurs, relativement à la prise d'acte de rupture du contrat de travail par l'une des parties, la Cour de cassation dans ses arrêts du 25 juin 2003, distingue, sous le même visa des articles L. 122-4, L. 122-13 et L. 122-14-3 du Code du travail, entre la prise d'acte de la rupture par l'employeur et celle du salarié. L'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail ou qui le considère comme rompu du fait du salarié doit mettre en œuvre la procédure de licenciement. A défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En revanche, lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le contraire, d'une démission (69). Des précisions ont été par la suite apportées dans le prolongement de cette jurisprudence. Ainsi, lorsqu'un salarié qui refuse de reprendre le travail en raison de faits qu'il reproche à l'employeur est licencié, il appartient au juge d'apprécier la réalité et la gravité de la faute reprochée au salarié (70). Par ailleurs seuls les faits invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte de la rupture permettent de requalifier la démission en licenciement (71). De plus, le contrat de travail étant rompu par la prise d'acte de la rupture émanant du salarié,

peu importe la lettre envoyée postérieurement par l'employeur pour lui imputer cette rupture (72).

En conclusion sur la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail, on peut retenir le constat du professeur Ph. Langlois (73) qui estime que cette distinction porte en germe sa propre disparition. Selon lui, il est en effet périlleux d'adopter une conception rigide du contrat, alors que celui-ci peut n'être que ce que veulent les parties et, lorsque le rapport de force est déséquilibré, que ce que veut l'employeur. Il est donc facile aux employeurs de restreindre le domaine de la modification du contrat, en insérant dans ce dernier des clauses permettant de le faire évoluer (74).

Mais la question fondamentale que nous examinerons plus loin, et qui procède d'ailleurs de ce constat est l'absence d'une véritable liberté d'expression nonobstant les dispositions des articles L. 120-2 et L. 461-1 du Code du travail, et surtout du principe du contradictoire dans les relations individuelles de travail. Il est permis à l'employeur au nom de son pouvoir de mettre en œuvre sa volonté et d'en donner ou d'en imposer même les raisons sous le contrôle *a posteriori* du juge. Ces principes sont-ils antinomiques ou incompatibles avec la notion de pouvoir et plus précisément avec son exercice ?

■ II. Le refus du salarié, le cadre statutaire et les droits et libertés individuels : ordre public, statut collectif... ■

Le régime juridique du refus du salarié change lorsqu'il s'agit de relations collectives de travail et plus précisément du statut protecteur des représentants de salariés. Il en va également et d'une manière générale en cas de protection ou d'atteinte à l'ordre public ou des droits et libertés individuels du salarié. Comme le relève le professeur Olszak, le contrat de travail combine à la fois la thèse du contrat et celle du statut : « *le contrat de travail, qui apparaît en grande partie comme étant un "acte*

condition", un accord de volonté dont l'effet consiste surtout en une intégration dans une situation statutaire » (75). Aussi propose-t-il la définition du contrat donnée par le professeur J. Ghestin en ces termes : « *le contrat est un accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets* » (76). L'emprise du droit objectif semble caractériser les relations individuelles et collectives de travail au travers de l'ordre public de direction et de

(69) Cass. soc., 25 juin 2003, cinq espèces, RJS 8-9/03, n° 994 ; pour aller plus loin : Ph. Waquet, Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement, RJS 10/04, Chron. 675 ; B. Boubli, L'auto-licenciement : Gadget ou catégorie juridique ?, TPS avril 2004, chron. 7 ; Y. Aubrée, La prise d'acte de la rupture du contrat de travail, *ibid.* nov. 2003, chron. 5 ; J. Pélissier, La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié, note sous Cass. soc., 25 juin 2003, trois arrêts, D. 2003, Jur. p. 2396 ; J.-Y. Froin, Rupture du contrat de travail : prise d'acte par l'employeur ou par le salarié, RJS 8-9/03, chron., p. 647.

(70) Cass. soc., 22 juin 2004, TPS août-septembre 2004, n° 251, note P.-Y. Verkindt.

(71) Cass. soc., 19 oct. 2004, TPS janv. 2005, n° 1, note P.-Y. Verkindt, Dr. Ouv. 2005 p. 68 n. F. Saramito et A. de Senga ; A. Martinel "L'office du juge dans la détermination et le contrôle des obligations contractuelles", Dr. Ouv. 2005 p. 103.

(72) Cass. soc., 19 janv. 2005, 2 espèces, RJS 03/05, n° 254. En l'absence de faits suffisamment graves pour justifier la rupture

aux torts de l'employeur, la prise d'acte du salarié avait les effets d'une démission.

(73) Philippe Langlois, Le juge et l'employeur, Dr. soc., mars 2003, p. 283.

(74) Pour une illustration de cette pratique : Cass. soc., 17 nov. 2004, Dr. Soc. 2005, p. 227, obs. Chr. Radé (le changement de la répartition de l'horaire de travail imposant à un salarié de travailler deux dimanches sur trois, et non plus un dimanche sur trois, constitue une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser. En l'espèce, l'employeur qui se place sur le terrain d'un simple changement de la répartition d'un horaire de travail du salarié sur la semaine, se prévaut d'une clause du contrat de travail du salarié prévoyant la possibilité de modification de ces horaires).

(75) Op. cit., p. 266.

(76) J. Ghestin, La notion de contrat, Dalloz, 1990, Chr. n° XXVII.

protection. Le caractère hétéroclite et pléthorique des régimes juridiques du refus du salarié ne commande-t-il pas la reconnaissance d'un droit commun de refus s'exerçant dans le cadre de la liberté d'expression accompagnée d'un droit de discussion et du principe du contradictoire ?

A – Le refus du salarié et l'ordre public de direction et de protection

Il conviendra de distinguer entre le cadre spécifique des salariés dits protégés et le cadre général des salariés ordinaires.

1) Le refus des salariés dits protégés : primauté du statut sur le contrat

Les salariés investis de fonctions représentatives ou syndicales jouissent d'une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée non seulement à leur profit mais surtout dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs et des institutions qu'ils représentent (77). Ils ne peuvent donc renoncer dans leur propre intérêt à cette protection d'ordre public (78).

Cette protection, qui couvre notamment les mesures de licenciement et par extension jurisprudentielle les autres modes de rupture et sanctions, interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail (79). Cependant, le salarié protégé ne peut être privé de la possibilité de poursuivre la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur en cas de manquement, par ce dernier, à ses obligations (79 bis).

Ainsi, aucune modification de son contrat de travail et aucun changement de ses conditions ne peuvent être imposés à un salarié protégé. Il appartient dès lors à l'employeur en cas de refus, soit de le maintenir dans ses fonctions, soit d'engager une procédure de licenciement sauf manifestation de volonté non équivoque de l'intéressé de démissionner (80).

En conséquence, la modification du contrat de travail imposée à un salarié protégé équivaut à un licenciement intervenu en méconnaissance des formalités protectrices et constitue un délit d'entrave (81).

Le représentant du personnel illégalement licencié (82) dispose d'un droit à réintégration (83). Dès lors, s'il n'a pas satisfait à cette obligation, l'employeur, qui ne justifie pas d'une impossibilité de réintégration, ne peut licencier le salarié (après la fin de la période de protection) en raison d'un refus de modification de son contrat de travail. Le licenciement prononcé en raison de ce seul refus est nul (84). A été considéré comme légitime et insusceptible de justifier la résiliation de son contrat de travail, le refus par un salarié protégé, illégalement licencié, d'être réintégré dans un autre emploi dès lors que l'employeur ne justifiait, ni n'alléguait, que le poste que ledit salarié occupait avant son licenciement avait été supprimé (85).

Enfin, une limite semble exister au statut protecteur : selon la Cour de cassation la réduction du temps de travail avec maintien du salaire antérieur résultant d'un accord d'entreprise conclu dans le cadre de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 s'impose à tous les salariés, alors même qu'ils auraient la qualité de salariés protégés. En l'espèce, la salariée avait refusé la réduction de son nombre d'heures de travail et avait saisi la juridiction prud'homale, statuant en la formation de référé, de demande en rappel de salaires (86). Outre les critiques formulées par les auteurs, peut-on conclure que l'accord de réduction du temps de travail conclu dans le cadre de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 prime sur le statut d'ordre public des salariés protégés ? Dans l'affirmative, existe-t-il un super ordre public s'imposant à l'ordre public simple mais absolu ? Ou alors le caractère d'ordre public du statut protecteur ne s'impose pas au législateur de sorte que l'accord d'entreprise qui en résulte bénéficie du même régime (87) : l'accessoire suit le principal.

(77) Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, 2 arrêts, Dr. soc. 1974, p. 454, concl. A. Touffait, Dr. Ouv. 1974 p. 320 et 189 n. M. Boitel ; Cass. soc., 11 déc. 2001, Bull. civ. V, n° 378, p. 303, Dr. Ouv. 2002 p.125 n. L. Milet, TPS février 2002, n° 48, note J.-M. Olivier.

(78) Cass. soc., 28 mars 1989, Bull. civ. V, n° 258, p. 151 : mise en œuvre d'une clause de mobilité prévue dans le contrat de travail ; Cass. crim., 31 mars 1987, pourvoi n° 86-93338, Jurisp. UIMM 1988, 498 : mutations, matérialisées par de nouveaux contrats de travail, de salariés protégés qui n'ont pas demandé, devant la juridiction prud'homale, l'annulation des mesures dont ils avaient été l'objet.

(79) v. ci-après p. 267 en matière de mise à la retraite : CA Aix 23 sept. 2004.

(79 bis) Cass. soc. 16 mars 2005, TPS mai 2005, n° 147 note J.-M. Olivier, à paraître au Dr. Ouv. n. M. Miné.

(80) Cass. soc., 13 nov. 2001, TPS février 2002, n° 49, note J.-M. Olivier ; 25 nov. 1997, pourvoi n° 94-42727, Bull. civ. V, n° 406, p. 290 ; 30 avril 1997, *ibid.*, n° 154, p. 111 ; 28 mars 1989, préc.

(81) Cass. crim., 6 janvier 2004, TPS juin 2004, n° 215, note B. Boubli, Dr. Ouv. 2004 p. 343 n. M. Richevaux ; 31 mars 1987, pourvoi n° 86-93338, préc.

(82) Le licenciement intervenu dans ces conditions constitue non seulement une voie de fait mais une infraction pénale : Cass. soc. 4 déc. 1980, Bull. civ. V, n° 878 ; 17 janv. 1979, *ibid.*, n° 46, p. 34.

(83) Cass. soc., 18 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 498, p. 371 ; 31 mai 1995, Dr. soc. 1995, p. 683, obs. M. Cohen. En cas de renonciation à sa réintégration, la sanction est la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à la fin de la période de protection en cours et non la réparation du préjudice réellement subi par le salarié protégé pendant cette période : Cass. soc., 25 nov. 1997, pourvoi n° 94-43651, Bull. civ. V, n° 405, p. 290.

(84) Cass. soc., 30 juin 2004, Bull. civ. V, n° 185, Dr. Ouv. 2005 p. 72 n. M. Grévy, RJS 10/04, n° 1067.

(85) Cass. soc., 11 déc. 2001, préc.

(86) Cass. soc., 26 février 2003, Bull. civ. V, n° 73, p. 68 ; RJS 4/03, n° 469 ; F. Favennec-Héry, Modification du contrat : le glissement de l'objectif vers le subjectif, RJS 6/03, Chron., spéc. p. 463 ; C. Thomas, Accord de réduction du temps de travail «loi Aubry I», Primauté sur les contrats de travail et le statut du salarié protégé, RJS 5/03, Chron., p. 371.

(87) A comparer avec l'article 2 du Code civil.

En tout cas, l'ordre public, clé de voûte du statut protecteur des représentants du personnel, protège également le salarié ordinaire lorsqu'il s'agit notamment du respect de ses droits et libertés.

2) Le refus des salariés ordinaires en cas de non respect de la législation, de leurs droits et libertés

Le refus opposé par le salarié peut consister en un droit de dénonciation pour non-respect de la législation ou pour atteinte à ses droits et libertés.

a) Le refus comme droit de dénonciation du non-respect ou de fraude à la législation

Le non-respect de la législation constitue un motif légitime du refus du salarié. Le terme législation, qui doit être pris dans son acception la plus large, recouvre les normes européennes, la loi *stricto sensu*, les règlements, les conventions et accords collectifs, les usages d'entreprise ou les engagements unilatéraux... Il faut rappeler que la dénonciation par le salarié de faits délictueux dans l'entreprise ne constitue pas en soi une faute (88).

Dans une affaire jugée par la Cour de cassation, une salariée avait été licenciée pour faute grave pour avoir refusé une modification de son horaire de travail. Elle devait commencer son travail à 5 heures pour l'achever à 22 heures. La Cour de cassation sous le visa de l'article L. 212-1 du Code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, interprété à la lumière de la directive CEE n° 93/104 du 23 novembre 1993, avait décidé que l'amplitude du travail doit être calculée sur une même journée de 0 à 24 heures et ne peut dépasser 13 heures. En l'espèce cette amplitude était supérieure à 13 heures (89). On en déduit inéluctablement que le refus d'une modification du contrat ou d'un changement des conditions de travail non conforme à la législation en vigueur est légitime.

Dans cette même optique, la mise en œuvre du contingent d'heures supplémentaires prévu à l'article 4 *bis*, al. 2, de l'annexe de la convention collective nationale des transports routiers et des activités auxiliaires du transports étant subordonnée à l'information préalable de l'inspection du travail, le licenciement d'un salarié ayant refusé d'accomplir des heures supplémentaires en méconnaissance de ces dispositions, est sans cause réelle et sérieuse (90).

La même solution a été retenue dans une espèce où l'employeur, dès le lendemain de la mise en location-

gérance du fonds de commerce, d'une part, avait demandé au salarié, aussitôt remplacé dans ses fonctions, de ne plus se présenter à son travail et, d'autre part, lui avait proposé, alors qu'il avait une expérience de directeur de plusieurs années, un poste de directeur stagiaire d'un hypermarché pour une durée indéterminée et sans indication sur son affectation à l'issue du stage. La Cour d'appel a pu en déduire qu'en proposant au salarié une mutation, qui devait s'analyser comme une rétrogradation, l'employeur avait cherché à éluder les dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12, al. 2, du Code du travail en modifiant le contrat de travail de l'intéressé ; par voie de conséquence, le refus de celui-ci ne constituait ni une faute grave, ni même une cause réelle et sérieuse de licenciement (91). En revanche, le changement d'employeur résultant de plein droit du transfert d'une entité économique autonome s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés. Dès lors, le licenciement prononcé par le cédant est privé d'effet et le salarié licencié en raison de son refus de changer d'employeur ne peut prétendre au paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts (92).

Il en va également du refus d'un salarié d'utiliser un badge électronique alors que le traitement automatisé des données nominatives le concernant n'avait pas fait l'objet d'une déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (93) ou encore du refus d'un salarié de se soumettre à une mesure de l'employeur qui avait suspendu unilatéralement le régime d'horaires individualisés dans l'entreprise alors que la mise en place de ces horaires constitue un engagement unilatéral de l'employeur qui ne peut être dénoncé ou suspendu qu'après information des instances représentatives du personnel et des salariés dans un délai suffisant pour permettre d'éventuelles négociations (94).

Par ailleurs, la loi elle-même accorde expressément dans certains cas très sensibles un droit de refus du salarié. Les articles L. 122-46 et L. 122-49 du Code du travail relatifs respectivement au fait de harcèlement sexuel et moral prévoient comme élément matériel le fait d'*avoir subi ou refusé de subir* les agissements de harcèlement. Ainsi est constitutif d'un fait de harcèlement moral, le fait pour un employeur qui, après avoir pendant plusieurs mois contesté la désignation du salarié comme délégué syndical sans exercer de recours en justice, lui a envoyé cinq lettres indiquant que sa désignation était contestable, lui a brusquement demandé de justifier son activité plus fréquemment, lui a refusé ou a tardé à mettre à sa

(88) H. K. Gaba, La dénonciation par le salarié de faits délictueux dans l'entreprise ne constitue pas en soi une faute, préc.

(89) Cass. soc., 18 déc. 2001, TPS mars 2002, n° 77, note P.-Y. Verkindt.

(90) Cass. soc., 10 juin 2003, RJS 10/03, n° 1174.

(91) Cass. soc., 14 janv. 2004, RJS 03/04, n° 288.

(92) Cass. soc., 14 déc. 2004, Dr. soc. 2005, p. 229, obs. A. Mazeaud. Sur la compétence du juge judiciaire pour

connaître du refus du salarié de signer le contrat de droit public proposé par son employeur dans le cadre de l'article L. 122-12, al. 2, du Code du travail : T. confl., 29 déc. 2004, D. 2005, IR 168 ; add. T. Confl., 19 janv. 2004, Dr. Ouv. 2004 p.146 concl. J. Duplat, n. C. Verdin.

(93) Cass. soc., 6 avril 2004, Dr. Ouv. 2005 p. 378 n. P. Adam, TPS juin 2004, n° 181.

(94) Cass. soc., 10 déc. 2003, TPS février 2004, n° 51.

disposition les produits nécessaires à son travail et lui a apporté des obstacles à l'exercice normal de son activité professionnelle. Cette attitude persistante de l'employeur est une mesure de rétorsion au refus du salarié de voir modifier son contrat de travail et son engagement syndical (95).

b) Le refus comme droit de dénonciation des atteintes aux droits et libertés du salarié

Dans une espèce où une salariée réclamant l'indemnisation pour six déplacements antérieurs sur l'ordre de son employeur, avait refusé de se rendre une nouvelle fois en mission, la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond qui en ont déduit que ce fait ne devait pas être interprété comme un refus d'obéissance de sa part mais comme l'exigence par le salarié du respect de ses droits et ne pouvait, dès lors, être considéré comme une faute grave ni comme un motif réel et sérieux de licenciement (96).

Aujourd'hui, la matière est régie par l'article L. 120-2 du Code du travail qui, selon un auteur avisé, «*devra révéler encore son contenu exact. La jurisprudence qui l'a déjà appliqué, devra, peu à peu, en dégager toutes les virtualités*» (97). Aux termes de cet article «*nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*». Ce texte de portée générale ne fait pas double emploi avec d'autres textes spécifiques qui traitent aussi de la même matière.

Les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives s'exercent normalement dans l'entreprise et s'imposent à toute personne de l'entreprise. Ainsi, l'employeur au travers de son pouvoir de direction et de gestion doit respecter ce principe.

Toutefois, les seules restrictions licites à ces droits et libertés, sont celles qui sont d'une part justifiées par la nature de la tâche à accomplir et, d'autre part, proportionnées au but recherché. Il faut pourtant observer que pour certains droits ou libertés comme le droit au respect de la vie privée, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévoit des conditions très limitatives et exceptionnelles de restriction (98).

Les atteintes aux droits et libertés des salariés, sujets de droit et citoyens, sont évidemment nombreuses, diverses et étudiées tout au long de ce travail. Mais, l'exercice de ces droits et libertés n'est pas sans limite.

Certains cas d'atteinte présentent des particularités en ce sens qu'ils suscitent un conflit de normes. La solution donnée à ce conflit travestit et contredit paradoxalement les théories jurisprudentielles en cette matière où il est notamment préconisé une démarche objective qui contraste mal avec la mise en œuvre de droits subjectifs qui suppose une démarche subjective ou au cas par cas. Enfin, l'étude de ces cas d'atteintes permet également de déterminer les limites de l'exercice de ses droits et libertés et surtout les situations dans lesquelles aucun droit n'est reconnu au salarié.

Au détour de la mise en œuvre par l'employeur d'un changement des conditions de travail du salarié, se pose la question du respect des droits de ce dernier. En l'espèce, une salariée à temps partiel ayant une ancienneté d'au moins neuf ans, était affectée en 1990 en qualité d'ouvrière nettoyeuse sur un chantier selon un horaire de 10 h 30 à 13 h 30. Par suite d'une perte de ce chantier en 1994, l'employeur procédait à son reclassement sur un autre chantier sans modification de la rémunération ni de la classification mais avec un changement de son horaire de travail compris entre 18 h 30 ou 19 h et 22 h. La salariée refusa ce changement d'horaire et de se rendre sur le nouveau chantier. Elle était donc licenciée pour faute grave. La Cour de cassation se place à la fois sur le terrain du changement des conditions de travail et sur celui des droits du salarié. Le second constitue une limite au premier. Sous le visa des articles L. 122-6, L. 122-8 et L. 122-9 du Code du travail, elle énonce que dans le contrat de travail à temps partiel, le refus d'un salarié d'accepter un changement de ses horaires ordonné par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, peut être légitimé, même si le changement est prévu au contrat, lorsque ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses (99). La motivation de l'arrêt de cassation est exemplaire car elle relève d'abord la spécificité du contrat de travail à temps partiel dont les éléments sont contractuels et écrits. Ensuite, pour neutraliser les effets juridiques de la décision de l'employeur, elle décide que même si le changement est prévu au contrat, ce changement est illégitime dès lors qu'il est incompatible avec les obligations familiales

(95) CA Paris, 6 mars 2003, RJS 8-9/03, n° 1100.

(96) Cass. soc., 6 nov. 1980, D. 1981, IR, 266, obs. Ph. Langlois ; 13 février 1996, pourvoi n° 92-45042, Dr. soc. 1996, obs. A. Jeammaud : le comportement du salarié, délégué syndical, devait s'analyser, non pas en un refus de travailler, constituant un acte d'insubordination, mais comme un refus d'être soumis à des conditions de travail différentes de celles des autres salariés. Les agissements hostiles de l'employeur étaient arbitraires et renouvelés et les sanctions prises par celui-ci procédaient d'un détournement de son pouvoir disciplinaire et d'un parti pris constitutif d'une discrimination illicite.

(97) Ph. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, éd. Liaisons, 2003, pp. 12, 83 et s. ; P. Sargos, *Interférences des droits, libertés et devoirs des salariés en matière disciplinaire*, Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC), n° 606, oct. 2004.

(98) Cf. art. 8, 9, 10 et 11 de la Convention. Voir L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Economica, 2^e éd.

(99) Cass. soc., 9 mai 2001, TPS 2001, n° 290 ; 9 juillet 2003, RJS 10/03, n° 1239.

impérieuses (100). On peut en déduire que l'accord supposé de la salariée quant à la clause contractuelle portant sur le changement importe peu ou doit s'incliner devant la protection de la famille. Mais la suite judiciaire de cette affaire semble limiter la portée supposée de cet arrêt du 9 mai 2001. En effet, la Cour de cassation rejette le pourvoi de cette salariée au motif que la Cour d'appel de renvoi, après avoir retenu qu'eu égard à ses charges de famille le refus de la salariée d'accepter ces changements de ses conditions de travail n'était pas constitutif d'une faute grave, a pu décider que ce refus constituait néanmoins une faute justifiant son licenciement (101). La lecture de cet arrêt du 15 décembre 2004 appelle deux constats. Le premier vient du fait que les charges de famille invoquées par la salariée ont servi, en vérité, à exclure la faute grave, sanction de principe du refus d'un changement des conditions de travail avant les décisions du 23 février 2005 de la Cour de cassation. Le second qui est la conséquence du premier, montre que le refus reste une faute simple intangible, cause réelle et sérieuse de licenciement. En revanche, les charges de famille avérées et retenues par les juges, peuvent en application du nouveau principe issu des arrêts du 23 février 2005 justifier le refus du salarié et donc rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse (102).

La protection de la vie privée et familiale semble être prise en compte de plus en plus dans la législation et dans la jurisprudence (103).

Un arrêt de la Cour d'appel de Limoges considère que l'atteinte à ce droit transforme un changement des conditions de travail en une modification du contrat : « *en vertu de son pouvoir de direction, l'employeur est en droit de modifier l'horaire de travail des salariés sans leur accord dès lors que sa durée et rémunération restent identiques ; cependant, le changement apporté par l'employeur à l'horaire de travail constitue une modification du contrat de travail dans la mesure où il a une incidence significative sur la vie des salariés et il requiert leur accord dans ce cas* ». Le salarié est donc en droit de refuser ce changement qui modifie son contrat et le licenciement motivé par ce seul refus est dépourvu de cause réelle et sérieuse (104).

Dans la même ligne jurisprudentielle, la Cour de cassation s'est prononcée sur la liberté de choix du domicile du salarié. En l'espèce, un salarié, attaché commercial, refusa de transférer son domicile familial tout

en proposant toutefois d'avoir une résidence dans sa nouvelle région d'affectation. Sous le visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, elle casse et annule l'arrêt d'appel qui retient que le licenciement fondé sur le non-respect de la clause litigieuse reposait sur une cause réelle et sérieuse, au motif que selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché (105).

Quant à la protection de la vie privée, la Cour de cassation sous le visa de l'article L.120-2 du Code du travail et l'article 9 du Code civil, décidait que le salarié n'est pas tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail (106).

Mais le salarié ne dispose pas de tous les droits au regard des intérêts de l'entreprise ou d'une manière générale des limites posées par l'article L. 120-2 C. trav. Il a été ainsi jugé qu'en vertu de l'article L. 120-2 C. trav., un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales (107).

Concernant la liberté religieuse et plus précisément le port du voile islamique, le Conseil de prud'hommes de Lyon avait justifié le licenciement pour faute grave d'une salariée en contact avec la clientèle qui avait refusé de se plier aux consignes relatives à sa tenue vestimentaire pouvant provoquer un trouble néfaste à la bonne marche de l'entreprise. En revanche, selon le Conseil de prud'hommes de Paris, le refus d'une salariée de se conformer à l'interdiction du port d'un signe distinct religieux, ne serait fautif que si l'injonction de l'employeur était licite c'est-à-dire si l'atteinte qu'il portait à la liberté religieuse et au droit de se vêtir était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Tel n'est pas le cas lorsque la salariée portait le voile au moment de l'entretien d'embauche et que le contrat comportait une clause de mobilité permettant d'affecter la

(100) Sur cette notion : cf. art. L. 212-4-3 et L. 213-4-2 C. trav.

(101) Cass. soc., 15 déc. 2004, RJS 02/05, n° 242.

(102) Cf. *supra* nos développements sur le régime juridique du refus par le salarié de ses conditions de travail.

(103) A. Mazeaud, Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle, Dr. soc. 2004, 77 ; J.-E. Ray, Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle, *ibid.* 2002, 939 ; P. Sargos, Interférences des droits, libertés et devoirs des salariés en matière de licenciement disciplinaire, BICC, n° 606, oct. 2004.

(104) CA Limoges, 23 avril 2002, Dr. soc. 2002, 1152, obs. J. Mouly ; add. les références citées par cet auteur ; M.-C. Escande-Varniol, obs. sous Cass. soc., 21 janv. 2003, *ibid.* 2003, 536 ; Ph. Waquet, ouvrage préc.

(105) Cass. soc., 12 janv. 1999, Bull. civ. V, n° 7, Dr. Ouv. 1999 p. 254 n. P. Moussy.

(106) Cass. soc., 2 oct. 2001, Dr. Ouv. 2002 p.22, TPS janv. 2002, n° 9 ; Ph. Waquet, op. cit., p. 123.

(107) Cass. soc., 28 mai 2003, Dr. Ouv. 2003 p. 224 concl. P. Lyon-Caen n. P. Moussy, JCP, II, 10 128, note D. Corrigan-Carsin.

salariée dans des établissements où elle serait en contact avec des clients (108).

Enfin, relativement à la formation dans l'entreprise, le refus, sans motif légitime de suivre une formation organisée par l'employeur, dans l'intérêt de l'entreprise peut constituer un motif de licenciement (109).

Force est de constater que la pluralité des normes de nature différente et les conflits de normes et d'interprétation qui en découlent n'assurent pas la sécurité juridique dans les rapports inégalitaires entre l'employeur et le salarié tant au niveau individuel qu'au plan collectif. Certes, le salarié protégé bénéficie d'une protection statutaire d'ordre public comparativement à celle du salarié ordinaire. Pourtant, le contentieux est aussi important en cette matière. En outre, l'action collective ou d'intérêt collectif n'est effective que si elle se nourrit de forces individuelles qui la fondent. Même la situation de l'employeur, détenteur des pouvoirs dans l'entreprise, n'est pas simple si l'on se place *a posteriori* du licenciement, à savoir après le contrôle du juge lorsqu'il est saisi. Quels sont les intérêts de l'employeur lorsqu'il prononce un licenciement ? Est-ce toujours dans l'intérêt de l'entreprise, notion floue et controversée ? Les intérêts des salariés sont-ils préservés ? Quelle place revient à l'intérêt général dans l'entreprise ? La recherche d'une certaine sécurité juridique et d'une certaine conciliation des intérêts en présence doit notamment passer par la liberté réelle d'expression doublée du principe du contradictoire formant ainsi un droit autonome de refus. Qu'advient-il alors du lien de subordination et donc du pouvoir de l'employeur ?

B – Plaidoyer pour un droit commun et autonome de refus fondé sur la liberté d'expression, droit de critique ou de discussion

Le professeur Olszak dans son étude sur le contrat de travail (acte-condition et accord de volontés) fait remarquer que celui-ci « *est vraiment appréhendé juridiquement par les parties, car il n'est pas indifférent que ce soit, comme en France, presque exclusivement à l'occasion de sa rupture* » (110). Cette particularité est notamment mise en exergue par la doctrine relativement à la théorie jurisprudentielle distinguant entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail.

Le professeur Favennec-Héry note que « *la modification du contrat est souvent traitée comme l'antichambre du licenciement alors qu'elle devrait au contraire en constituer l'antidote : s'adapter pour ne pas*

licencier » (111). Pourquoi alors la solution de l'antidote n'est pas souvent choisie ? De plus, l'auteur ne précise pas qui doit s'adapter. Sont-ce les deux partenaires ou est-ce l'un des deux au profit de l'autre ? Elle constate également la nécessité, en cette matière, d'avoir des « *solutions juridiques sûres, peu susceptibles d'interprétation ou de variations, de nature à constituer un guide pour le chef d'entreprise* ». Ne faut-il pas ajouter à cette phrase « *et le salarié* » qui est tout autant concerné que le chef d'entreprise ? Enfin, elle regrette le glissement de l'objectif vers le subjectif dans la mise en œuvre des critères de la modification du contrat.

Mais le professeur Pélissier après quatre années d'application de cette théorie jurisprudentielle donnait déjà ses conclusions critiques, mesurées, nuancées et toujours d'actualité (112). Son analyse démontre que les objectifs poursuivis (de sécurité, de stabilité du bloc contractuel et de renforcement du pouvoir de direction) ne sont pas pleinement atteints et que la nouvelle construction engendre des solutions contradictoires.

Et la conclusion qui nous importe ici est l'orientation future préconisée par cet auteur. En effet, la Cour de cassation postule que le changement du lieu de travail soit apprécié objectivement, sans tenir compte de la situation du salarié. Or le contrat de travail, selon cet auteur, est pourtant un contrat individuel et non un contrat collectif. Il doit normalement être interprété eu égard à la situation des contractants.

Certes, la Cour de cassation, on l'a vu, semble appliquer explicitement ou non cette démarche subjective malgré l'approche objective requise. Cependant, le problème de fond vient du moment où se fait le débat juridique ou judiciaire : un débat *a posteriori* dans lequel les parties en présence recherchent après coup un habillage juridique à leur position respective.

Plus grave encore, antérieurement au débat judiciaire, le conflit opposant l'employeur et le salarié est le plus souvent dépourvu d'un droit d'expression au profit du salarié, d'un débat contradictoire, ceci au nom du pouvoir de direction. Comme le faisait remarquer le professeur Pélissier à propos du secteur géographique de travail, les parties ne l'ont point prédéterminé ou l'ignorent pourtant les juges le considèrent comme un élément du contrat. De plus, la méconnaissance par l'employeur de l'ordre public absolu, des droits et libertés des salariés ne fait que corroborer ce constat. A cet égard, il n'est donc pas indifférent non seulement de faire le départ entre la réalité

(108) Cons. prud'h. Lyon, 16 janv. 2004 ; Cons. prud'h. Paris, 17 déc. 2002 ; J. Savatier, Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique, Dr. soc. 2004, 354 ; Ph. Waquet, ouvrage préc., p. 173 et s.

(109) Cass. soc., 16 avril 2004, n° 02-40.493, Sté Poids lourds service c/ Privey.

(110) N. Olszak, Le contrat de travail : entre statut et convention (aspects de droit comparé), préc., spéc. p. 267.

(111) F. Favennec-Héry, Modification du contrat : le glissement de l'objectif vers le subjectif, préc., spéc. p. 459.

(112) J. Pélissier, Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, op. cit.

des relations de travail et les cas portés devant les tribunaux mais encore d'établir le pourcentage de salariés qui saisissent les tribunaux par suite d'un conflit de travail et ceux qui s'abstiennent pour des raisons diverses et variées.

Dans ces conditions, n'est-il pas judicieux de consacrer un droit commun de refus du salarié ? Un droit qui s'appuie sur la liberté d'expression qui suppose entre autres un droit de discussion, de critique. En effet, le refus du salarié ne dispose pas d'un cadre juridique de portée générale mais relève plutôt de cadres juridiques disparates et hétéroclites. Au vrai, le refus en constitue l'accessoire.

En outre, les avantages d'un procès gagné ne sont pas les mêmes que ceux résultant d'une optimisation des ressources intellectuelles, humaines et juridiques disponibles dans l'entreprise. Une fois le licenciement prononcé, seule l'indemnisation reste possible en ce qui concerne du moins le salarié.

Ce droit commun de refus fondé sur la liberté d'expression, porte-t-il atteinte au pouvoir de direction de l'employeur ou d'une manière générale à la liberté d'entreprendre ? La réponse à cette question n'est pas aisée car elle est plus politique que juridique. On peut d'emblée dire que la liberté d'entreprendre ne peut primer sur les droits fondamentaux du salarié. Certes, il est inutile d'opposer systématiquement la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression. Mais on estime qu'on ne peut faire obstacle à la mise en œuvre de la liberté d'entreprendre. Et le cadre juridique du contrat de travail rend la situation très complexe étant entendu que le salarié est "volontairement" et juridiquement subordonné à son employeur qui dispose d'un pouvoir sur lui. Dès lors, les droits et libertés se trouvent limités par cette subordination juridique et dans les conditions de l'article L. 120-2 C. trav. qui en constitue la traduction juridique de cette politique. Toutefois, l'employeur et le salarié ne peuvent normalement aller à l'encontre de l'ordre public absolu.

La loi étatique est-elle supérieure aux droits fondamentaux ? En principe la réponse est négative. Mais qu'est-ce qui justifie les restrictions des droits dans l'entreprise et donc les dispositions de l'article L. 120-2 C. trav. surtout que tout abus d'un droit même fondamental est sanctionné ?

Toujours est-il que la subordination juridique n'implique pas pour le salarié d'accepter n'importe quelle condition de travail nonobstant des clauses prévues à cet effet dans le contrat de travail. L'évolution inéluctable des relations de travail s'accompagne de celle de la situation personnelle du salarié. Le contrat de travail n'est pas intangible. Son exécution dans le temps est mue par les données socio-économiques, politiques, juridiques... Il est donc logique d'analyser le contrat de travail et notamment les clauses

litigieuses, en cas de modification, à l'aune des données actuelles et non de celles en vigueur lors de sa conclusion. L'employeur dispose du droit de réviser, de mettre fin au contrat en raison des paramètres actuels, fût-ce sous le contrôle *a posteriori* du juge. Pourquoi n'en serait-il pas pareil pour le salarié !

Un auteur (113) qui observe que ce pouvoir de l'employeur est aussi la justification première du droit du travail, montre son caractère anachronique et son inefficacité économique en France en dépit et à contre-courant de l'évolution socio-économique, technologique etc.

Il faut toutefois observer que le phénomène du pouvoir, phénomène sociologique par excellence, n'est pas seulement économique. Il est politique, familial, danique, psychologique bref il touche tous les pans de l'humain. Il se manifeste de la même façon et l'évolution humaine tente de le contenir, de l'encadrer, de l'organiser en le rationalisant sans l'endiguer.

Comment alors concilier la liberté d'expression du salarié, la subordination juridique et donc le pouvoir de l'employeur ?

Aujourd'hui, il est notamment prôné le dialogue social (114) qui à l'évidence doit s'appliquer à la fois aux rapports individuels et collectifs de travail.

Il n'existe pas un droit d'expression effectif des salariés dans l'entreprise. Certes, outre l'article L. 120-2 C. trav., l'article L. 461-1 du même Code prévoit un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. Cette expression a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer leurs conditions de travail, à l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise. Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement. Mais, la mise en œuvre de cette liberté se révèle en pratique très difficile en raison d'une part de la subordination juridique et de la théorie de la distinction entre modification du contrat de travail et changements des conditions de travail et, d'autre part, de l'hostilité des employeurs en général au nom semble-t-il de la liberté d'entreprendre et au travers du contentieux du droit du travail (115). Plus important, cette liberté d'expression n'est pas entière lorsque le principe du contradictoire, son corollaire indispensable, est obéré.

Un auteur rapporte une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme qui considère l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui énonce que « toute personne a droit à la liberté d'expression », comme l'un des « fondements essentiels

(113) E. Dockès, Le pouvoir dans les rapports de travail, Essor juridique d'une nuisance économique, Dr. soc. 2004, 620. L'auteur distingue entre acte juridique de pouvoir et fait du pouvoir.

(114) Pélissier et autres, Droit du travail, préc., n° 24.

(115) Ph. Waquet, L'entreprise et les libertés du salarié, ouvrage préc., p. 182 et s.

d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (116).

La Cour de cassation reconnaît la liberté d'expression du salarié depuis 1999 et l'a rappelé récemment dans un arrêt du 22 juin 2004 : « *sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées* » (117).

Les faits de cette espèce corroborent l'idée d'un droit de refus commun car l'exercice de la liberté d'expression dans l'entreprise semble toujours considéré comme une défiance ou une bravade de l'autorité de l'employeur : c'est en quelque sorte un crime de lèse-majesté. L'employeur lui dispose pleinement de cette liberté qu'il exerce comme bon lui semble, jusqu'à ce qu'un conflit s'éleve et qu'un juge soit saisi, mais l'interdit paradoxalement au salarié (118). A ce propos, la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation sur le régime juridique du changement des conditions de travail illustre parfaitement cette conception : la mise en œuvre de ce changement se fonde sur une présomption simple de bonne foi contractuelle et de conformité à l'intérêt de l'entreprise, quitte au salarié d'en apporter la preuve contraire. L'employeur ne peut-il pas de lui-même justifier objectivement sa décision à l'égard de son salarié ? Qu'est-ce qui justifie cette présomption même simple en faveur de l'employeur dans une matière où il est prôné une approche objective de la situation de l'entreprise ?

En tout cas, ce salarié dans l'arrêt du 22 juin 2004, a utilisé sa liberté d'expression au travers de son droit de réponse ou de discussion caractérisé par le principe du contradictoire. Logiquement, on devrait s'attendre à un échange contradictoire mais ce n'est pas, sans aucun doute, du goût de l'employeur. Aussi se pose la question de la pertinence et l'opportunité de la démarche de l'employeur. Est-ce dans l'intérêt de l'entreprise qu'il prétend défendre ?

Une autre décision cette fois de la Cour d'appel de Paris met en exergue ce droit d'expression du salarié à propos de la modification du contrat de travail. Les juges d'appel pour réformer la décision des premiers juges, décident que la divergence et la discussion par le salarié d'une clause du contrat, ne saurait constituer une faute grave ni même une cause réelle et sérieuse justifiant son licenciement dans la

mesure où elle ne dépasse pas le droit d'expression du salarié et où il n'est pas invoqué, *a fortiori* pas démontré que le salarié ait refusé de poursuivre et d'exécuter son contrat. Au contraire, sur demande de l'employeur de reprendre son poste, le salarié a repris son travail le lendemain et poursuivi normalement l'exécution de ses obligations (119).

Ces deux décisions démontrent la nécessité de consacrer un droit de refus commun et autonome qui non seulement protège l'exercice de la liberté d'expression mais encore le rend effectif dans l'entreprise quelle que soit la situation juridique envisagée. Ce droit de refus autonome constitue un filtre ou un outil de prévention des conflits en ce sens que le débat contradictoire obligera les parties à motiver leurs prétentions en dehors de tout contentieux. Il permettra également aux parties en présence et au juge de saisir la réalité du conflit de travail au travers des prétentions originelles au lieu d'en saisir une partie en fonction des stratégies judiciaires des protagonistes. Car l'habillage juridique des faits litigieux ne rend pas compte réellement des relations de travail. Certes la vérité judiciaire est foncièrement différente de la vérité mais ce droit de refus aura le mérite d'en rendre compte tant soit peu.

Il est aussi vrai que la majorité des cas jugés oppose l'employeur et son cadre alors que l'on pourrait *a priori* considérer l'exercice de la liberté d'expression plus acceptable par l'employeur dans ses rapports avec ses cadres. Cette constatation milite encore une fois en faveur d'un droit de refus commun à destination des autres catégories de salariés plus exposés et peu enclins à exercer leur droit d'expression en raison des représailles supposées de l'employeur.

Toujours est-il que certaines conventions collectives exigent dans certains cas de changement des conditions de travail ou de modification du contrat de travail, entres autres une concertation entre l'employeur et le salarié. A cet égard, la convention collective nationale de l'inspection d'assurances (du 27 juillet 1992) peut être considérée comme exemplaire. Elle prévoit dans son article 56 ter que « *le changement de zone géographique d'activité ou de circonscription ou de la modification de celle-ci répond à des considérations de développement commercial et de gestion de l'entreprise mais doit constituer pour l'inspecteur, dans toute la mesure du possible, un facteur positif d'évolution personnelle. Dans un souci de*

(116) Ibid., loc. cit. ; également : L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (sous la direction de), La Convention européenne des droits de l'Homme, préc., spéc. p. 365 et s.

(117) Cass. soc., 14 déc. 1999, Bull. V, n° 488, Dr. Ouv. 2000 p. 247 ; 22 juin 2004, Dr. Ouv. 2005 p.116 n. E. Gayat et A. de Senga, TPS août-sept. 2004, n° 252, RJS 11/04, n° 1120.

(118) F.-G. Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises et libertés d'expression, Revue des sociétés, n° 2/2004, Doctr., p. 261.

(119) CA Paris, 29 janvier 2003, 21^e ch. A, arrêt n° 13, Petit c/ Siemens SAS, RJS 12/03, n° 1494 ; 29 avril 2003, 18^e ch. A, Velez c/ SA Editions Neressis, ibid., n° 1491 : entre dans le

cadre du libre droit d'expression du salarié l'envoi d'une lettre personnelle dans laquelle le salarié exprime en termes vifs son désaccord sur l'attitude de son supérieur hiérarchique, qui n'a fait l'objet d'aucune diffusion, ni en interne, ni en externe, et porte la mention «personnelle et confidentielle», alors qu'il ne s'agit pas d'une remise en cause de la politique de management de l'entreprise mais d'une réflexion sur les rapports avec le supérieur hiérarchique. Cette lettre ne peut constituer un motif de licenciement.

concertation et en raison des problèmes d'ordre matériel ou autres qui peuvent en résulter, tout changement ou modification de circonscription donne lieu, préalablement à la décision de l'entreprise, à un entretien avec la direction ou son représentant habilité. Au cours de cet entretien les différents aspects du changement ou de la modification sont examinés : ses objectifs et ses modalités, les conséquences susceptibles d'en résulter pour l'intéressé et notamment les problèmes de rémunération ou de frais professionnels, la recherche de solutions, aux implications personnelles et familiales, les frais de déménagement, les délais entre l'entretien et la prise de fonction » (120). Une telle concertation implique une liberté d'expression donc un droit de discussion étant entendu que le texte susvisé non seulement précise les objectifs d'ordre professionnel et personnel du changement ou de la modification envisagée et la procédure de concertation mais également donne une liste non-exhaustive des problèmes ou des conséquences susceptibles de résulter du changement ou de la modification tant sur le plan professionnel que personnel de l'intéressé.

Ce mécanisme conventionnel démontre clairement la faisabilité de notre proposition en cas de changement des conditions de travail ou de modification du contrat de travail.

Mais, la limite de ce droit de refus comme pour toute construction juridique réside principalement dans le fait que l'employeur qui veut se séparer d'un salarié, ne s'embarrassera pas de ce débat contradictoire. Le licenciement est son objectif, quitte à être par la suite sanctionné en justice.

Une fois le droit de refus acquis, par quelle forme doit-il être mis en œuvre ? Etant en présence d'un fait juridique, l'écrit n'est pas obligatoire. D'ailleurs, en cas de modification du contrat de travail pour un motif économique, l'article L. 321-1-2 ne prescrit aucune forme particulière du refus du salarié. Mais la nécessité d'un écrit semble s'imposer dans ce cadre en raison même du principe du contradictoire que postule d'ailleurs l'article 56ter précité de la convention collective nationale de l'inspection d'assurances et de la nécessité d'en administrer la preuve en cas de litige. A ce propos, la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique exige dans son article 31-4 que « toute modification apportée à un des éléments de la lettre d'embauchage ou du contrat de travail visés au paragraphe 1° b) du présent article fera l'objet d'une notification écrite préalable explicitant la nature de la modification. Le salarié faisant l'objet d'une telle notification disposera d'un délai d'un mois à compter de la réception de la notification pour faire connaître sa réponse. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le

salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ; cette modification fera alors l'objet d'un avenant au contrat de travail. Dans le cas de refus du salarié d'accepter cette modification, et s'il est suivi d'un licenciement par l'employeur, la rupture sera considérée comme étant du fait de l'employeur et réglée comme telle » (121).

En transposant cette procédure conventionnelle, on peut dire que le refus du salarié s'exerce en trois étapes.

La première porte sur la notification écrite motivée du changement ou de la modification envisagée à l'instar des dispositions de l'article 56ter précité de la convention collective nationale de l'inspection d'assurances du 27 juillet 1992.

La seconde déclenche le temps de concertation au cours duquel s'exercent la liberté d'expression ou la liberté d'opinion ou encore le droit de discussion, le principe du contradictoire... Ce délai de prévenance, de discussion et de réflexion doit être suffisant ou raisonnable.

La troisième est relative à la décision définitive, motivée et écrite du salarié. Soit il accepte le changement ou la modification envisagée soit il le refuse. L'employeur en cas de refus du salarié soit renonce à son projet ou fait de nouvelles propositions soit procède au licenciement du salarié.

En conclusion générale, l'étude du refus du salarié fait apparaître des cadres juridiques différents et hétéroclites en fonction non seulement de son statut de salarié ordinaire ou protégé mais également de la situation juridique envisagée, modification du contrat ou changement des conditions de travail, de ses droits et libertés, de l'ordre public absolu... Mais l'élément commun à toutes ces situations vient de l'absence de la liberté d'expression justifiée suivant le cas par la subordination volontaire et juridique du salarié à son employeur. Cette explication ne résiste pas à la critique car la contestation vient du salarié qui considère que sa subordination n'autorise pas un abus de pouvoir de l'employeur au regard de ses droits et libertés. Même le refus comme expression de la volonté du salarié dans le contrat n'est pas souvent respecté, un phénomène amplifié par l'échec de la théorie jurisprudentielle distinguant entre modification du contrat et changement des conditions de travail. Il en va de même du refus du salarié protégé. Le contrat de travail étant personnel ou *intuitu personae*, n'est-il pas plus réaliste de commencer à rendre effectif en son sein un droit d'expression quel que soit le cadre juridique en question ?

Harold Kobina Gaba, Le Havre, le 16 mai 2005

(120) Pour une application de cette disposition : Cass. soc., 13 oct. 2004, TPS déc. 2004, n° 351.

(121) Pour une application de cette disposition plus favorable au salarié que la clause de mobilité prévue à son contrat individuel de travail : Cass. soc., 4 février 2003, RJS 4/03, n° 410.