

LA PROPOSITION PATRONALE DE TRANSFORMATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL DU SALARIE

Etude de la jurisprudence récente

Par Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

« Pot pourri »¹, « Essai de classement »², « Tableau de classement »³... ; même les juristes travaillistes les plus aguerris sont mal à l'aise lorsqu'ils tentent de synthétiser la jurisprudence récente relative à la modification du contrat de travail.

Il est vrai que les espoirs de clarification suscités par « l'arrêt Raquin »⁴ sont depuis longtemps anéantis et que la formidable évolution jurisprudentielle dont il est à l'origine a de quoi laisser pantois.

L'embarras se mesure à l'aune de l'article 30 de la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000, relative à la réduction du temps de travail. D'après ce texte, « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail »⁵ et « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122 – 14 à L. 122 – 17 du Code du travail »⁶. Ne voilà – t – il pas que notre législateur se préoccupe de la situation d'un salarié à qui son employeur propose de travailler moins longtemps dans la semaine, pour un salaire identique, sans aucun autre changement de ses conditions de travail, et qui refuse un tel changement ! Un salarié qui, à n'en pas douter, ne connaît pas l'existence du « Droit à la paresse »⁷ !

1 G. COUTURIER, Pot pourri autour des modifications du contrat de travail, *Dr. soc.* 1998, p. 878.

2 M. MORAND, Modification du contrat de travail ou des conditions de travail : essai de classement, *L'année de droit social*, éd. 1999 du Juris – Classeur, Hors – série, p. 51.

3 Ph. WAQUET, Tableau de jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 1999, p. 566.

4 Soc. 8 oct. 1987, *Bull. civ.* n° 541.

5 Article L. 212 – 3 C. trav.

6 Curieusement, cette partie de l'article 30 de la loi du 19 janvier 2000 n'a pas été codifiée.

7 Une notion développée par le gendre de MARX, Paul LAFARGUE, dans un ouvrage publié en 1880 ; notion largement « exploitée » depuis (*Cf.* le site internet d'Amazon qui propose plusieurs ouvrages consacrés à la question).

C'est que la loi doit aujourd'hui se positionner, de la façon la plus claire possible, au regard de la construction jurisprudentielle relative à la modification du contrat de travail¹.

On a pu écrire que la Chambre sociale de la Cour de cassation était, depuis « l'arrêt Raquin », soucieuse de restaurer l'expression de la volonté contractuelle dans le contrat de travail².

Ce propos mérite d'être nuancé. Ne vaudrait – il mieux pas parler de *fiction de volonté* ? La Chambre sociale n'est – elle pas en train d'utiliser la théorie civiliste de la volonté contractuelle, quitte à la déformer un peu, dans le souci de protéger le salarié face au pouvoir patronal ?

Nous pensons que c'est le cas ; premières impressions :

- sur environ 70 arrêts récents (rendus pendant les années 1998, 1999, 2000 et 2001) dont nous avons pris connaissance, moins de 15 se prononcent en faveur de l'employeur ;

- les clauses de mobilité sont presque toujours privées d'efficacité : l'article 1134 al. 1 C. civ. ne profite pas à l'employeur alors que l'article 1134 al. 3 du même Code joue très fréquemment en faveur du salarié ;

- les conditions dans lesquelles la Chambre sociale admet l'acceptation par le salarié de la proposition patronale de modification sont toujours plus strictes.

Notre but n'est pas de critiquer cette attitude. Nous laissons à ceux qui voudront le faire le soin de lire un ouvrage récent sur la condition ouvrière contemporaine des salariés des usines Peugeot de Sochaux – Montbéliard³. Il s'agit simplement de constater cet « état juridique ». Sans doute le même constat s'impose – t – il dans d'autres domaines du droit des relations individuelles de travail, en particulier en matière de rupture du contrat de travail... Mais nous n'envisagerons ici, à travers la jurisprudence contemporaine, que les seules règles régissant la *proposition de transformation des conditions de travail* faite par un employeur à un ou plusieurs de ses salariés⁴.

L'expression de *transformation* employée dans cette étude n'a rien de provocatrice ; son utilisation a pour seule fin de tenir compte de la nouvelle terminologie jurisprudentielle et doctrinale dominante⁵ qui distingue la modification du contrat de travail du « simple » changement des conditions de travail,

1 Ph. CLEMENT, Modification du contrat de travail : de la théorie à la pratique, *SSL* n° 985, p. 7.

2 M. NORMAND, article précité.

3 Daniel URBAIN, *Identité brouillée*, éd. Fayard.

4 Seront exclus de cette étude le régime de la modification par « changement d'employeur » d'une part, le régime du reclassement du salarié suite à une inaptitude physique d'autre part.

5 Issue des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation les 24 et 25 juillet 1992, confirmés par des arrêts du 10 juillet 1996. Cf. Ph. WAQUET, *RJS* 1999, n° 5, p. 384.

terminologie qui s'est substituée à la désormais ancienne distinction entre la modification substantielle et la modification non substantielle¹.

Sans vouloir remettre en cause la *summa divisio* qui règne en la matière, il nous semble nécessaire de rappeler trois vérités simples, qui débouchent elles – mêmes sur plusieurs questions.

1/ L'employeur agit en principe avec raison. Alors, quelle est cette raison – ce mobile, cette cause impulsive – qui le détermine à proposer à un ou à plusieurs de ses salariés une modification de ses conditions de travail ? Est – ce un motif économique ou une cause inhérente à la personne du salarié ? A l'instar du droit du licenciement, on peut concevoir que le régime diffère selon la cause.

2/ Face à une proposition patronale de modification, le salarié a deux possibilités : accepter ou refuser cette proposition.

Comment, d'une part, notre Droit positif appréhende – t – il la notion d'acceptation ? En d'autres termes, à partir de quand doit – on admettre avec certitude que le salarié a accepté cette proposition ? Quelles sont les conséquences, d'autre part, que notre Droit positif tire du refus du salarié d'accepter cette proposition ? La réponse à cette question supposait, avant, de faire appel à la distinction entre le substantiel et le non substantiel et de mesurer **l'ampleur de la modification** proposée ; elle exige, aujourd'hui, de distinguer sphère contractuelle et pouvoir de gestion de l'employeur et de se pencher sur **l'objet de la modification** proposée. Mais il existe toujours *des refus qui sont un droit* (face à ce que l'on avait l'habitude d'appeler une proposition de modification substantielle et que l'on dénomme aujourd'hui proposition de modification) et *des refus qui sont une faute* (en réponse à ce que l'on appelait proposition de modification non substantielle et que l'on qualifie aujourd'hui de changement de conditions de travail). En définitive, il s'agit toujours de prendre un élément (le refus) et de le *qualifier* afin de le *classer* dans un ensemble (refus = droit) ou dans un autre (refus = faute) pour lui appliquer un *régime juridique*.

3/ L'éventualité de faire évoluer le poste de travail d'un salarié a pu être prévue par l'employeur dès la conclusion du contrat de travail. Il faut distinguer deux situations en théorie bien différentes : y a-t-il ou pas, dans le contrat, une clause de mobilité ?

- Dans la première hypothèse, il s'agit de faire jouer l'article 1134 alinéa 1 du Code civil et le refus de la modification ne peut, par une première approximation, que s'analyser en une faute dans l'exécution du contrat, caractérisée par le refus d'exécuter une clause. Dans la seconde hypothèse, la proposition peut s'analyser en une offre de novation du contrat dont le refus est *a priori* justifiable par l'idée selon laquelle toute personne est libre d'accepter ou de refuser de conclure un nouveau contrat. Mais les choses ne sont pas aussi claires que cela.

¹ Une nouvelle distinction « contestable », « curieuse », « fallacieuse » et « reposant sur une contradiction manifeste », selon le Professeur Lyon-Caen et les coauteurs de son *Précis Dalloz Droit du travail* (19ème éd. 1998, n° 363).

- Dans la seconde hypothèse, il faut tenir compte, classiquement, du pouvoir de direction de l'employeur, du lien de subordination qui unit les deux parties au contrat, qui fait que tout changement des conditions de travail n'est pas une novation du contrat. Dans la première hypothèse, il est nécessaire d'avoir à l'esprit l'idée selon laquelle la rigueur contractuelle de l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil est tempérée par l'alinéa 3 du même article et par les articles 1135 et 1162 du même Code. Cette dernière idée prend une résonance particulière à la lumière de l'étude du sort réservé par la Chambre sociale de la Cour de cassation aux clauses de modification du contrat de travail. Or, l'appréhension judiciaire de ces clauses est une question qui, selon nous, va prendre une importance toujours plus grande dans les années à venir, en raison de l'obligation récente faite à tout employeur (depuis la directive européenne n° 91 – 553 du 14 octobre 1991, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993) de remettre un écrit à tout salarié.

A décider, alors, d'une « *summa divisio* », nous nous proposons d'étudier, à travers la jurisprudence récente:

- d'une part, **le régime juridique des clauses de modification (I)**, modification (et non simple changement) prévue au stade de la conclusion du contrat de travail et dont la mise en œuvre est proposée au stade de son exécution ;

- d'autre part, **le régime juridique de la transformation non prévue initialement et proposée en cours d'exécution du contrat de travail (II)** ; c'est ici qu'il faudra étudier le contenu et les limites du « pouvoir de gestion » de l'employeur : entre le « simple changement des conditions de travail » et la « modification des conditions de travail », rien n'est simple.

I/ LES CLAUSES DE MODIFICATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL

On pourrait penser que la Cour de cassation donne une pleine efficacité aux clauses du contrat de travail qui envisagent, à l'initiative de l'employeur, la possibilité de modifier certains éléments de la relation de travail en cours d'exécution¹.

L'idée ne correspond – t – elle pas à la nécessité pour l'employeur de gérer de façon prévisionnelle les postes de son entreprise, de façon à éviter, autant que faire se peut, les licenciements économiques en adaptant les salariés à l'évolution de leur emploi²? Le contrat n'est – il pas instrument de prévision par excellence ?

On pourrait en conclure alors que le refus salarial de se conformer aux nouvelles conditions de travail indiquées par l'employeur, en application de l'une de ces clauses, constitue toujours une faute pouvant être sanctionnée par un licenciement³, voire sans indemnité¹.

1 Cf. Michel MORAND, Clauses de mobilité : le point sur la jurisprudence récente, *SSL* n° 1025, p. 5.

2 Rappelons que cette obligation a été mise, de façon générale, à la charge de tout employeur et qu'elle trouve sa source dans l'article 1134 al 3 du Code civil : Soc. 25 février 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 573.

3 Position classique ; cf. par ex. Soc. 30 septembre 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 1094.

En réalité, il n'en est rien. Les clauses de modification sont souvent bafouées par la Cour de cassation. Doit-on constater leur totale inefficacité (A) ? Un arrêt récent est de nature à semer le doute (B).

A/ L'inefficacité des clauses de modification ?

La Cour de cassation fait preuve d'une grande imagination pour priver d'efficacité les clauses engageant le salarié à une modification de son contrat de travail.

Quelques exemples.

1°/ L'article 1134 alinéa 3 du Code civil

La Cour de cassation avait récemment décidé que l'employeur ne pouvait, *sans manquer de bonne foi*, imposer au salarié le jeu d'une clause de modification du lieu de travail alors que ce dernier se trouvait dans une situation familiale critique et que le poste pouvait être pourvu par d'autres salariés².

Cette position a été confirmée dans une décision du 10 janvier 2001 particulièrement claire : « *Mais attendu que le Conseil de prud'hommes a constaté que la salariée se trouvait dans l'impossibilité en l'absence de transport en commun de se rendre à l'heure prévue sur le nouveau lieu de travail qui lui était imposé ; qu'il a pu décider, bien que le contrat ait comporté une clause de mobilité, que l'employeur, à défaut de lui assurer des moyens de se rendre sur son lieu de travail, avait abusé du droit qu'il tient de l'exercice de son pouvoir de direction et a ainsi légalement justifié sa décision* »³.

2°/ L'article 1162 du Code civil

L'article 1162 du Code civil⁴ et son interprétation contemporaine : si la clause est ambiguë, elle doit être interprétée dans un sens favorable à la « partie faible » qui a « adhéré » au contrat. La solution, déjà préconisée par le « guide – âne » de Pothier et expressément consacrée par le législateur en droit de la consommation au profit du consommateur⁵, a aussi été tacitement utilisée par la Cour de cassation à propos d'une clause de mobilité géographique qui autorisait, selon l'interprétation de la Cour, un changement du lieu d'exécution du travail mais pas une modification du lieu d'affectation imposant un changement de domicile⁶.

1 Une faute grave : position parfois reprise par la jurisprudence récente ; cf. Soc. 7 juillet 1999, n° 97 – 42.141 D.

2 Soc. 18 mai 1999, n° 96 – 44.315, P + B ; SSL n° 937, p. 31 ; Le Dalloz 2000, Somm., p. 84, obs. M. C. ESCANDE-VARNIOL ; *Dr. soc.* 1999, p. 734.

3 Soc. 10 janvier 2001, n° 98 – 46.226, SSL n° 1012, p. 10, obs. C. GOASGUEN.

4 « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

5 Cf. l'article L 133 – 2 alinéa 2 du Code de la consommation.

6 Soc. 27 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 886.

3°/ L'article L 135 – 2 du Code du travail

L'article L 135 – 2 du Code du travail, relatif à l'ordre public social : le contrat de travail ne peut prévoir des conditions de mise en œuvre de la modification plus larges – donc moins favorables au salarié – que celles prévues par la convention collective applicable car cela serait contraire à l'ordre public social¹.

4°/ Les textes protégeant les « Droits de l'Homme »

L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, prévoyant le respect du libre choix du domicile, a été utilisé par la Cour de cassation pour priver d'efficacité une clause de mobilité géographique claire et précise².

5°/ Solutions prétoriennes

Enfin, il apparaît que la Cour de cassation proscrit l'utilisation des clauses prévoyant un pouvoir patronal trop large portant sur la modification du temps de travail ou de la rémunération.

- La clause instituant la possibilité pour l'employeur de modifier l'horaire de travail, pouvant jouer « au plus tôt le... » ou « à tout moment » est purement et simplement interdite³, sans que l'on sache, sauf pour le contrat à temps partiel⁴, vraiment pourquoi.

- Les clauses de modification de la rémunération ou des objectifs sont de même réduites à néant⁵, ce qui ne manque pas d'inquiéter les entreprises qui embauchent des « commerciaux »⁶.

Ainsi peut – on constater l'existence d'un courant jurisprudentiel contemporain très favorable au salarié qui tente de s'opposer au jeu d'une clause de son contrat de travail, clause qu'il a pourtant acceptée en toute connaissance de cause. Mais le doute est permis.

B/ Le doute est permis !

En témoigne cette décision récente, concernant un cadre dont le contrat de travail prévoyait, en des termes clairs et précis, qu'il serait amené à effectuer des missions « *en province* » et licencié pour faute grave parce qu'il avait refusé

1 Soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 887.

2 Soc. 12 janvier 1999, n° 96 – 40.755, P + B + R, *SSL* n° 918, p. 8, *Dr. soc.* 1999, p. 287. La clause prévoyait que « l'employeur se réservait le droit de modifier la région d'activité avec obligation pour le salarié d'être domicilié sur cette région dans les six mois suivant le changement d'affectation ».

3 Soc. 29 juin 1999, *SSL* n° 948, p. 9 ; Soc. 2 mai 2000, n° 97 – 45.355 D.

4 Dans le contrat à temps partiel, la clause de modification de la répartition des horaires est encadrée par la loi ; cf. l'article L 212 – 4 – 3 du Code du travail : la clause doit prévoir la variation possible et les cas dans lesquels cette variation peut intervenir ; cf. Soc. 7 juillet 1998, *Bull. civ.* n° 373.

5 Soc. 18 avril 2000, *SSL* n° 992, p. 53 ; Soc. 30 mai 2000, *SSL* n° 993, p. 10.

6 Cf. A. DUPAYS et F. VELOT, La rémunération des commerciaux peut-elle encore évoluer ?, *SSL* n° 1015, p. 6.

d'effectuer une mission ponctuelle en Allemagne. La Chambre sociale, à la suite de la Cour d'appel, confirme la qualification de la rupture¹.

Un auteur a vu dans cet arrêt l'adoption, par la Cour de cassation, d'une conception « européenne » de la notion de province².

On peut remarquer que la Chambre sociale s'est bornée à affirmer qu'il n'y avait pas, en l'espèce, modification du contrat de travail, ce qui, s'agissant des clauses de mobilité dont on suppose qu'elle ont pour objet de faire admettre par avance au salarié une telle modification, brouille le débat. Peut-être la Cour s'est-elle référée à sa position récente concernant l'appréciation de la proposition patronale de mobilité géographique faite en cours d'exécution du contrat de travail ? Comme nous le verrons bientôt³, la Cour de cassation décide aujourd'hui, pour savoir si la proposition de mobilité géographique est ou non une proposition de modification, de se référer à la notion de secteur géographique.

Le raisonnement a alors pu être le suivant :

Le salarié s'est engagé à faire des missions en province, donc, par exemple, en Alsace.

Or, l'Alsace et certaines parties de l'Allemagne font partie du même secteur géographique.

Donc, le salarié a manqué à son engagement en refusant d'exécuter une mission dans ce secteur géographique.

Peu convaincant... Il vaut mieux faire remarquer en définitive que le salarié avait été embauché essentiellement pour ses connaissances de la langue allemande. Nos Hauts magistrats n'ont sans doute pas fait totalement abstraction de cette donnée.

Cette décision méritait d'être isolée car elle est la seule, sur la dizaine d'arrêts analysés jusqu'ici, à être favorable à l'employeur, en donnant une interprétation favorable à ce dernier d'une clause de modification.

Nous allons retrouver à peu près une telle proportion en examinant les arrêts relatifs à la modification non prévue lors de la conclusion du contrat de travail et proposée par l'employeur en cours d'exécution.

II/ LA TRANSFORMATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL PROPOSEE EN COURS D'EXECUTION

Le civiliste a des réflexes ; il connaît les alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 1134 du Code civil, ainsi que les articles 1271 et suivants du même Code.

1 Soc. 21 mars 2000, *SSL* n° 975, p. 10 ; *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 114 ; *JCP* 2000 *éd. G*, IV, 1836.

2 Note à la *SSL* n° 975 citée *supra* (auteur anonyme).

3 Cf. *infra* II/ A/ 3°/

Du premier de ces textes, il sait qu'un contrat valablement conclu a force de loi et que la volonté commune des cocontractants peut défaire ce qu'elle a fait ; du second, il se rappelle que des parties à un contrat peuvent opérer novation de leurs obligations, « lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte »¹.

Le civiliste, en particulier celui qui s'est épris de l'étude des contrats internationaux, a aussi à l'esprit l'existence d'une notion voisine de la novation : **la révision du contrat, encore appelée la modification du contrat**². Ainsi existerait – il, entre l'hypothèse de « changement modeste » du contrat (par exemple, dans un bail, les loyers initialement payables à échoir sont désormais payables à terme échu) et celle de changement total (par exemple, les parties remplacent la vente par un crédit – bail), des cas intermédiaires³.

Le travailliste doit oublier l'existence de cette catégorie intermédiaire et s'en tenir à une dichotomie lorsqu'il étudie le contentieux relatif à la modification du contrat de travail.

De deux choses l'une : soit la proposition patronale s'analyse en un simple changement des conditions de travail, expression du pouvoir patronal de gestion que le salarié ne peut refuser sans se mettre à la faute, soit cette proposition doit être qualifiée d'offre de modification, que le salarié a le droit de refuser.

Alors, la tâche consiste d'abord à rechercher des critères de distinction permettant de classer chaque proposition patronale parmi la 1^{ère} ou la 2^{nde} catégorie (A/).

Ensuite, il faudra étudier le régime de la réaction salariale (B/).

A/ La distinction entre changement des conditions de travail et modification du contrat de travail

Avertissement au lecteur : il ne trouvera pas, dans cette étude, une liste exhaustive et précise des critères permettant un classement entre le changement des conditions de travail et la modification ; l'auteur de ces lignes, parti à la conquête du Graal, est revenu bredouille... A sa décharge, le lieu commun selon lequel, la loi étant muette, la Cour de cassation s'emploie à protéger le salarié tout en s'efforçant de ne pas trop attenter à l'intérêt légitime de l'entreprise.

Reste à imiter Prévert : cinq hypothèses, en fonction de l'objet de la clause sur laquelle porte la proposition.

1° La rémunération du salarié

S'agissant de la rémunération *stricto sensu*, la jurisprudence est catégorique (a) ; les solutions sont plus nuancées à propos des rémunérations accessoires (b).

1 Art. 1271 al 1er C. civ.

2 RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Les Cours de droit, 1978-1979, p. 46 et s. ; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Bibliothèque de droit privé, Tome 166, L.G.D.J. 1980.

3 MARTY, RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil Tome 2 Les obligations, Le régime*, Sirey, n° 415.

a) La rémunération « stricto sensu »

« Le mode de rémunération contractuel d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux » ou que le montant global de la rémunération reste acquis¹.

La solution semble constante, y compris pour les V.R.P., à propos de la détermination de leur taux de commission², même si la modification de leur salaire n'est qu'indirecte, restreignant leur compétence à prospecter la clientèle.

De plus, a été jugé que l'application d'une nouvelle convention collective ne peut être l'occasion d'une réduction des avantages acquis en matière de rémunération³.

b) La rémunération accessoire

Certes, il a été décidé qu'un salarié, à qui l'on enlevait son véhicule, dont il pouvait se servir tant pour ses besoins professionnels que personnels et dont les frais étaient intégralement réglés par l'employeur, était face à une modification qu'il pouvait légitimement refuser⁴.

Il semble cependant que les remboursements de frais puissent être supprimés, dès lors que l'employeur ne fait qu'user de son pouvoir de direction en décidant de ne plus exposer le salarié à ces frais ; on peut citer ici deux arrêts récents favorables à l'employeur concernant les indemnités de logement d'une part⁵ et les indemnités de déplacement d'autre part⁶.

2°/ Les horaires de travail

Il faut distinguer trois hypothèses : la proposition portant sur une nouvelle répartition des horaires, la proposition de baisse du volume horaire et la proposition de hausse du volume horaire.

a) La nouvelle répartition des horaires

a – 1°/ Pour ce qui concerne le **contrat de travail à temps plein**, la Chambre sociale semble s'être orientée vers une solution favorable à l'employeur. Elle a récemment plusieurs fois affirmé que l'employeur peut unilatéralement modifier la

1 Soc. 28 janvier 1998, *RJS* 3/98, 274. Soc. 19 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 885. Soc. 20 octobre 1998, *RJS* 12/98, 1448. Soc. 30 mai 2000, 2 arrêts, P + B, n° 97 – 45.068 et n° 98 – 44.016, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 175.

2 Soc. 5 janvier 2000, n° 97 – 44.489 D ; Soc. 26 janv. 2000, n° 97 – 43.884 D ; Soc. 18 avril 2000, n° 97 – 43.706, P + B, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 141 ; Soc. 18 juillet 2000, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 229 ; Soc. 23 janvier 2001, n° 98 – 46.377, P + B, *SSL* n° 1015, p. 14.

3 Soc. 27 janv. 1999, n° 96 – 43.342 P. Sur la « contractualisation » de la convention collective, *cf. infra* II/ A/ 5°/.

4 Soc. 17 février 1999, n° 96 – 44.865 D.

5 Soc. 5 octobre 1999, n° 97 – 41.339 D.

6 Soc. 16 décembre 1998, n° 96 – 40227 P, *SSL* n° 919, p. 10. Sur le retrait d'un véhicule de fonction, *cf.* Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 41.532. Sur le retrait d'une prime de responsabilité, *cf.* Soc. 8 décembre 1999, n° 97 – 42.995.

répartition de l'horaire de travail au sein de la journée et qu'il n'y a pas modification du contrat tant que la durée du travail et la rémunération restent identiques¹.

Certes, fait – on remarquer, **l'employeur ne dispose pas d'un droit discrétionnaire et sa décision ne doit pas provoquer un « véritable bouleversement des horaires »**². Ainsi constitue une modification la décision patronale de répartir sur cinq jours par semaine l'horaire jusqu'alors pratiqué par cycle de deux semaines à raison de trois jours une semaine et quatre jours la semaine suivante, avec en outre un service à assurer les samedi et dimanche³. De même, le fait de vouloir imposer à un salarié un travail nocturne a été considéré comme une proposition de modification⁴.

Il faut cependant souligner qu'une décision a estimé qu'un salarié d'une station – service ouverte 24 h sur 24 qui ne tenait pas de son contrat le droit de travailler en permanence la nuit commettait une faute en refusant de travailler le jour⁵. Décision remarquable en ce qu'elle est favorable à l'employeur, mais que la Cour de cassation n'a pas entourée d'une grande publicité⁶.

Récemment, la Cour de cassation a semblé marquer sa volonté de poser un critère objectif de distinction : alors que le simple changement d'horaires relève du pouvoir de direction de l'employeur, la décision consistant à faire passer le salarié d'un horaire fixe à un horaire variable constitue une modification⁷. Ce souci de recherche d'objectivité qui anime la Cour de cassation est certes louable. Mais il peut parfois faire des « dégâts »⁸, comme nous le constaterons bientôt⁹.

1 Soc. 22 février 2000, n° 97 – 44.339 P + B, *SSL* n° 971, p. 11, *JCP* 2000 *éd. G*, II, 10321, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN, à propos d'un changement d'horaire suite à la réorganisation d'un cabinet médical dont l'effectif était passé de deux à trois secrétaires. Soc. 16 mai 2000, n° 97 – 45.256 P, *SSL* n° 984, p. 10, à propos d'un salarié embauché en qualité de directeur administratif et financier pour un horaire réparti du lundi 7 h 30 au vendredi midi et licencié pour avoir refusé d'être présent, à la demande de son employeur, le vendredi après-midi. Soc. 17 octobre 2000, n° 98 – 42. 264 P + B, *SSL* n° 1001, p. 10, à propos d'une salariée occupée habituellement du lundi au vendredi qui s'était vue imposer de travailler un samedi sur deux par roulement.

2 Ph. WAQUET, *Dr. soc.* 1999, p. 578.

3 Soc. 10 mai 1999, n° 96 – 45.652. Dans le même sens, *cf.* Soc. 18 décembre 2000, n° 98 – 42.885, *BICC* 530, n° 228 : le passage d'un horaire journalier continu (de 4 h 30 à 11 h 30, avec une pause d'une demi heure) à un horaire discontinu (deux périodes distinctes, l'une de 4 h 30 à 8 h 30, l'autre de 14 h 30 à 17 h) entraîne la modification du contrat de travail.

4 Soc. 19 février 1997, n° 95 – 41.207.

5 Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 43.045 D.

6 Peut-être n'était-il pas « politiquement correct » de publier largement une décision concernant une femme qui exigeait de continuer à travailler la nuit, alors que certains syndicats manifestaient leur hostilité à la réforme législative tendant à lever l'interdiction de principe du travail nocturne concernant les femmes... Sur cette question, *cf. Le Monde* du 23 novembre 2000, p. 6.

7 Soc. 14 novembre 2000, n° 98 – 43. 218 P + B, *SSL* n° 1006, p. 9, obs. C. GOASGUEN ; *JCP* 2001 *éd. G*, IV, 1056.

8 L'expression est de Mme GOASGUEN, *Edito* de la *SSL* n° 1006.

9 *Cf. infra* 3°/.

Enfin, la Cour de cassation vient de décider que la demande patronale de faire passer les salariés de 4 à 5 jours de travail était une proposition de modification¹.

a – 2°/ Pour ce qui concerne le **contrat de travail à temps partiel**, la loi fait de la répartition des horaires un élément contractuel qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié ; de plus, une clause de ce contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier l'horaire convenu, en prévenant le salarié au moins sept jours à l'avance qu'à la double condition, d'une part, de la détermination par le contrat de la variation possible et, d'autre part, de l'énonciation des cas dans lesquels cette modification pourra intervenir².

La loi du 19 janvier 2000 a renforcé la protection du salarié en posant deux règles nouvelles :

- Lorsque le contrat n'a rien prévu à propos des cas et de la nature de la modification, le refus salarial est un droit ; ce refus ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement.

- Lorsque le contrat a envisagé les cas et les modalités de changement de la répartition des horaires de travail et que l'employeur demande au salarié de changer cette répartition, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée.

b) La baisse du volume horaire

Il semble acquis que la transformation d'un horaire de travail à temps complet en un horaire de travail à temps partiel constitue une modification du contrat de travail qui ne peut être réalisée sans l'accord du salarié, peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail³.

Aujourd'hui, il faut examiner l'occurrence à l'aune de la loi Aubry du 19 janvier 2000⁴ et distinguer deux situations, en informant le lecteur de notre impuissance à décrire le cas des cadres.

b – 1°/ D'abord, la simple réduction du temps de travail : pour appliquer la loi, l'employeur se contente de réduire le temps de travail, sans bouleverser les horaires ni toucher au salaire. La loi prévoit dans ce cas que cette opération « ne constitue pas une modification du contrat de travail ». Il faut alors appliquer au salarié rétif le régime du refus d'un changement des conditions de travail, c'est à

1 Soc. 23 janv. 2001, n° 98 – 44.843 P, *SSL* n° 1015, p. 14.

2 Art. 212 – 4 – 3 C. trav. ; cf. Soc. 7 juillet 1998, n° 95 – 43.443, *Dr. soc.* 1998, p. 945. Soc. 23 novembre 1999, n° 97 – 41.315 P.

3 Cf. *supra* I/ A/ 5°/.

4 Article 30 de la loi n° 2000 – 37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, partiellement codifié dans l'article L 212 – 3 du Code du travail.

dire considérer que ce refus est une faute, voire une faute grave¹. Certes, la loi ne prévoit – elle cette solution que dans l’hypothèse où l’employeur a réduit le temps de travail par un accord collectif ; l’on peut alors se demander s’il faut tenir le même raisonnement lorsque la même opération s’est réalisée non pas en vertu d’un accord mais d’une décision unilatérale de l’employeur. Faut – il raisonner *a contrario* ou *a pari* ? La doctrine penche pour un raisonnement par analogie et qualifie de fautif le refus salarial, que la réduction du temps de travail ait été ou pas négociée².

b – 2°/ Ensuite, la réduction du temps de travail affectant des éléments essentiels du contrat : le cas est régi par le paragraphe II de l’article 30 de la loi du 19 janvier 2000 et vise, en pratique, les hypothèses où l’employeur profite du passage aux 35 heures pour bouleverser les horaires ou toucher à la rémunération ; ce texte prévoit que le licenciement d’un ou plusieurs salariés consécutif au refus salarial de la modification entraînée par l’application d’un accord collectif de réduction de temps de travail n’est pas soumis aux procédures du licenciement économique. Les obligations spécifiques à ce type de licenciement (consultation des représentants du personnel, plan social, priorité de réembauche...) ne s’appliquent donc pas. Il s’agit d’un licenciement individuel, d’un licenciement pour cause personnelle « par détermination de la loi »³.

b – 3°/ Enfin, nous bornerons nous à signaler que le nouvel article L 212 – 3 du Code du travail n’est pas, de l’avis de la doctrine, applicable à certains cadres... Nous ne pouvons en dire plus en cette période d’ajustement de la loi sur la réduction du temps de travail : décret annulé par le Conseil d’Etat, loi « sanctionnée » par la Cour de cassation... L’horaire de travail : voici un beau sujet de mémoire...ou de thèse⁴ !

c) L’augmentation du volume horaire

Une réponse ministérielle avait clairement posé l’obligation pour le salarié d’exécuter les heures supplémentaires régulièrement décidées par l’employeur⁵. La jurisprudence a conforté cette position⁶, *pourvu que la décision patronale soit ponctuelle*. Il a été récemment jugé que l’employeur qui voulait augmenter **de façon permanente** la durée du travail au – delà de la durée légale, contrairement aux prévisions du contrat, se livrait à une modification que le salarié pouvait refuser⁷. La CJCE a rendu le 8 février 2001 un arrêt qui contraint l’employeur à informer le salarié de son obligation d’effectuer des heures supplémentaires⁸.

1 Cf. *infra* B/ 1°/ b)

2 Cf. C. GOASGUEN et M. DENIAU, Passer à 35 heures, *SSL* n° 981, supplément du 15 mai 2000, p. 41.

3 Expression que nous préférons à celle de licenciement *sui generis* ; cf. *infra* B/ 2°/ a) a – 3°/.

4 Cf. Philippe WAQUET, Tableau de la jurisprudence de la chambre sociale sur les horaires, *SSL* n° 1019, p. 6. Michel MORAND, La saga des équivalences, *SSL* n° 1027, p. 12. Eric AUBRY, L’annulation partielle du décret fixant le contingent d’heures supplémentaires, *SSL* n° 1023, p. 7.

5 Rép. min. *JOANQ* 26 février 1966.

6 Soc. 13 juillet 1988, *Bull. civ.* n° 445 ; Soc. 4 décembre 1990, n° 87 – 43.465.

7 Soc. 20 octobre 1998, *Bull. civ.* n° 433 ; *Dr. soc.* 1998, p. 1045.

8 *SSL* n° 1017, p. 7.

3°/ Le lieu du travail et la référence au « secteur géographique »

Le contentieux soumis à la Cour de cassation est sur ce point abondant.

Il semble que notre Haute cour s'est orientée vers une appréciation *in abstracto* pour distinguer le simple changement des conditions de travail de la modification. En effet, depuis plus de deux ans, la Chambre sociale a pris l'habitude de faire **référence au secteur géographique** : si la mutation territoriale proposée au salarié ne le fait pas changer de secteur géographique, il ne s'agit que d'un changement des conditions de travail¹ ; si, au contraire, l'affectation proposée a pour conséquence de faire changer le salarié de secteur géographique, il s'agit alors d'une modification².

Après avoir rappelé que la Cour de cassation semble faire abstraction de l'éventuelle présence d'une clause de mobilité géographique dans le contrat pour appliquer désormais cette solution³, on peut remarquer deux choses : l'incertitude (a) et l'iniquité (b) du critère.

a) Le critère est incertain

a – 1°/ D'abord, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation s'affranchit largement du critère objectif ainsi posé

- Ainsi, lorsqu'elle considère que l'emploi en cause est par nature un emploi mobile⁴, l'appréciation du secteur géographique est plus souple.

- Ainsi lorsqu'elle décide que, la forme prévalant sur le fond, l'employeur qui adresse au salarié une lettre recommandée avec accusé de réception informant ce dernier qu'il change de lieu de travail et qu'il dispose d'un délai d'un mois pour accepter cette proposition, se place par là – même sur le terrain de la modification du contrat de travail, modification que le salarié peut légitimement refuser⁵, nonobstant le peu de kilomètres séparant le nouveau lieu d'affectation du lieu de travail initial.

a – 2°/ Ensuite, il y a une incertitude objective quant au critère posé : bassin d'emploi, agglomération urbaine, commune, département, région⁶ ? Le « secteur géographique n'a rien à voir avec les frontières administratives d'une

1 Soc. 16 décembre 1998, n° 96 – 40.227 P, SSL n° 919, p. 10. Particulièrement clair, Soc. 5 mai 1999, n° 97 – 40.576 P + B, *Le Dalloz* 2000, *Somm.*, p. 85, obs. S. FROSSARD, *Dr. soc.* 1999, p. 737 : « le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective »... Il y a modification dès lors que le nouveau lieu de travail est « situé dans un secteur géographique différent ». Sans doute les prémices de cette position avaient-ils été posés par Soc. 16 juillet 1997, n° 94 – 44.331. Cf. aussi Soc. 21 mars 2000, n° 98 – 44.005 P, SSL n° 975, p. 10 : salarié muté à 19 kilomètres du lieu de travail initial ; Soc. 24 novembre 1999, n° 97 – 45-159 : salarié muté à 2 kilomètres du lieu de travail initial.

2 Soc. 4 janvier 2000, n° 97 – 45.647 : salarié muté à 58 kilomètres du lieu de travail initial.

3 Cf. *supra* V.

4 Soc. 4 janv. 2000, n° 97 – 41.154 P + B, SSL n° 966, p. 6, à propos d'un chauffeur de car ; cf. déjà Soc. 8 juillet 1985, n° 84 – 42.660, à propos d'un conducteur de travaux « dont les fonctions nécessitent une certaine mobilité géographique » ; cf. aussi l'arrêt du 16 décembre 1998, cité *supra* concernant un serrurier appelé à se déplacer sur divers chantiers.

5 Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 40.576 P + B, SSL n° 951, p. 12.

6 Ph. WAQUET, *RJS* n° 5/99, p. 388.

commune ou d'un département »¹. Il est vrai qu'à ce jour n'existe aucune carte de France officielle des « secteurs géographiques »...

b) L'application de ce critère aboutit parfois à des solutions iniques

Il suffit, pour s'en rendre compte, de rappeler les circonstances d'une décision rendue par la Cour de cassation le 16 juillet 1997²: la salariée travaillait initialement à Saint – Nazaire et prenait son poste à 5 h 45 ; l'entreprise s'était par la suite implantée dans une banlieue qui n'était pas desservie par les transports en commun à cette heure. Le licenciement pour faute grave, face au refus de cette salariée d'accepter cette mutation, fut néanmoins approuvé par la Cour. Ajoutons, pure spéculation de notre part, que cette salariée avait seule trois enfants à charge, scolarisés dans une école située dans la banlieue opposée à celle du nouveau lieu de travail et qu'elle n'avait pas le permis de conduire : de quoi donner des cauchemars à M. le Président Gélinau- Larrivet³ !

Bref, deux raisons pour préférer une appréciation *in concreto*, dès lors, tout au moins, que le salarié accepte de faire valoir, pour justifier la légitimité de son refus, certains éléments de sa « vie privée »⁴.

Voie médiane, utilisée par la Cour d'appel de Paris⁵ : se fondant sur des éléments très concrets⁶, elle estime que l'acceptation par le salarié de la proposition patronale de changement de lieu de travail aurait pour effet de le faire changer d'unité géographique⁷ ; que, donc, s'agissant d'une modification, le refus n'a pas de caractère fautif.

4°/ Les fonctions

On peut partir d'une affirmation en apparence simple : alors que la proposition de transformation qui affecterait la nature des fonctions serait une modification, celle qui ne toucherait pas à cette nature ne serait qu'un changement.

Ici aussi, la difficulté à dégager un critère rigoureux de distinction se fait sentir.

Une seule certitude : quand le changement de fonctions s'accompagne d'un retrait de certains avantages professionnels, psychologiques ou pécuniaires, il y a

1 J.-E. RAY, *Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail*, éd. Liaisons.

2 N° 94 – 44.331.

3 Actuel Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

4 Cf. l'opinion nuancée de J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant*, n° 161, 7ème éd 1998 – 1999, Liaisons. L'auteur a désormais une opinion plus tranchée : « La politique de la Chambre sociale est claire : inciter les salariés à davantage de mobilité pour garder un emploi, fût-ce dans certains cas au prix d'un bouleversement de leur vie personnelle ou familiale » ; 9^{ème} éd., 2000 – 2001, n° 162.

5 Paris 24 février 2000, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 126.

6 « Le changement de lieu de travail constitue une modification, dès lors que l'ensemble des voies de communications qui relient l'ancien siège au nouveau ne permettent ni échange direct ni déplacement aisé ».

7 « L'absence de liaison directe et de connexion aisée entre les deux sites démontre qu'ils ne sont pas intégrés dans une même unité géographique, nonobstant le fait qu'ils soient dans une même région administrative ».

modification. Ainsi lorsque l'on retire au salarié certaines de ses responsabilités *et* son bureau personnel¹, sa voiture de fonction², une prime de responsabilité³... Pour le reste...

Trois arrêts récents semblent concevoir le **pouvoir de direction d'une façon assez large, face à des salariés peu qualifiés.**

Il s'agissait, dans la première affaire, d'un ouvrier agricole habituellement affecté à la cueillette des citrons à qui l'employeur avait demandé de s'occuper désormais d'engainer des bananes⁴. Dans la seconde, le patron avait demandé à un « solier – moquettiste » de nettoyer une bétonnière⁵. Dans ces deux cas, le refus salarial a été qualifié de fautif. Enfin, troisième décision rendue à propos d'une femme de ménage initialement affectée au ménage des appartements des copropriétaires d'une copropriété, licenciée pour avoir refusé d'effectuer le ménage dans les parties communes de l'immeuble⁶; l'analyse de la Cour est particulièrement claire : « la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il effectuait antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail.

Au contraire, **s'agissant d'un cadre**, il semble que la jurisprudence analyse la décision patronale de **retrait des responsabilités** en une **modification**. Ainsi, par exemple, de la décision consistant à priver le salarié de la « maîtrise de gestion des dossiers »⁷, ou de « ses fonctions d'animation, d'administration et de direction technique »⁸.

La solution est différente lorsque l'exercice des responsabilités retirées ne s'inscrivait pas dans la relation salariale mais dans une relation statutaire de dirigeant. C'est l'hypothèse où le salarié cumule son contrat de travail et un mandat social. La Cour de cassation a affirmé que le seul fait de révoquer un directeur général, révocable *ad nutum*, alors que ses fonctions techniques de directeur – adjoint salarié n'avaient pas été changées, ne constituait pas une modification⁹.

Dans une décision récente, la Cour de cassation a posé des critères objectifs permettant de distinguer le changement des conditions de travail de la modification. L'arrêt¹⁰ nous semble très important. En substance, il dit que, si la tâche nouvelle correspond aux qualifications du salarié, si le changement de poste ne modifie ni son

1 Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 41.532.

2 Soc. 12 juillet 1999, cité note précédente.

3 Soc. 8 décembre 1999, n° 97 – 42.995.

4 Soc. 10 mai 1999, n° 96 – 45.673 P, D. 1999, IR, p. 149, Dr. soc. 1999, p. 736.

5 Soc. 10 mai 1999, n° 97 – 41.497 P.

6 Soc. 24 avril 2001, n° 98 – 44.873 P + B ; SSL n° 1028, p. 10.

7 Soc. 20 janvier 1999, n° 97 – 40.050.

8 Soc. 11 juillet 2000, n° 98 – 43.688 D.

9 Soc. 14 juin 2000, n° 97 – 45.852 P + B, SSL n° 987, p. 10, Le Dalloz, 2000, IR, p. 190.

10 Soc. 10 octobre 2000, n° 98 – 41.358 P + B, SSL n° 1000, p. 10, Petites affiches n° 249, p. 10, obs. G. PICCA et A. SAURET.

degré de subordination à la direction générale ni son pouvoir hiérarchique ni sa qualification ni, bien sûr, sa rémunération¹, alors, cette proposition de changement ne constitue pas une modification.

Autant n'étions-nous pas favorable, lorsqu'il s'agissait de la proposition de mutation géographique, à cette volonté de la Cour de cassation d'amener le raisonnement à un niveau abstrait, autant saluerons – nous la précision et la justice de cette décision.

Deux critères sont ici clairement établis:

D'abord, le rapport entre la tâche proposée et la qualification du salarié ; en effet, amener un salarié à occuper des fonctions pour lesquelles il n'est pas qualifié serait le mettre en « porte à faux » ; quelles conséquences tirer, ensuite, de son éventuelle incompétence ? Le critère adopté ici par la Cour de cassation doit se comprendre par rapport à l'obligation générale qu'elle a mise, voici bientôt dix ans, à la charge de l'employeur de former le salarié à l'évolution de son emploi².

Ensuite, le maintien du niveau hiérarchique et le degré de subordination par rapport à la direction générale ; il ne faut pas que, suite au changement des attributions du salarié, son emploi relève, de fait (même si la rémunération reste intacte), d'un classement inférieur. Reste une interrogation, concernant la référence faite par l'arrêt au degré de subordination : le rattachement hiérarchique nouveau, suite à une restructuration ou à la création d'un échelon hiérarchique intermédiaire devra – t – il désormais toujours s'analyser en une modification ? A suivre...

Notons, en dernier lieu, cette affaire dans laquelle la Chambre sociale de la Cour de cassation estime que le refus du salarié d'être muté au sein d'une « filiale à 100% » de son employeur n'est pas un acte d'insubordination³. La Cour qualifie implicitement cette proposition de mutation de proposition de modification et en déduit que son refus par le salarié était légitime. La modification géographique du lieu de travail n'étant, en l'espèce, pas invoquée⁴, on peut penser que la Cour s'est principalement fondée sur le fait que le salarié était amené à changer d'employeur : initialement salarié de la société mère, on lui proposait d'occuper un poste au sein d'une filiale.

Il faut préciser les termes du débat. Pour le salarié d'une société qui, du point de vue du Droit des sociétés et du Droit fiscal peut être qualifiée de société mère, passer au service d'une filiale peut d'abord s'analyser en une véritable novation. Le salarié change d'employeur : départ négocié de la société mère – une démission – et embauche par la filiale. Face à une filiale à 13%, par exemple, l'analyse n'a rien

1 Il est acquis que le changement de rémunération est une modification ; cf. *supra*.

2 Soc. 25 février 1992, n° 89 – 41.634, P + B : arrêt Dehaynain, commenté dans toutes les revues s'intéressant au Droit social ; cf. Camille GOASQUEN et Alain DUPAYS, « 1980 – 2000, Regards sur 20 ans de droit du travail », *SSL* hors-série n° 1000, p. 55.

3 Soc. 28 mars 2000, *JCP* 2000, éd. E, n° 40, p. 1574, obs. K. ADOM.

4 De Toulouse (Haute-Garonne) à Lons Le Saunier (Jura) ! Le débat aurait pu tourner autour de la modification géographique ! Cf. *supra*.

d'illégitime. Mais le raisonnement doit – il être le même face à une « filiale à 100% » ?

On sait que, en Droit du travail, l'écran juridique cède systématiquement le pas à la réalité économique lorsqu'il s'agit de faire profiter un salarié de ses droits, par exemple quand il faut calculer son ancienneté.

Ne devrait – on pas, alors, en respectant un certain parallélisme, penser que, dans une telle hypothèse de mutation, il n'y a pas modification, dès lors que les autres conditions du contrat de travail initial restent inchangées ou peu changées ?

5°/ L'adjonction d'une clause

Il semble acquis que la proposition d'adjonction au contrat de travail d'une **clause de non concurrence**¹ ou d'une **clause de mobilité géographique**² est une modification.

Cela peut se faire de façon indirecte. Ainsi, lorsque, par le biais du jeu d'une clause de mobilité géographique, le salarié se voit soumis à une convention collective différente de celle dont il avait été prévu, par contrat, qu'elle lui serait applicable³ : c'est une modification⁴.

Nous avons désormais en mémoire quelques critères permettant de qualifier une proposition de transformation de la relation de travail. Reste à étudier le régime juridique de la réaction salariale face à cette proposition.

B/ Le régime juridique de la réponse salariale

Partons d'une certitude: alors que refuser une modification est un droit pour le salarié, refuser un changement est une faute ; l'employeur qui veut licencier le salarié rétif doit nécessairement tenir compte de ce paramètre (1°).

Mais ce n'est pas le seul à prendre en compte : il faut encore se poser deux questions.

La première tient compte de la raison de cette modification : pourquoi cette proposition ?

La seconde se focalise sur la réponse à cette proposition : acceptation ou refus de cette proposition ?

Il faudra s'assurer, en toute occurrence, que l'acceptation est véritable (3°) ; mais il importe aussi de constater une différence de régime selon la cause de la proposition refusée (2°).

1°/ La qualification de la transformation proposée et le régime du refus

Deux affirmations :

1 Soc. 7 juillet 1998, *JCP* 1998 *éd. G*, II, 10196, *D.* 1999, *Somm.*, p. 107, obs. Y. SERRA. Soc. 16 décembre 1998, n° 96 – 41.845 P + B, *D.* 1999, *IR*, p. 19. Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 43.063 D.

2 Soc. 24 novembre 1999, n° 97 – 45.202 P.

3 La solution est différente si la convention collective n'a pas été contractualisée : cf. Soc. 27 juin 2000, *JCP* 2000 *éd. G*, II, 10 446, obs. L. GAMET, *Petites affiches* n° 202, p. 5, obs. G. PICCA et A. SAURET.

4 Soc. 2 décembre 1998, *RJS* 1/99, n°7, p. 22.

Refuser une modification peut entraîner un licenciement (a).

Refuser un changement peut entraîner un licenciement pour faute (b).

a) La rupture consécutive à un refus salarial d'une modification est un licenciement.

L'employeur qui envisage de se séparer du salarié réticent devra donc respecter les règles relatives au droit du licenciement.

Cela veut dire trois choses :

- **D'abord**, que la prise d'acte de la rupture par l'employeur est aujourd'hui totalement à exclure.

- **Ensuite**, que les parties devront respecter un préavis dont le délai sera apprécié par rapport à la loi, la convention collective ou le contrat. Cette affirmation apparemment anodine peut être la source d'un problème épineux, lorsque la modification, objet du litige, porte précisément sur la durée du préavis applicable en cas de licenciement ; ainsi, quand la mise en place d'un nouvel accord collectif prévoyant un délai de préavis plus bref se heurte à des prévisions contractuelles stipulant un délai plus long et que le salarié refuse de signer l'avenant à son contrat intégrant cette nouvelle convention collective. La Cour de cassation décidant avec constance qu'un accord collectif ne peut avoir pour effet de modifier le contrat de travail¹, on imagine aisément la suite : le licenciement ayant pour seul motif le refus du salarié est sans cause réelle et sérieuse².

- **Enfin**, que le seul refus du salarié ne constitue pas un motif de licenciement. L'employeur ne saurait se contenter de ce refus pour justifier la rupture ; il doit remonter aux raisons qui l'ont conduit à proposer la modification³... et s'assurer que ces raisons constituent bien, en elles – mêmes, une cause réelle et sérieuse de licenciement⁴ !

b) La rupture consécutive à un refus salarial d'un changement est un licenciement pour faute

Un tel refus s'analysait classiquement en une faute grave⁵.

Cette position fut d'abord considérée comme une « avancée sociale », interdisant à l'employeur, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ce refus s'exprimait, de se prévaloir de la prise d'acte de la rupture imputable au salarié⁶.

1 Une position critiquée en doctrine ; cf. G. COUTURIER, Pot pourri autour des modifications du contrat de travail, cité en introduction.

2 Soc. 15 juillet 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 889.

3 Jurisprudence constante ; cf. par ex. Soc. 14 février 1995, *D.* 1995, p. 413, obs. J. MOULY ; Soc. 10 décembre 1996, *Dr. soc.* 1997, p. 200, obs. G. COUTURIER ; Soc. 7 octobre 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 1097, obs. G. COUTURIER. Soc. 13 octobre 1999, n° 97 – 42.072.

4 Cf. *infra* 2°/

5 Soc. 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, obs. H. BLAISE.

6 Cf. par ex. Soc. 19 mars 1996, *Jur. Soc. UIMM*, n° 96 – 598, p. 324.

Aujourd'hui, la volonté de protection du salarié, toujours plus ardemment exprimée par la Cour de cassation, conduit celle – ci à considérer que la faute ainsi commise n'est pas nécessairement grave.

Une affaire qui lui a été soumise récemment témoigne de cette nouvelle approche : une salariée, aide – comptable d'une clinique depuis 19 ans, avait été licenciée pour faute grave en raison de son refus de travailler un samedi matin sur deux par roulement, ce qui constituait la nouvelle répartition de ses horaires que l'employeur entendait lui imposer. La Haute cour, rappelant au passage que l'employeur ne fait qu'user de son pouvoir de direction en proposant ces nouveaux horaires et que le refus du salarié était fautif, n'admet pas qu'un tel refus puisse être qualifié de faute grave, compte tenu des 19 années d'ancienneté pendant lesquelles la salariée avait disposé du samedi matin¹.

Il est clair que la Cour de cassation utilise des éléments concrets pour se livrer à la distinction entre faute grave et faute « simplement sérieuse ». L'ancienneté du salarié au poste changé fait partie, parmi d'autres², de ces éléments.

En guise de contrepartie, la Cour permet à l'employeur qui vient de licencier un salarié pour refus de changement des conditions de travail, de faire exécuter le préavis aux conditions nouvellement fixées³.

2°/ La cause de la proposition de modification refusée et le choix d'un régime de licenciement

Face à un refus salarial d'une modification, l'employeur qui ne veut pas renoncer devra envisager de licencier le salarié réticent.

Comme notre Droit ne connaît que deux sortes de licenciement – pour cause personnelle et pour motif économique – un choix s'impose. Le strict respect de la procédure à suivre par l'employeur suppose que celui – ci réponde d'abord à la question suivante : quelles sont les raisons qui l'ont conduit à proposer une modification ? Raison inhérente à la personne du salarié (**a**) ou raison tirée des difficultés économiques traversées par l'entreprise (**b**) ?

a) Licenciement pour cause personnelle, suite à une modification refusée

A priori, ce motif inhérent à la personne du salarié est synonyme de faute (**a-1**).

1 Soc. 17 octobre 2000, n° 98 – 42.264 P + B, *SSL* n° 1001, p. 10. Position confirmée le même jour : n° 98 – 42.177 P + B, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 290, *Dr. soc.* 2001, p. 90, à propos d'une salariée employée à temps partiel à qui l'employeur entendait supprimer la pause de midi : le refus est fautif, mais cette faute ne doit pas être qualifiée de faute grave alors que le nouvel horaire lui imposait d'être présent à l'heure du déjeuner dont il pouvait disposer précédemment, ce qui lui permettait de s'occuper de ses enfants d'âge scolaire. La solution aurait été différente si la loi du 19 janvier 2000 sur la réduction du temps de travail avait été applicable à l'espèce : désormais, la mise en œuvre par l'employeur de la clause de mobilité horaire insérée dans le contrat de travail à temps partiel peut être paralysée par les obligations familiales impérieuses du salarié ; *cf. supra* A/ 2°/ a) a – 2°.

2 Tel que la situation familiale ; *cf. Soc.* 17 octobre 2000, cité à la note précédente.

3 Soc. 25 novembre 1997, n° 95 – 44.053 P + B, *SSL* n° 865, p. 7.

Mais pas toujours : d'abord, l'incompétence professionnelle du salarié peut être le motif de la proposition ; or, la Cour de cassation considère que l'incompétence professionnelle n'est pas une attitude fautive (**a-2**) ; ensuite, existe depuis la loi Aubry II un mode original de licenciement du salarié qui refuse *les 35 heures* (**a-3**).

a – 1/ La faute du salarié, source de la modification refusée

« Une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; par contre, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, au lieu et place de la sanction refusée »¹. La position de la Cour de cassation semble particulièrement claire. Elle amène les précisions suivantes.

Dans cette occurrence, la modification proposée se conçoit, *a priori*, comme une **rétrogradation** : changement de poste, parfois accompagné d'une baisse de rémunération ou d'une mobilité géographique, voire d'un inversement de la hiérarchie. Existente sans doute des hypothèses plus insidieuses dans lesquelles, objectivement, la proposition d'un nouveau poste n'apparaît pas comme une sanction, mais qui est cependant vécue comme telle par le salarié. Les voies de garage existent... Ou pire ! Prenons l'exemple d'école de ce salarié, occupé depuis 15 ans à des tâches de compatibilité au sein de l'établissement marseillais de l'entreprise : le voilà, à la suite de nombreuses erreurs constatées, muté à Paris dans un poste de chef – comptable, avec une augmentation de 900 francs. Mais il était amoureux de la Mer et de l'Olympique de Marseille...

Le refus salarial est indifférent à la qualification de la rupture ; l'employeur devra se fonder sur les faits à l'origine de la sanction disciplinaire initiale pour motiver la lettre de licenciement.

L'employeur qui sanctionne une faute doit appliquer la procédure disciplinaire, ce qui suppose le respect d'une certaine forme et celui de certains délais. Or, le législateur de 1982 n'avait pas prévu l'hypothèse du licenciement consécutif à une proposition de modification émise par l'employeur suite à des agissements fautifs du salarié et refusée par ce dernier, hypothèse où l'employeur, se fondant sur les mêmes faits, pourra exceptionnellement prononcer une seconde sanction.

On sait, d'une part, que si un délai de deux mois s'écoule entre la découverte des faits fautifs et l'engagement des poursuites disciplinaires, le salarié ne pourra plus être sanctionné pour ces faits ; d'autre part, que le salarié doit être considéré comme excusé de sa faute si, entre l'entretien préalable et la notification de la sanction, s'est écoulé un délai d'un mois.

Deux questions se posent.

¹ Soc. 16 juin 1998, n° 95 – 45.033, *Bull. civ.* n° 320, *JCP* 1998, *éd. G*, II, 10161, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN. Soc. 15 juin 2000, n° 98 – 43.400 P, *SSL* n° 998, p. 10, obs. C. GOASGUEN.

- Quel « engagement des poursuites disciplinaires » ? La première convocation à un premier entretien, suite à la découverte des faits fautifs, ou la seconde, suite au refus du salarié d'accepter la modification disciplinaire de son contrat ?

- Quelle « notification de la sanction » ? Celle qui a conduit l'employeur, lors d'un premier entretien préalable, à proposer au salarié une mutation disciplinaire ou celle qui, prenant en compte le refus de mutation, a conduit à un second entretien et à la notification du licenciement ?

Les avis sont partagés¹ ; en tous cas, il est recommandé à l'employeur de faire preuve de célérité...

a – 2°/ L'incompétence professionnelle est – elle une faute ?

Une Cour d'appel, qui constate que la modification du contrat de travail proposée par l'employeur avait pour cause l'insuffisance professionnelle du salarié, décide exactement que, dès lors que la modification n'était pas intervenue dans le cadre d'une poursuite disciplinaire, le conseil de discipline institué par la convention collective n'avait pas à être saisi².

La Cour de cassation considère que l'incompétence professionnelle n'est pas une faute et qu'à ce titre, le licenciement prononcé pour un tel motif n'a pas à respecter la procédure disciplinaire.

Cette position nous semble critiquable.

Elle contredit celle qui exige des faits objectifs de nature à justifier le licenciement. Qu'on se rappelle la jurisprudence relative à la perte de confiance : l'employeur qui veut se séparer du salarié a l'obligation d'établir des faits objectifs de nature à corroborer ses affirmations. Alors, l'incompétence professionnelle ne doit – t – elle pas s'exprimer objectivement dans la mauvaise exécution du travail ? Comment cette mauvaise exécution pourrait – elle échapper à la qualification de « faute » ? Certes, on peut être incompétent sans le faire exprès. Mais faut – il oublier que l'on peut être fautif par omission ? Faut – il oublier qu'un *infans* peut être fautif ? Faut – il mettre au placard la notion de faute objective ?

Une décision récente doit être citée³ : un directeur général avait été licencié au motif que la dégradation du climat social dans l'entreprise résultait de son manque de vision à moyen et long terme. La Cour d'appel l'avait débouté de ses demandes d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En cassation, le salarié obtient gain de cause : « en statuant ainsi, alors que le licenciement, qui avait été précédé d'une proposition de mutation consistant en une rétrogradation...comportant une diminution de salaire et d'une mise à pied conservatoire présentait nécessairement un caractère disciplinaire et que l'arrêt

1 Comp. l'opinion du Doyen WAQUET, rapport sur Soc. 16 juin 1998 et celle de C. GOASGUEN, obs. sous Soc. 15 juin 2000, précité.

2 Soc. 16 décembre 1998, n° 96 – 42.609 P.

3 Soc. 28 novembre 2000, n° 98 – 43.029 P + B, SSL n° 1007, p. 11.

attaqué ne caractérise aucune faute à la charge du salarié, la Cour d'appel a violé les textes susvisés (Art. L. 122 – 40 et L. 122 – 14 – 31) ».

Première approximation : le salarié a été licencié pour faute alors qu'aucune faute ne pouvait lui être reprochée, l'incompétence professionnelle n'étant pas une faute.

Affinage : la proposition de rétrogradation avec mise à pied conservatoire était inadaptée à l'espèce car l'inaptitude professionnelle n'est pas une faute **grave** : si l'inaptitude d'un cadre à gérer ses troupes ne doit pas être qualifiée de faute grave (et ne doit donc pas être suivie des effets d'une telle faute comme la mise à pied), cette incompétence doit être, à notre avis, considérée comme une faute sérieuse. L'employeur peut alors sanctionner son cadre incompétent en respectant la procédure disciplinaire : par exemple, en lui proposant d'abord une rétrogradation et en le licenciant, en cas de refus.

a – 3°/ Le licenciement du salarié qui refuse « le passage aux 35 heures »

Le législateur a créé récemment un nouveau mode de licenciement. En effet, en vertu de l'article 30 de la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction du temps de travail, « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail » et « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122 – 14 à L. 122 – 17 du Code du travail ».

Un jour, sans doute, un « Historien du Droit de l'Emploi » se penchera-t-il sur cette source de licenciement et relèvera qu'à l'aube du 21^{ème} siècle, un fonctionnaire du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité l'a qualifiée de « *licenciement sui generis* »¹.

Ce texte² est une concession remarquable faite aux employeurs, dans le cadre du passage aux 35 heures : ces derniers peuvent profiter des négociations qu'ils ont dû mettre en place pour proposer à leurs salariés des modifications (horaires, rémunération...) dont le refus, quel que soit le nombre de salariés concernés, ne les oblige pas à mettre en œuvre les procédures de licenciement économique. Bref, ce texte offre, ponctuellement, de la certitude aux employeurs dans une situation où ils n'en n'ont habituellement pas : lorsqu'ils sont conduits à licencier, pour motif économique, des salariés qui ont refusé la modification proposée.

1 Circulaire du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité du 3 mars 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, fiche n° 27.

2 Cf. *supra* II/ A/ 2°/ b)

b) Licenciement pour motif économique, suite à une modification refusée

Depuis que la loi s'est décidée à définir le licenciement économique¹, on sait que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant... d'une modification substantielle du contrat de travail... »².

Il est acquis que l'employeur doit examiner toutes les possibilités de reclassement et proposer au salarié dont le licenciement est envisagé, par voie de modification de son contrat de travail, un tel reclassement pour éviter le licenciement³. Lorsque l'employeur est tenu de proposer un plan social, l'inobservation de cette obligation peut avoir des conséquences désastreuses pour l'entreprise⁴...

La question qui se pose ici est de savoir comment l'employeur doit – il procéder dans la situation suivante : connaissant quelques difficultés économiques, il est amené à proposer à au moins dix de ses salariés une modification de leur contrat de travail.

Il peut penser *a priori* à l'une des trois possibilités suivantes :

- Tous les salariés concernés accepteront la modification et aucun licenciement ne sera prononcé : situation idyllique !

- Certains salariés accepteront, d'autres refuseront ; en fonction des réponses, il choisira la procédure de licenciement adéquate : si un seul refuse, procédure de licenciement individuel ; si quelques uns refusent, procédure de petit licenciement collectif ; si tous refusent, il faudra mettre en œuvre la « grande procédure »... « On sera toujours à temps de voir ! »...

- Il faut d'emblée envisager l'hypothèse dans laquelle tous refuseront et organiser, parallèlement à l'envoi de lettre individuelle proposant la modification, les procédures du grand licenciement collectif.

Un arrêt avait estimé que les licenciements consécutifs au refus par plusieurs salariés d'accepter une modification de leur contrat de travail pour un motif économique conservaient leur caractère individuel⁵. Mais la loi n° 92 – 722 du 29

1 Loi du 2 août 1989.

2 Art. L 321 – 1 C. trav. Cf. Soc. 20 octobre 1998, D. 1999, *Somm.*, p. 173, obs. I. DESBARATS : « Il résulte de l'article 312 – 1 C. trav. (sic) que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail imposée par l'employeur pour un motif non inhérent à la personne du salarié constitue un licenciement pour motif économique ».

3 Examen qui doit porter sur toutes les sociétés du groupe : cf. Soc. 20 février 1991, n° 89 – 45.485 ; Soc. 17 mai 1995 (arrêt Everite), n° 94 – 10.535. L'obligation de reclasser est-elle une obligation de moyens ou une obligation de résultat ? Sur cette question, cf. Sylvain NIEL, De l'obligation de reclassement à l'obligation de reclasser, *SSL* n° 991, p. 8. Lire aussi l'article de F. C., L'obligation de reclassement de l'employeur, *SSL* n° 1014, p. 12.

4 Nous ne reviendrons pas ici sur la question de la nullité du plan social et de ses conséquences ; cf. Soc. 13 février 1997 (arrêt La Samaritaine), *JCP* 1997, *éd. G*, II, 22843, obs. F. GAUDU, *RJS* 3/97, n° 269. Soc. 30 mars 1999, n° 97 – 41.013 P + B.

5 Soc. 9 octobre 1991 (arrêt Société Petit Bateau), n° 89 – 45.295.

juillet 1992 a contredit cette solution, en affirmant le caractère collectif des licenciements effectués dans une telle occurrence. Puis, deux arrêts sont venus semer le trouble chez les DRH en imposant à l'employeur l'obligation *préalable* de consulter le comité d'entreprise et d'établir un plan social dès lors qu'il envisage de proposer à 10 salariés au moins la modification de leur contrat de travail, et par conséquent envisage de tous les licencier en cas de refus¹.

Cette dernière position fut, semble-t-il, abandonnée en 1999 par un arrêt qui distingue les mesures qui relèvent de la gestion prévisionnelle des emplois de celles qui relèvent de la procédure de licenciement : la procédure de licenciement collectif pour motif économique ne s'applique pas lorsque l'employeur n'envisage aucune rupture du contrat de travail mais se borne à proposer des mesures de gestion prévisionnelles des emplois². Néanmoins, l'incertitude liée à un régime jurisprudentiel subsiste aujourd'hui.

3°/ L'acceptation de la proposition de modification

A quelles conditions doit-on admettre que le salarié a accepté la modification que l'employeur lui a proposée ? C'est la question que l'on peut, en dernier lieu, se poser.

Il faut d'abord, en revenant à la distinction déjà opérée selon la cause de la proposition³, combiner la jurisprudence Raquin et la loi du 20 décembre 1993 : alors qu'en cas de « modification pour cause de difficultés économiques », le défaut de réponse dans le délai d'un mois fait présumer l'acceptation⁴, l'absence de réponse expresse, dans les autres hypothèses, n'entraîne pas une telle présomption.

C'est dans ces autres hypothèses, dans lesquelles l'employeur ne se fonde pas, *a priori*, sur les difficultés économiques qui touchent son entreprise, qu'il convient d'apprécier les conditions de l'acceptation de la modification.

Jurisprudence désormais constante : le fait de quitter l'entreprise, suite, par exemple, à une modification des attributions ou de la rémunération, ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de démissionner. La démission est aujourd'hui un mode de rupture strictement encadré...

De même, ne caractérisent pas l'acceptation du salarié :

- La poursuite du contrat de travail suite à une modification du bulletin de paye⁵, même si le bulletin a été signé par le salarié⁶ ;

1 Arrêts Majorette et Framatome : Soc. 3 déc. 1996, n° 95 – 20.360 et n° 95 – 17.352 P + B, *JCP* 1997, éd. G, II, 22814, obs. J. BARTHELEMY.

2 Arrêt IBM France : Soc. 12 janvier 1999, n° 97 – 12.962. Cf. B. BOUBLI, Des précisions importantes à la jurisprudence des arrêts Framatome et Majorette, *SSL* n° 948, p. 7.

3 Cf. *supra* 2°/

4 Art. 321 – 1 – 2 al. 3 C. trav. : « à défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

5 Soc. 2 février 2000, n° 97 – 45.053 D. Soc. 1er mars 2000, n° 97 – 45.703 D. Soc. 8 mars 2000, n° 98 – 40.764 D.

6 Soc. 16 février 1999, n° 96 – 45.594 P. Soc. 31 mai 1999, n° 97 – 41.819 D.

- L'absence de protestation expresse suite à une modification du mode de rémunération¹.

Sans doute, le salarié bénéficie – t – il du droit de rétracter son acceptation², comme le salarié démissionnaire, ou le consommateur !

Bref : face au refus du salarié de voir son contrat modifié, autant vaut – il mieux, pour l'employeur, de renoncer, dans l'immédiat, à la modification³ et à réexaminer le dossier...

Resterait à se demander quel régime appliquer à une proposition de modification émanant du salarié et refusée par l'employeur⁴ ; mais c'est une autre histoire...

1 Soc. 18 avril 2000, n° 97 – 43.706 P + B.

2 Soc. 23 novembre 1999, n° 97 – 41.315 P, à propos d'une modification de la répartition des horaires d'un contrat à temps partiel.

3 Cf. Soc. 21 mars 2000, n° 98 – 44.421 D.

4 Hypothèse posée par Soc. 24 mars 1998, n° 95 – 44.738 P + B, *D.* 1998, *IR*, p. 114 : un salarié de religion musulmane occupé, dans une « grande surface », au rayon boucherie, s'étant aperçu qu'il avait à manipuler de la viande de porc avait demandé sa mutation, qui lui fut refusée...

