« DIRE NON » AU TRAVAIL : VERS UN VÉRITABLE DROIT AU REFUS DU SALARIÉ

Djamila MONES

Juin 2015

« Dire non » au travail : vers un véritable droit au refus du salarié

Djamila Mones

« Refuser en donnant des raisons, ce n'est pas refuser »[1].

Cette recherche a été réalisée dans le cadre d'une convention d'étude conclue entre l'Institut de Recherches Economiques et Sociales et la CGT - Force Ouvrière.

[1] Alain, *Histoire de mes pensées.* NRF Gallimard, 1936.

- Sommaire -

Introduction

Partie I. Le refus : une expression contrariée de la volonté du salarié

Section 1. De la difficile qualification du refus du salarié

A. Le refus : une insubordination face au pouvoir dans l'entreprise

1. Pouvoir, subordination, compression de la volonté
2. Distorsion de la figure contractuelle dans la relation de travail
3. Nécessité du droit au refus

B. Le refus : une expression nébuleuse de la volonté

1. Une notion non définie en droit, expression de la volonté
2. Distinction de la notion de refus par rapport à d'autres concepts voisins
3. La question de la forme du refus

Section 2. L'expression contrariée du refus du salarié

A. L'émergence d'un pouvoir de direction plus diffus

1. Diversification des manifestations du pouvoir de direction
2. Diffusion du pouvoir de direction dans l'ensemble des relations de travail
3. Multiplication des formes d'entreprises, éclatement du pouvoir de direction

B. La consécration d'un « pouvoir » des représentants des salariés

1. Une distinction de principe entre pouvoir et représentation
2. La négociation collective : canal du pouvoir des représentants des salariés et du pouvoir unilatéral de direction ?
3. Une réforme nécessaire en faveur de l'éclosion de la volonté du salarié

Partie II. Les métamorphoses des fondements du droit au refus

Section 1. L'érosion progressive du contrat comme fondement du refus

A. Le contrat, « socle » historique de droits intangibles

1. Fixer une frontière entre contrat et pouvoir
2. La consécration du contrat comme bouclier protecteur du refus
3. La découverte de nouveaux éléments contractuels favorables à une expression du refus

B. La fragilisation du contrat comme fondement du refus du salarié

1. Les lacunes du socle contractuel
2. Un accroissement de la sphère des conditions de travail
3. L'introduction de « clauses contractuelles de variabilité »

Section 2. La protection de la personne au travail comme fondement du refus

A. L'exigence de santé-sécurité au travail

1. La protection historique de la santé et de la sécurité au travail
2. Un droit « statutaire » au refus
3. L'aboutissement du droit au refus : le droit de retrait

B. La fondamentalisation du droit au refus

1. Le refus de l'immixtion du pouvoir dans le temps personnel du salarié
2. L'adaptation du pouvoir à la personne au travail
3. La protection de la vie personnelle du salarié

Partie III. Vers un véritable droit au refus ? La persistance d'une appréciation circonstanciée de la volonté

Section 1. Les sanctions du refus

A. Le refus légitime

1. Le refus d'une mesure qui outrepasse le cadre contractuel
2. L'ordre illégal ou illicite
3. Les refus protégés : inaptitude, représentation

B. Le refus illégitime

1. La non-exécution du contrat de travail, l'insubordination
2. L'atteinte à l'intérêt de l'entreprise
3. L'illégitimité dans l'exercice du droit au refus
4. Le refus impossible
5. Individualisation et préqualification des conséquences du refus

Section 2. Propositions pour un droit consacré au refus

A. L'information sur le droit au refus : une voie vers le refus conscient

1. Un droit au refus inefficace en l'état : une « antichambre » du licenciement
2. Le rôle de l'information dans l'effectivité du refus
3. Vers une obligation générale d'information du salarié sur son droit au refus

B. Pour un droit au refus comme recontractualisation de la relation de travail

1. « Re-civiliser » le droit du travail en valorisant l'accord des volontés
2. Encadrer juridiquement le refus : les outils civilistes
3. Renouvellement de la sanction et de la protection judiciaire du refus

Introduction

En permettant à l'individu d'exprimer et de concrétiser sa volonté, le Droit assume une posture qui fait de l'individu, doué de liberté et de raison, le souverain de sa propre existence. Il concourt ainsi à son autonomisation, et plus largement, à sa dignité.

En droit, particulièrement en droit du travail, la volonté fait encore peu l'objet d'intérêt de la part de la doctrine. En effet, « comment conférer des droits à des individus soumis à la volonté d'autrui »[2] ? La volonté est surtout saisie à travers la catégorie civiliste du consentement[3], qui est acte d'engagement, pour la conclusion d'un acte juridique. Surtout, lorsqu'une fenêtre est ouverte à la liberté du salarié, celle-ci est limitée en général à une alternative, entre acceptation ou refus d'une situation donnée[4]. Il ne s'agit que rarement de conférer au salarié le droit de refuser un fait ou un acte juridique – exception faite de situations dans lesquelles sa personne ou les droits qu'il tient de son contrat sont menacés.

L'analyse juridique ne s'arrête généralement pas au *refus du salarié*. Non-juridique, la notion est pourtant passionnante : là où le consentement est toujours entouré d'une suspicion du juriste quant à sa qualité, le refus est certainement l'expression la plus explicite de la volonté du sujet, parce qu'elle entre en opposition avec une proposition alternative.

Le désintérêt du juriste pour le *refus* explique qu'il ne fasse pas l'objet d'une définition précise. On peut néanmoins globalement le comprendre comme le fait de s'opposer à une offre, une mesure ou un acte extérieur à soi. Il peut s'agir d'une manifestation physique (refus de travailler) comme d'une expression orale ou écrite (refus de se voir appliquer telle décision unilatérale ou disposition conventionnelle). Pour H.-K Gaba en effet, « 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 »[5]. Nous nous limiterons ici au refus individuel du salarié[6]. Nous souhaiterons détacher la volonté individuelle de son « noyautage » par le droit d'expression et de représentation collective, telle qu'elle peut se manifester dans le droit de refus.

---

[2] A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », Droit social n°6 juin 1990, p. 487.
[3] T. Sachs, Propos introductifs, *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, Dalloz, 2012.
[4] M. Gourves, *La volonté du salarié dans le rapport de travail,* Thèse Université Lyon 2, 2010.
[5] H.-K Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », Droit ouvrier juin 2005, p. 242.
[6] Ce qui permettra également d'éviter toute confusion avec, par exemple, le droit de grève.

Sujet flou aux démembrements multiples, le refus est digne de notre attention parce qu'a priori illégitime, voire fautif en droit du travail : on touche ici directement à la sanction de l'insubordination du salarié, qui est – on le verra – en principe subordonné à l'employeur dans l'exercice de la relation de travail. C'est ce que souligne A. Supiot : « là où le droit des contrats postule l'autonomie de la volonté individuelle, le droit du travail organisera la soumission de la volonté »[7]. Dans le même sens, P. Adam rappelle qu'« en se plaçant volontairement dans les liens du contrat de travail, le salarié accepte d'être subordonné à son cocontractant et de se plier (dans une certaine mesure), pour le futur (et pour le temps que dure la relation contractuelle) à l'exercice de son pouvoir (que le droit objectif institue et encadre) »[8]. En refusant, le salarié s'expose donc à une sanction, voire au licenciement, pour ne pas avoir respecté les obligations nées dans le nœud contractuel. Il est vrai qu'au sein du droit du travail coexistent, d'une part, l'idée de liberté dans l'échange, d'essence libérale et individualiste, et, d'autre part, l'idée d'une subordination idéologiquement marquée du sceau du droit des personnes, lequel renvoie à une logique statutaire et communautaire[9]. La place laissée à la liberté individuelle salariée est donc limitée : sa protection est d'abord et avant tout comprise via le collectif de travail, qui partage une communauté d'intérêts avec lui.

Sans nous attarder sur la question du pouvoir en introduction, retenons que le doublement de la « capacité d'influence de l'employeur »[10], d'un pouvoir et d'une subordination juridiques intrinsèques au rapport individuel de travail, conduisent à s'interroger sur la nécessité d'un droit au refus[11]. Si le pouvoir de l'employeur a été progressivement « domestiqué », encadré par le droit[12], il n'est pas allé jusqu'à fournir au cocontractant – le salarié – une capacité de résistance absolue en la consécration d'un droit au refus. Et de ce point de vue, les déformations des manifestations du pouvoir dans l'entreprise – de la diffusion du pouvoir de direction à l'émergence d'un « pouvoir » bien réel des représentants sur leurs électeurs professionnels – rendent notre objet de recherche d'autant plus pertinent. L'ouverture d'une brèche dans la subordination lors de l'exécution de la prestation de travail sera donc le fil d'Ariane de cette étude[13].

Notre pari est d'abord de montrer que la subordination n'annihile pas la volonté du salarié ; que celle-ci peut prendre la forme ferme du refus, tant il est vrai que « la faculté de vouloir est

---

7 A. Supiot, *Critique du droit du travail,* PUF 1994, p. 110.

8 P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, Dalloz, 2012.

9 A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, 336 p.

10 P. Moussy, « Un pas en avant, deux pas en arrière : à propos de l'effet boomerang du « renouveau » du contrat de travail », *Droit ouvrier,* 1999.

11 N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination,* Thèse Université Paris II-Panthéon Assas. 2012.

12 Voir : S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », Semaine sociale Lamy 2008, supplément au N° 1340, p. 47 et s.

13 Bien sûr, on écarte ici le cas antérieur à la conclusion du contrat de travail : le salarié a toujours le droit de ne pas travailler, de refuser un travail, ou de quitter un emploi s'il le désire. C'est la liberté du travail, affirmée quoique sujette à des interrogations, notamment sur son affirmation en tant que droit subjectif.

inhérente à l'Homme, sain d'esprit, et (que) ce dernier ne s'en voit pas privé lorsqu'il se costume en salarié » (P. Adam, précit.).

Plus en avant, nous formulons la proposition d'une consécration d'un droit au refus encadré et protégé, dont le salarié serait débiteur. Cette proposition paraissait réaliste eu égard à la nature historique du droit du travail – droit marqué par les déséquilibres qu'il s'efforce parfois de corriger[14] - et d'actualité, puisque les fondements traditionnels permettant la protection du refus du salarié (canal conventionnel ; socle contractuel) apparaissent *dénaturés* et produisant une lente dissolution de la volonté individuelle dans leur propre vie juridique. Ils imposent de repenser la place du salarié subordonné et simple électeur professionnel dans l'entreprise. Le droit du travail, issu du droit commun des contrats et marqué par la place qu'il consacre à la personne du salarié[15], n'est sans doute pas étranger au droit au refus.

En outre, il est acquis que tout un mouvement légal et managérial vise à l'attribution d'une faculté de choix attachée à la qualité de salarié – volontariat, rupture conventionnelle, mobilité choisie...[16] -, marqueur de la reconnaissance de l'individu, lui donnant une certaine maîtrise de ses conditions de travail. En ce sens, le refus consacré du salarié, protégé par le droit et le Juge, illustrerait parfaitement « l'irruption sur la scène du droit du salarié-individu »[17]. Dans l'hypothèse d'un encadrement sérieux de ce droit (qui ne peut pas devenir une possibilité arbitraire de refuser, indépendamment de la bonne foi et de la loyauté dans l'accomplissement du contrat), ce droit nouveau permettrait d'asseoir un équilibrage de la relation de travail, sans pour autant remettre en cause le pouvoir de gestion de l'employeur.

D'un autre côté, l'hétérogénéisation du lien salarial (C. Bessy) fait basculer « la relation de travail dans un pur rapport de forces qui se révèle peu à l'avantage du salarié »[18]. Pour que l'individualisation des relations de travail se fasse à l'aune d'une redécouverte du contrat, et non d'un déséquilibrage accru entre employeur et salarié[19], de nouveaux remparts juridiques sont nécessaires. Pour qu'en exprimant son refus, le salarié ne se trouve pas pris au piège de sa propre volonté, pour qu'il puisse « échapper momentanément et de son propre chef au lien de subordination, sans perdre pourtant sa qualité de travailleur » il est impératif de lui offrir les moyens d'instrumentaliser judicieusement cette individualité retrouvée. Il faudra faire en sorte

---

14 Pour Alain Supiot, « la première raison d'être du droit du travail est de « civiliser » le pouvoir patronal ».

15 Le droit du travail est marqué par l'intérêt qu'il porte à la personne du salarié, dans sa dimension biologique et immatérielle. Ainsi lui garantit il sa sécurité, sa santé, le respect de son identité, au travers d'une série de dispositions qui ne cessent de s'étoffer. Ainsi de l'accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 « Vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle », discutable mais néanmoins conclu par les partenaires sociaux (CFDT, CFTC, CFE-CGC côté salarié).

16 M. Gourves, *La volonté du salarié dans le rapport de travail,* Thèse, 2011, p. 309.

17 P. Adam, L'individualisation du droit du travail : essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu, préface de A. Jeammaud et C. Marraud, LGDJ, Bibl. Droit social, T. 39, 2005, n°138.

18 C. Bessy, *La contractualisation de la relation de travail*, Droit et société, vol. 45, LGDJ, Paris, 317 p.

19 M. Gourves, *La volonté du salarié dans le rapport de travail,* Thèse Université Lyon II, 2010, p. 327.

que « le prétendu pouvoir donné au consentement du salarié » ne devienne pas « ainsi la façon la plus efficace pour se débarrasser du droit du travail et pour assurer une « flexibilisation » généralisée »[20]. Nous tenterons de montrer qu'une recontractualisation du droit du travail qui puisse asseoir un droit au refus, ne doit pas passer automatiquement par l'exclusion des partenaires sociaux, mais doit accompagner les mutations profondes qui innervent la négociation collective (voir *infra*). En effet, l'exercice de droits propres dans l'exécution individuelle du travail est « indubitablement de nature à favoriser la capacité objective de décision et d'action du salarié face au pouvoir de l'employeur » – mais n'étant pas sans risques[21], elle doit se faire prudemment.

Qu'en est-il alors en pratique ? Historiquement, la capacité et le droit au refus du salarié ont été progressivement élaborés comme une émanation de la force obligatoire du contrat, à partir de l'arrêt « Raquin »[22] – dans lequel le juge social « redécouvre » le principe de la force obligatoire du contrat issu de l'article 1134 al. 1 du Code civil. Ce droit connaît aujourd'hui des développements intéressants, sous la forme d'une européanisation de nos sources du droit, de l'audace de certaines jurisprudences permettant d'en protéger la teneur. Surtout, « versant nécessaire de l'exigence d'un accord »[23], des refus légaux ont été institués dans les hypothèses où l'accord du salarié à un dispositif est nécessaire à sa mise en application. A défaut de quoi, l'accord serait dépourvu de substance, puisqu'il serait possible de passer outre la volonté contraire du salarié. Ce droit au refus est notamment remarquable dans les hypothèses de travail dominical (article L 3132-25-4, al.2) ou de télétravail hors des locaux de l'entreprise (article L 1222-9, al. 3 Code du travail).

Néanmoins, il apparaît que l'heure est plus à la *parcellisation* du droit au refus dans diverses hypothèses où le salarié est atteint dans sa santé (droit de retrait), ses droits fondamentaux (droit de refus), ou plus simplement le contenu de l'accord qu'il a conclu et formalisé dans son contrat de travail. Au delà, il n'existe qu'une « liberté » de refuser en forme de blanc-seing qui ne préserve ni la sécurité ni la volonté du salarié : le couperet du licenciement tombera assez fréquemment. Là où un droit supposerait une protection juridique et un contrôle strict par le Juge des atteintes qui lui seraient portées[24], dans une procédure qui équilibre la charge de la preuve du salarié-défendeur, il n'y a aujourd'hui qu'une construction éclatée du refus, sur les

---

[20] M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », Droit ouvrier juillet 2012 n°768.

[21] « Tandis que la définition collective des règles régissant la relation de travail donnait à chaque salarié des titres juridiques opposables au pouvoir patronal, l'individualisation se réduirait à un démantèlement de ces droits enracinés dans le collectif. La Terre Promise de l'individu maître de sa destinée, ne sera accessible en effet qu'au petit nombre de salariés capables de donner un contenu concret à ces droits individuels. Pour tous les autres, le reflux des protections collectives laissera la place nette à de nouvelles formes de normalisation et d'exploitation ». (A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », Droit social n°6 juin 1990, p. 490).

[22] Cass. Soc. 8 oct. 1987 n° 84-41.902, M. Raquin et autre c/ Société anonyme Jacques Marchand.

[23] L. Gratton, « Volonté du salarié et droits fondamentaux », *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, 2012, pp 183-198.

[24] La « déjudiciarisation » à l'œuvre dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 ne va pas, en l'occurrence, dans le sens d'un accroissement du rôle du Juge dans la protection de son refus, notamment en cas de refus d'application d'un accord de mobilité ou de maintien de l'emploi.

fondements du contrat ou des droits de la personne au travail. Enfin, la procéduralisation manifeste des cas existants de droit de refus[25] enferme la volonté dans un carcan juridique qui rend délicate son expression dans certaines situations de travail, et son élargissement à l'ensemble du marché de l'emploi.

Finalement, c'est cet étirement multiforme du modèle historique du droit du travail, vers une érosion du contrat de travail, une diffusion du pouvoir de l'employeur dans le contrat et sous des formes « éclatées » comme l'accord collectif, les nouvelles formes de travail et d'emploi (triangularisation de la relation de travail, perte des protections élémentaires dans des pans entiers de l'activité économique), qui fondent, selon nous, l'exigence d'un droit au refus du salarié. Le paradoxe apparent d'un déclin de l'autonomie de la volonté assortie d'une individualisation du droit du travail, conduisait à légitimement s'interroger quant à la capacité de résistance du salarié comme personne et comme cocontractant.

Nous avons ainsi pensé cette étude à partir du prisme de l'autonomie de la volonté ; elle s'articule selon trois grands axes d'analyse. Nous avons d'abord envisagé le refus, sa qualification en droit, et les obstacles à son expression directe en droit du travail **(Partie 1**). Cette réflexion a pu asseoir un constat de mutation des fondements des droits actuels au refus : une érosion de la base contractuelle comme bouclier protecteur ; une protection accrue de la personne via l'essor des droits fondamentaux dans la capacité de refus offerte au salarié (**Partie 2**). Nous tentons enfin d'analyser les conséquences de ce refus en droit ; qu'il soit considéré comme fautif ou légitime, le refus engendre des conséquences diverses dont la plus discutable et la plus courante est le licenciement du salarié. Ici il est question de l'effectivité du droit au refus et de sa protection juridique. On s'intéresse assez largement à l'éventualité d'un véritable droit au refus au profit du salarié, dont l'inspiration civiliste serait à creuser (**Partie 3)**.

[25] Temps donné, délai de réflexion, forme de l'expression du refus (exprès, lettre, accompagné d'un délégué du personnel ou non...).

Partie 1. Le refus : une expression contrariée de la volonté du salarié

Cette première partie est l'occasion de qualifier le refus du salarié, opération juridiquement difficile (Section I), dont l'expression s'avère contrariée, en pratique, sous la double contrainte du pouvoir renouvelé de l'employeur et des représentants des salariés (Section II).

Section I. De la difficile qualification du refus du salarié

Cette section étudie la place du refus du salarié, insubordination contre le pouvoir dans l'entreprise (A), et dégage les caractéristiques principales du refus, comme expression non juridique de la volonté (B).

A. Le refus : une insubordination contre le pouvoir dans l'entreprise

Le refus du salarié ne peut se comprendre que comme une opposition à un pouvoir dans l'entreprise ; il est la face renversée de la subordination (1). Les distorsions évidentes qui en résultent, et creusent la relation contractuelle de travail par rapport au droit commun des contrats (2), rendent nécessaire l'aménagement d'un droit au refus (3).

1. Pouvoir et subordination

Parler de droit au refus dans une relation marquée par le pouvoir de l'employeur peut d'emblée paraître paradoxal, antinomique. En effet, avant même que le droit ne vienne encadrer les relations de travail, existait un pouvoir de fait[26] de l'employeur sur le salarié, en ce que le premier donnait au second le moyen de sa subsistance et pouvait décider des modalités de la prestation de travail. Il s'agissait – et cela demeure - d'un « pouvoir – rapport social »[27], simplement caractérisé comme « relation asymétrique tenant à l'aptitude d'un acteur à influencer le comportement d'un ou plusieurs autres »[28].

L'avènement d'un droit du travail codifié et étoffé d'une jurisprudence riche en la matière, a légitimé le pouvoir de direction de l'employeur sur ses salariés. Il l'a en même temps rationalisé. En nous tenant à une seule définition, nous pouvons définir le pouvoir de direction comme le

[26] E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004. p. 203 : « le fait du pouvoir est premier. Les employeurs n'ont pas attendu l'autorisation de la loi ou du contrat pour commander leurs salariés ».

[27] A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail», in « Le pouvoir de l'employeur », sous la direction d'A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.

[28] A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *in Le pouvoir de l'employeur,* sous la direction d'A. Jeammaud, Semaine sociale Lamy n°1340, 2008.

pouvoir en vertu duquel le chef d'entreprise peut librement choisir ses collaborateurs et prendre toutes décisions intéressant la marche de l'entreprise[29], qui s'impose dès lors au salarié. Fondé sur la propriété[30], il est aussi établi comme le pouvoir de « donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »[31]. En d'autres termes, l'employeur dispose de différents pouvoirs, de direction, de contrôle et de sanction du travail de ses salariés. Notons que ces démembrements font l'objet de controverses, qu'il s'agisse d'établir une scission entre le pouvoir de direction économique et social (A. Jeammaud) ou de les qualifier plutôt de « droits » regroupés sous trois catégories – administration, direction et gestion (G. Hébert).

Ainsi, la légitimation du pouvoir « de droit » de l'employeur a permis de dégager le concept de subordination juridique, consubstantiel du rapport de travail salarié, dont il constitue le critère privilégié d'identification (Cass. Soc. 6 juill. 1931, Bardou). En effet, la subordination est l'un des éléments du « faisceau d'indices » qui permettra au Juge de qualifier l'existence d'une relation de travail salariée. Ce critère a été préféré à celui de dépendance économique, qui avait la faveur d'une part de la doctrine[32]. Le fameux arrêt « Société générale » du 13 novembre 1996 affirme ainsi que : « le lien de subordination est le travail exécuté 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 »[33]. La subordination s'exprime alors dans l'idée de sujétion du salarié à l'autorité de l'employeur – et logiquement, le pouvoir de direction s'exerce lui dans le cadre d'un lien juridique de hiérarchie. C'est parce que le salarié lui est subordonné que l'employeur peut, librement, se dispenser de son accord pour passer des actes juridiques (modification de ses conditions de travail, proposition de mobilité, etc.) qui, dans toute autre situation contractuelle, aurait nécessité qu'il se penche sur l'accord de son cocontractant. C'est également à ce titre que le refus du salarié n'est pas *naturel* en droit du travail.

Cela est d'autant plus vrai que selon une vision volontariste, la notion de subordination juridique trouverait son fondement dans la liberté initiale du salarié, qui s'est sciemment placé sous l'autorité de l'employeur, en concluant un contrat de travail qui va consacrer leur inégalité lors de sa réalisation. Il n'y aurait donc pas, a priori, de place pour une quelconque « contrainte » (à tout le moins y aurait-il contrainte « heureuse », selon l'expression de F. Lordon[34]). Les volontés

---

29 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 1987, pp. 700-701.

30 Pour une théorie institutionnaliste du pouvoir de l'employeur, voir : P. Durand, « Traité de droit du travail », Dalloz 1947, t. 1, p. 437. mais aussi : Cass. soc., 16 juin 1945, Dr. soc. 1946. 427, n. P. Durand.
Cette théorie présente l'inconvénient majeur d'auto-légitimer le pouvoir de l'employeur, tout en rendant difficilement saisissable les limites et les abus que le salarié pourrait vouloir dénoncer. Elle ne pourrait que péniblement asseoir un véritable droit au refus au bénéfice de ce dernier.

31 Cass. Soc. 13 novembre 1996, n°94-13187

32 P. Cuche, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », Rev. crit. législ. et jurispr. 1913. 412.

33 Cass. Soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187

34 F. Lordon, *Capitalisme, désir et servitude, Marx et Spinoza*, La Fabrique, 2010, 213 p.

libres se seraient accordées. Le droit au refus n'aurait donc pas droit de cité.

2. Une distorsion de la figure contractuelle dans la relation contractuelle de travail

Ce qui se fait jour alors, est que « la réalisation du contrat de travail – et donc l'application du droit du travail – est indissociable d'un raisonnement en terme de pouvoir (…). En effet, le droit du travail implique au bénéfice de l'employeur un pouvoir de direction destiné à assujettir la personne du travailleur. Ce constat d'une *soumission volontaire* du travailleur heurte d'évidence le postulat contractuel où sein duquel l'*autonomie* et, partant, la *liberté* de la volonté des deux parties au contrat, font loi (…). Là où le droit des contrats postule l'autonomie de la volonté individuelle, le droit du travail organisera la soumission de la volonté » (A. Supiot)[35]. Pour S. Nadal, le droit du travail apparaît alors comme « un droit de l'assujettissement »[36] ; en définissant les conditions d'exercice du pouvoir de l'employeur, et en organisant la protection du salarié comme partie faible au contrat, la légitimation de la subordination est d'autant renforcée.

Alors que toutes les autres définitions du pouvoir en droit privé ressortent d'une attribution extraordinaire (qu'elle provienne du Juge, de la Loi, d'une nécessité liée à l'exercice des droits parentaux), une distorsion évidente du droit commun naît et mûrit dans la relation de travail, paralysant la capacité de résistance du salarié[37]. La figure du contrat se trouve en fait et en droit distendue au travail, et c'est ce qui motive une réflexion sur le refus. Parce que le pouvoir est *logé* dans le contrat, qu'il est la conséquence de l'accord des volontés sur la signature d'un contrat de travail, il opère des conséquences particulièrement lourdes pour le salarié contractant, et sur son droit de refus. « Alors que dans le contrat civil la volonté s'engage, dans la relation de travail elle se soumet. L'engagement manifeste la liberté, la soumission la nie. Cette contradiction entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté aboutit à ce que le salarié, en tant que sujet de droit, disparaît de l'horizon du droit civil lorsqu'il rentre dans l'entreprise pour laisser place à un sujet tout court, soumis au pouvoir de normalisation du chef d'entreprise »[38]. En effet, les principes d'égalité juridique des parties et de liberté contractuelle se révèlent en décalage avec le déséquilibre fondamental de la relation établie entre employeur et salarié[39]. La volonté du salarié se retrouve non seulement déformée en amont, mais instrumentalisée en aval[40]. Au stade précontractuel, le contrat de travail se rapproche

---

35 A. Supiot, précit.

36 Sophie Nadal, « Egalité en droit du travail, quelques réflexions », *in* L'égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives, sous la direction de Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi. 2000. pp. 211-226.

37 C. Sintez, « De la subordination à la domination du salarié : la « preuve sociologique » par le temps de travail. 18 juillet 2012, RDT 2012, p. 406.

38 A. supiot, précit.

39 Ainsi, P.-Y Verkindt évoque « la contradiction entre le postulat de l'égalité juridique et abstraite des contractants et l'inégalité fondatrice de leurs situations respectives » (P-Y. Verkindt, « Le contrat de travail, modèle ou anti modèle du droit civil des contrats ? », in La nouvelle crise du contrat, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003)

40 Contra. H. Charmettant qui parle d'intentionnalité intermédiaire ; selon lui, il n'y a pas d'intentionnalité nulle. H. Charmettant, « Un enrichissement de l'anamuse économique de la relation d'emploi », *L'Harmattan I, Cahiers d'économie Politique,* 2012/1-n°62, pp. 37-73.

dangereusement du simple contrat d'adhésion[41], crise de l'emploi oblige. Au stade de son exécution, le contrat de travail devient instrument entre les mains de l'employeur (voir *supra*) ou réceptacle de dispositions conventionnelles négociées par les représentants du salarié[42]. Alors, le contrat ne fait pas l'objet d'une entière appropriation par le salarié lui même. Alors que l'employeur est en mesure de gérer l'imprévisibilité qui pourrait, qui va affecter la relation contractuelle, en usant de son pouvoir de direction, le salarié ne dispose pas d'un droit de réponse ou d'un outil de flexibilisation similaire.

C'est pourquoi une partie de la doctrine dénonce « l'aporie » de la soumission volontaire dans le contrat de travail, et les dangers inhérents à la stricte application de la loi des parties[43]. Le couple formé par le pouvoir et la subordination juridiques empêchent a priori de penser le refus. Mais cela le rend il moins nécessaire ?

3. La nécessité d'un droit au refus en faveur du salarié

Dans ce contexte, comme le souligne P. Lokiec, « la question du refus est indissociable de la problématique de la subordination »[44]. Or, si avec M. Foucault nous pouvons retenir que le pouvoir n'existe qu'à partir du moment où l'on en constate l'effectivité ; qu'il est « moralement neutre » alors à partir du moment où il y a désobéissance au pouvoir – remise en cause de la légitimité du pouvoir – ce dernier est atrophié. Le refus non seulement fait disparaître le pouvoir, mais encore devra-t-il s'imposer lorsque la décision excède les limites de la sphère de la subordination. Le droit au refus opère à tout le moins une conciliation forcée entre la subordination et le pouvoir dans l'entreprise. Il allège le poids de la première, et grève le second.

Le droit au refus redéfinit la permanence du lien de subordination vis à vis de l'employeur, en étant par principe illégitime. C'est bien dans ce sens que la chambre sociale estimait, dans un arrêt rendu le 8 janvier 1997, que[45] le refus d'un changement des conditions de travail « constitue, en principe, une faute grave »... Si aujourd'hui la jurisprudence a été assouplie (le

---

Voir également la théorie des incitations (JENSEN et MECKLING), en vertu de laquelle dans une entreprise « nœuds de relations contractuelles », la relation d'emploi n'est qu'une variété conclue avec des individus (les salariés) dotés d'une rationalité substantive illimité, c'est à dire de capacités calculatoires nécessaires pour juger de ces contrats. Les contrats se formeraient selon « une poignée de main invisible » (OKUN).

41 P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Thèse, Collection Bibliothèque de Droit privé, 2004.

42 P. Adam, « en se plaçant volontairement dans les liens du contrat de travail, le salarié accepte d'être subordonné à son cocontractant et de se plier (dans une certaine mesure), pour le futur (et pour le temps que dure la relation contractuelle) à l'exercice de son pouvoir (que le droit objectif institue et encadre) ». (P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation du rapport de travail », *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, 2012, pp. 31-46).

43 Ainsi dans le fameux arrêt des « sabots » : la salariée qui a contrevenu au port de sabots dans l'atelier a pu être sanctionnée au paiement de l'équivalent de deux semaines de salaire, parce que la sanction était prévue par un texte « de nature conventionnelle ». (Cass. Civ. 14 février 1866).

44 P. Lokiec, « Refuser », précit.

45 Cass. Soc. 8 janvier 1997, n°94-42050.

refus ne constitue désormais plus qu'une cause réelle et sérieuse de licenciement[46]), il n'en demeure pas moins *anormal*. En tant qu'acte d'insubordination, il est sanctionné, que ce soit disciplinairement ou par la rupture des relations contractuelles.

Pourtant, si l'employeur peut se satisfaire de l'imprévisibilité contractuelle, des éléments extérieurs qui impactent la réalisation d'un contrat de travail à exécution successive voire indéterminée, en usant de son pouvoir de direction, ne doit-on pas concevoir que le salarié puisse disposer lui aussi d'un outil de « gestion » ou du moins de réponse face à l'imprévision de ses conditions de travail, voire de son contrat ? La flexibilité et la sécurité ne doivent-elles pas être réparties équitablement entre les parties ? L'employeur et les agents de la négociation collective pouvant unilatéralement porter atteinte à l'immutabilité de l'engagement contractuel, ou aux conditions de son exécution, il semble logique et même nécessaire que le salarié, cocontractant, dispose d'un droit au refus. Cela à moins de dénaturer fondamentalement le principe même de contrat et d'autonomie de la volonté. En effet, si le salarié a pu consentir ou vouloir « malheureusement » signer un contrat de travail, il peut très bien refuser les inductions ultérieures du pouvoir de direction qui se manifesteraient dans la réalisation du contrat de travail. De cette impérieuse nécessité du refus, nous ne pouvons pourtant pas tirer de définition juridique générale (B).

B. Le refus, une expression non « juridique » de la volonté

Le refus est une notion nébuleuse, expression de la volonté du sujet (1). Ces débats sur le fond de la notion se retrouvent quant à sa forme (2). En tout état de cause, il conviendra de distinguer précisément le refus de notion juridiques proches (3).

1. Une notion nébuleuse, expression de la volonté

Le refus n'est pas une notion « juridique ». Nous avons eu l'occasion de l'évoquer en introduction : le droit du travail ne s'y intéresse pas ni même ne le définit. Seules existent donc les définitions relevant du langage commun. Le Dictionnaire Larousse rappelle que « refuser » trouve son origine dans « le latin populaire *refusare*, croisement du latin classique *recusare*, refuser et *refutare*, repousser ». C'est « ne pas accepter ce qui est offert, proposé par quelqu'un ; ne pas adhérer à quelque chose, le rejeter ; ne pas répondre positivement à la demande de quelqu'un ; ne pas vouloir faire quelque chose »[47]. De son côté, M. Gourves insiste sur la spécificité du refus par rapport à d'autres expressions de la volonté. Elle relève que « le refus n'est pas seulement l'opposé étymologique du consentement, il relève d'une manifestation de

[46] Cass. Soc. 23 février 2005, n°03-42.018.
[47] Dictionnaire Larousse, 2012, XXXII p.

choix libérée de l'emprise de l'autre, permettant une prise de décision autonome et différenciée ». C'est donc un choix personnel, raisonné, qui tend à limiter le pouvoir de décision d'une altérité (personne physique ou morale) dans son propre champ d'action. Le refus est la manifestation d'une volonté alternative, manifestée dans une négation d'une expression extérieure. *Lato sensu,* c'est à dire au delà d'une réponse orale ou écrite, on peut considérer le refus comme une absence d'action, une non-exécution. Alors il désigne le fait de se soustraire à l'accomplissement d'un devoir, l'abstention ou la résistance opposée à l'exécution d'une obligation[48].

Surtout, le refus est avant tout une expression de la volonté de la personne, qui ne disparaît pas en dépit du lien de subordination. Comme le souligne P. Adam, « la faculté de vouloir est inhérente à l'Homme, sain d'esprit, et ce dernier ne s'en voit pas privé lorsqu'il se costume en salarié »[49]. Le refus est une expression immédiate de la volonté[50]. G. Cornu définit cette dernière comme la faculté de vouloir, l'« aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte (conscience) et à se décider, condition de validité d'un acte juridique (le défaut de volonté résultant d'un trouble mental justifiant l'annulation de l'acte ; condition de la responsabilité délictuelle ou contractuelle) ». En ce sens, la volonté est d'abord une question *de fait*, appréciée au cas par cas : elle se distingue de la capacité, aptitude légale ; et même de l'intention (qui est une volonté tendue vers un but). G. Cornu souligne surtout l'étroite imbrication de la volonté avec la notion de consentement : pour lui, le fait de vouloir est ainsi l'« acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique, qui comprend un élément psychologique (volonté interne) et un élément d'extériorisation (volonté déclarée) »[51].

Le refus tel qu'il se manifeste ne peut pas, en revanche, être caractérisé par la formation d'un acte juridique. En effet, il est bien plutôt un acte de non-formation, d'annihilation d'un acte juridique. Par exemple, en refusant la proposition offerte par un plan de départ volontaire ou en refusant une sanction, le salarié engage davantage un vide juridique plutôt qu'il ne tend à tisser de nouveaux liens contractuels. Entre fait et acte juridique, la définition du refus reste donc nébuleuse. En principe, on sait que l'acte juridique suppose la production d'un effet de droit grâce à une expression de la volonté ; or, ce n'est pas le cas du refus, qui empêche justement leur survenance au profit d'un statu quo. Les faits juridiques sont désignés comme des situations ou des actions qui entraînent « par leur existence même, une création, une modification ou une transformation des droits » ; même si ces faits ou actions sont volontaires, ils demeureront « des faits juridiques au sens étroit du terme, dès lors que l'effet juridique qu'elles produisent n'a pas

[48] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 1987, p. 784.
[49] P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, Dalloz 2012.
[50] « Par la volonté, la personne humaine manifeste sa puissance, sa capacité à poser elle-même sa propre loi, sa liberté » (A. Frison-Roche).
[51] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 1987, p. 784.

été voulu »[52]. En ce sens, nous pensons avec d'autres que le refus est avant tout un fait juridique[53]. Les conséquences juridiques que sa volonté produit, sont le fait de la volonté de l'employeur.

2. La question de la forme du refus

Ces divergences quant à la définition exacte du refus se retrouvent quant à sa traduction formelle. Quelle est la forme du refus ? Fait juridique, le refus ne répond pas d'une obligation formelle précise. Il est acquis qu'il est, pratiquement, difficile de saisir juridiquement la volonté (voir paragraphe précédent). N'est-ce pas O. Pfersmann qui écrit par exemple : « il paraît impossible de saisir immédiatement cette dimension intérieure (du vouloir) selon des procédures qui permettraient d'en faire directement une condition d'imputation et/ou de validité d'un acte (juridique) », cela justifiant que « les normes juridiques s'appuient par conséquent sur des manifestations directement observables qu'elles instituent comme étant la manifestation de la volonté de l'auteur » ? Parce que factuelle, intérieure au sujet et non extensible *a priori* à l'ensemble d'une catégorie de personnes partageant un dénominateur commun – le salariat -, la volonté est riche et variable. Le droit doit donc souvent se cantonner à son expression réelle.

Pour G. Cornu[54], la volonté déclarée est exprimée par une déclaration écrite ou orale ou même par gestes. L'auteur reconnaît aussi l'existence d'une volonté exprimée tacitement – qui ne dit mot consent, qui s'exprime tacitement aurait voulu. Mais « la volonté est d'abord et avant tout la (re)construction judiciaire d'un reflet » (P. Adam)... Or, si en principe en droit des contrats, « le silence vaut acceptation », ce n'est pas le cas en droit du travail. Le silence du salarié vaut, *a priori*, refus – par exception, noter le cas du silence opposé à une proposition de modification du contrat de travail pour motif économique, qui vaut acceptation.

Non juridique, le refus pourra donc autant prendre la forme d'une opposition verbale ou physique à un ordre – refus d'obtempérer – qu'une absence de conformité à un ordre donné par le supérieur hiérarchique. Dans cette hypothèse, le silence en cas de proposition serait un refus ; le refus tacite serait juridiquement valide. Il pourrait être étendu aux cas d'inaction ou d'action contraire ou non conforme à la mission dont le salarié devait répondre. Parfois, la loi organise un délai de réflexion dans le cadre des mesures soumises à l'acceptation du salarié (ainsi de la modification du contrat pour motif économique[55]). Dans d'autres, la procédure existe peu, ou

[52] F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6e éd., n°156 et s.
[53] H.-K Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », Droit ouvrier juin 2005, p. 242.
[54] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 1987, p. 784.

[55] Article L. 1222-6 du Code du Travail : « Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre

pas (droit de retrait[56], qui ressort d'une situation d'urgence). Somme toute, il serait inadapté d'évoquer un « régime » du droit de refus du salarié, tant la diversité des situations dans lesquelles il s'exprime conduirait davantage à évoquer *des régimes*, construits aussi au fil de la jurisprudence et des cas d'espèce. En ce sens, « le refus du salarié ne dispose pas d'un cadre juridique de portée générale mais relève plutôt de cadres juridiques disparates et hétéroclites »[57].

En appliquant cette définition protéiforme, serait admis un droit au refus étendu, et potentiellement protecteur pour le salarié s'il n'est pas utilisé contre lui – par exemple en alléguant d'un refus d'acceptation d'un accord collectif de maintien de l'emploi (art. L 5125-1 du code du travail), qui permette discrètement et rapidement son licenciement. En revanche, une différence doit selon nous être faite ; pour la formation d'un acte juridique, la volonté recèle nécessairement une intention, la recherche délibérée de l'effet de droit que l'acte est destiné à produire. De la même manière, le refus exprime bien un mobile, une intention, mais il ne vise pas à la conclusion d'un acte juridique. Il ne vise qu'à *ne pas* suivre l'offre qui a été faite. Le contrôle du refus du salarié doit donc être celui, par le Juge, de l'intention *réelle* et non seulement exprimée du salarié, voire de ses mobiles pour s'assurer de la réalité de son opposition. Enfin, rien n'indique pour l'instant que le refus doive être cantonné dans un délai suffisant, ou doive nécessairement être exprimé aux temps et lieux de travail. Le Juge prud'homal aurait en tout état de cause le dernier mot sur ces questions, qui relèvent davantage de la casuistique.

Cette divergence procédurale, la variabilité du refus, permet de le distinguer de d'autres notions juridiques, démembrements de la volonté mais plus solidement définies en droit.

3. Distinction de la notion de refus d'autres concepts voisins

Individuellement d'abord, le refus n'est pas un acte de dénégation. Il est bien un démembrement de la volonté, mais en ce sens, il n'est pas la soumission[58], l'acceptation[59], le consentement[60] voire la renonciation[61].

---

recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus […] ».

[56] Articles L4131-1 L4131-3 L 4132-1 L4526-1 D 4132-1 et suivants du code du travail

[57] H.-K Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », Droit ouvrier juin 2005, p. 242.

[58] Action ou fait de se mettre sous le pouvoir d'une autorité contre laquelle on a lutté ; acceptation d'une autorité intellectuelle ou morale (Dictionnaire Larousse).

[59] Action d'accepter, de recevoir, d'agréer quelque chose ; consentement, accord (Dictionnaire Larousse).

[60] Rencontre de deux ou plusieurs volontés sur un contrat projeté. « En matière de contrats, le terme consentement est pris dans deux sens différents. Dans son sens étymologique (cum sentire) il exprime l'accord des volontés des parties sur le contrat projeté [...] Dans une acception plus restreinte [...] il désigne l'acquiescement donné par chacune des parties aux conditions du contrat projeté [...] » (Planiol et Ripert, Traité, t. 6, n° 94, p. 99)

[61] En renonçant, le salarié se « dépossède volontairement pour l'avenir d'une prérogative qu'il aurait eu la faculté de faire valoir, causant ainsi son extinction. C'est donc un acte de disposition qui modifie le « patrimoine » des droits du

Le refus est avant tout l'expression d'une individualité opposée un projet alternatif antérieurement proposé. En tant que fait juridique (voir *supra*), il ne peut être confondu avec la démission ou la renonciation, parce qu'elles sont des expressions de la volonté du salarié qui visent à la production d'effets de droit – la rupture du lien contractuel, l'inapplication d'un droit. Or, le refus est marqué par le caractère non voulu des effets qu'il produit, à savoir, généralement, le licenciement ou la sanction.

Le refus, individuel, ne peut pas non plus être confondu avec la grève. Celle-ci est une expression collective du refus, bien que le terme n'apparaisse pas dans le texte légal. Elle est définie par la jurisprudence comme un arrêt de travail collectif et concerté en vue de faire aboutir des revendications professionnelles[62]. Là où la grève est instrument de revendications nouvelles ou de respect de leurs droits par l'employeur, le droit au refus accordé au salarié n'intervient aujourd'hui qu'à titre défensif, contre une mesure déjà adoptée ou proposée par l'employeur au salarié. La confusion entre les deux notions n'est pourtant pas improbable. Elle est alimentée par le législateur lui même : dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (ANI) désormais formalisé dans une loi du 14 juin 2013[63], est ainsi envisagée l'hypothèse d'un refus de « plus de dix personnes de se voir appliquer un accord collectif de maintien de l'emploi »... Cependant, l'organisation d'un collectif, le refus groupé des salariés n'entrerait pas dans la définition du droit de grève. En ce sens, le flou entretenu entre deux notions permet une certaine plasticité desservant la protection *de facto* de la volonté, tant individuelle que collective, du salarié dans l'entreprise.

Nous nous attardons dans une deuxième section sur les contrariétés existantes et évolutives à l'expression par le salarié, de son refus (Section II).

Section II- L'expression contrariée du refus du salarié

L'expression pleine et entière du refus du salarié se heurte à deux écueils majeurs : d'une part l'émergence d'un pouvoir de direction plus diffus (A), de l'autre la consécration d'un véritable « pouvoir » des représentants des salariés sur ces derniers (B).

A. L'émergence d'un pouvoir de direction plus diffus

L'émergence d'un pouvoir de direction plus diffus se fait à l'aune d'une triple évolution. D'abord, le droit au refus du salarié se trouve contraint par la diversification des manifestations du pouvoir

salarié, et constitue un engagement juridique important qui impose un acte volontaire dénué d'équivoque qui sera généralement formalisé par écrit ». (M. Gourves, Thèse, précit. p. 153).

[62] Cass. Soc. 29 mars 1995, n°93-41.863

[63] Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi

de direction (1) ; ensuite, ce dernier tend à se diffuser dans l'ensemble de la relation de travail (2) ; enfin la multiplication des formes d'entreprises et des pouvoirs achève de rendre complexe voire impossible le refus individuel du salarié (3).

1. Diversification des manifestations du pouvoir de direction

Comme souligné *supra*, le pouvoir de direction de l'employeur connaît des démembrements multiples. Leurs manifestations sera l'occasion – licite ou non – pour le salarié d'y opposer son refus. Selon nous, plusieurs évolutions sont à l'œuvre, qui impactent négativement le droit de refus du salarié en pratique. Nous n'en retiendrons que deux, symptomatiques des évolutions globales à l'œuvre en droit du travail.

D'abord, on assiste à un renforcement du pouvoir d'organisation et de gestion de l'employeur, à la défaveur du pouvoir de direction « pur » en forme de décisions unilatérales (règlement intérieur et sanctions en sont les exemples topiques). Ce faisant, le projet de réorganisation – restructurations, par exemple – sera bien plus difficile à atteindre et contrer pour le salarié seul, puisque seuls les représentants seront habilités à l'information-consultation[64], dans le meilleur des cas à la négociation dudit projet. Cette évolution fait évidemment la part belle à une montée du « pouvoir » des représentants (voir *infra*). Dans ces hypothèses de direction *assouplie*, le salarié n'est plus contraint immédiatement ou aussi durement par le pouvoir de direction de son employeur. Ses représentants peuvent même y prendre part. Cette première évolution est observable dans le champ des relations collectives de travail, mais elle touche immédiatement le salarié comme individu lors de l'entrée en vigueur de l'acte négocié.

Ensuite, et de manière *a priori* contradictoire, le pouvoir de l'employeur se serait peu à peu désinstitutionnalisé (départi de son autorité), opérant un revirement chronologique vers une relation de travail plus factuelle et moins contrôlée par le droit[65]. Tel que le souligne H. Charmettant, « la relation d'emploi devient déterminée par la confrontation des pouvoirs tirées des ressources mobilisables par chacune des parties, plutôt que par des règles normatives qui établissent la justice de l'ordre hiérarchique »[66]. Alors que dans la relation de pouvoir, il y a aussi asymétrie des droits et pouvoirs des parties, celle-ci provient de la distribution inégale des ressources. En revanche dans la relation d'autorité, il y aurait une forme d'intention initiale de la part de la partie subordonnée - une « *intentionnalité intermédiaire »,* car toute la relation ne

[64] Articles L2323-15 et L. 2323-16 du Code du travail.
[65] Même, pour des auteurs comme Alchian et Demsetz, il faut procéder à une assimilation de la relation de commandement hiérarchique à celle de commande commerciale : « la firme n'a pas de pouvoir d'imposition, pas d'autorité, pas la moindre action disciplinaire de plus que le contrat marchand ordinaire conclu entre 2 personnes quelconques ».
[66] H. Charmettant, « Un enrichissement de l'anamuse économique de la relation d'emploi », *L'Harmattan I, Cahiers d'économie Politique,* 2012/1-n°62, pp. 37-73.

dépend pas d'un calcul individuel. De la désinstitutionalisation du pouvoir de l'employeur résulterait donc une plus grande soumission au pouvoir unilatéral de ce dernier, où le pouvoir de direction cèderait le pas à un pouvoir d'essence contractuelle. Ces mutations du pouvoir de direction aboutissent de la sorte à *réactiver des rapports de force*, en ramenant la relation d'emploi vers le paradigme du pouvoir. Dans ce cadre, la capacité de refus du salarié comme intention, marque d'une volonté interne, devient plus réduite. Cette seconde évolution du pouvoir de direction est observable dans le champ des relations individuelles de travail. Elle intervient en complément de la première.

En ce sens, il y a bien « revirement » dans le sens d'une évolution à rebours de l'évolution historique du droit du travail, ambitionnant de « civiliser » l'exercice du pouvoir de direction.

2. Diffusion du pouvoir de direction dans le droit du travail

Cette diffusion du pouvoir de l'employeur s'opère dans le contrat, d'abord. Nous éviterons de nous attarder ici sur ce point, que nous étudierons plus précisément *infra,* en Partie 2. Notons que cette entrée du pouvoir dans le contrat se manifeste notamment par la diversification des sources du droit concurrentes au contrat ou susceptibles de modifier la relation d'emploi. La chambre sociale a par exemple admis que la dénonciation d'un usage portant sur la rémunération n'entraine pas de modification du contrat de travail, seulement une modification des conditions de travail[67], la solution ne permettant pas au salarié d'exprimer son refus. Cela veut dire que des sources professionnelles portant sur le même objet que l'accord des parties au contrat peuvent interférer avec ce dernier sans que le salarié puisse s'y opposer. Cette confusion entre pouvoir et contrat se traduit également dans le cadre de la sanction dont le salarié fautif peut faire l'objet. Les rapports entre sanction et contrat, en principe distincts, sont confondus dès lors que l'employeur peut faire du contrat un outil de sanction. Il a ainsi été décidé que pour sanctionner un comportement fautif, l'employeur pouvait mettre en œuvre la clause de mobilité et muter le salarié dans un autre établissement, à condition que le fait fautif existe et justifie son déplacement[68]. Il y a dès lors diffusion du pouvoir de sanction dans le contrat, caméléon juridique prenant tour à tour la forme des clauses « activables » en temps voulu par l'employeur.

Cette diffusion du pouvoir de direction opère également dans le champ des relations collectives de travail, et impacte indirectement le droit au refus. Là encore, nous avons choisi d'analyser cette question en sens inverse, du point de vue collectif, dans le point (B) de cette section. Notons que cette diffusion du pouvoir de direction s'effectue via l'élargissement de la négociation collective obligatoire à des objets en principe dévolus au pouvoir unilatéral de l'employeur : la

[67] Cass. soc., 7 avr. 1998, n° 95-42.992.

[68]Cass. soc., 20 déc. 2006, n°05-44.345.

mobilité des salariés, leur employabilité, leur reclassement, leur formation, la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Ce faisant, les représentants du salarié ont l'obligation de se saisir de ces objets pour négocier – mais non pas nécessairement conclure – là où, éventuellement, une obligation pure et simple pèserait sur l'employeur comme partie loyale au contrat (formation, reclassement). Dans ces hypothèses, aucune procédure n'est prévue par le droit pour que le salarié puisse refuser ce type de dispositions, d'autant que le pouvoir ne s'affirme pas ouvertement comme tel.

3. Multiplication des formes de l'entreprise, éclatement du pouvoir de direction

Le cadre dans lequel le refus peut s'exprimer, son environnement juridique, enregistre lui aussi des mutations qui suivent celles du pouvoir de l'employeur. L'externalisation de pans entiers de l'activité économique de l'entreprise (et son noyautage sur le « cœur de métier ») comme la filialisation, font obstacle à une vision globale permettant au salarié d'agir contre le pouvoir de direction *initial*, ne pouvant éventuellement s'adresser qu'à un délégataire du pouvoir. C'est la même dynamique qui est à l'œuvre dans le cas de la « triangularisation » de l'emploi, entre un salarié, une agence d'intérim ou de portage, et une entreprise utilisatrice. La multiplicité des centres d'activité et des délégués de l'employeur, l'intrication des pouvoirs de direction, de gestion et d'administration, qui pourront être dispersés en fonction des établissements et de la vie économique de l'entreprise, empêchent concrètement le salarié de refuser valablement une mesure de direction ou d'organisation qui lui serait imposée.

Cette dispersion de l'emploi, aggravée d'un recours à l'intérim ou aux contrats courts comme modalité récurrente – flexible – de gestion, ne favorise pas la connaissance ou la confiance dans le cadre de travail, pas plus qu'elle ne permet au salarié de s'insérer réellement dans le cadre collectif de représentation de ses intérêts. En cas de mutations ou de transformations de l'organisation voire de la structure de l'entreprise, le salarié ne pourrait pas plus faire valoir l'expression de sa volonté. En ce sens, le défaut de coïncidence du droit du travail avec, par exemple, les décisions de restructurations, s'avèrent un frein au droit au refus du salarié.

Ces nouvelles formes d'entreprises conduisent à douter de l'émergence d'un droit au refus, à moins de l'attacher au « bagage juridique personnel » de l'individu, indépendamment de son contrat de travail et de sa situation d'emploi, c'est à dire comme droit fondamental ou droit statutaire. Le même constat d'un « écrasement » de la volonté du salarié peut être fait si l'on se penche sur la représentation collective dans l'entreprise, propre à l'émergence d'un « pouvoir » des représentants des salariés sur ces derniers (B).

B. La consécration d'un « pouvoir » des représentants des salariés

La consécration d'un « pouvoir » des représentants des salariés sur ces derniers s'est faite graduellement. Elle n'est pas naturelle, en atteste la distinction de principe, en droit, entre pouvoir et représentation (1). Bon an mal an, les mutations de la négociation collective ont pourtant permis de faire du « dialogue social » le canal d'un pouvoir des représentants des salariés et du pouvoir de direction dans l'entreprise (2). Ces profondes métamorphoses appellent dès lors à une rénovation juridique en faveur d'un droit individuel au refus du salarié (3).

1. Une distinction de principe entre pouvoir et représentation

Nous interrogeons ici le « pouvoir » syndical et la représentation élue, qui bénéficient non pas du rempart de la liberté d'entreprise ou du pouvoir de subordination, mais de l'onction démocratique constituée par le vote aux élections professionnelles. Or, élire ponctuellement est-ce vouloir uniformément, accepter toute décision ultérieure ? Ne court-on pas le risque d'un passe-droit en faveur de la représentation élue et syndicale, en forme de pouvoir nouveau dans l'entreprise, qui fasse converger pouvoir et représentation ?

En principe, les notions de pouvoir et de représentation sont exclusives en droit. Parce que le pouvoir se définit comme « la maîtrise de fait, la force, la puissance », la maîtrise effective[69] ou l'aptitude d'origine légale à exercer les droits d'autrui et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue, les deux notions ne sont pas normalement corrélées. C'est à dire que le rapport de représentation juridique n'implique pas que le représentant dispose d'un pouvoir sur celui qu'il représente. Cela est valable que l'on comprenne le pouvoir comme une prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien ; ou simplement comme les attributs d'un droit subjectif. C'est d'autant plus vrai en droit du travail que la représentation collective vise justement à contrebalancer le pouvoir (de l'employeur) dans l'entreprise[70]. En droit, là où le mandat[71] ou la délégation supposent l'existence d'un pouvoir, la représentation ne le requiert pas. « Le syndicat n'est pas le mandataire du salarié, mais seulement le représentant de l'intérêt collectif », tranche M.-L. Morin. Ainsi, le mandataire exerce un pouvoir sur le mandant (elle a la capacité de décider en lieu et place du mandant). En revanche, parce qu'il s'agit d'un « autre soi » (représentation-

[69] Par exemple, le pouvoir d'usage de contrôle et de direction qui définit la garde d'une chose inanimée

[70] G. Borenfreund insiste sur la distinction entre représentation des salariés et représentation parlementaire, que le discours politique tend à fondre en une seule nécessité : la démocratie politique et sociale. « Alors que la seconde est attachée à l'affirmation d'une souveraineté, la première a pour raison d'être la défense de la collectivité des travailleurs, face à un pouvoir dont les employeurs et l'Etat sont admis comme détenteurs ».

[71] Dans la définition communément admise du mandat (article 1984 du code civil), on comprend l'acte par lequel une personne, le mandant, donne à une autre personne, le mandataire, le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom et pour son compte. Le mandataire exerce sa mission en toute indépendance. Débiteur d'une obligation de reddition (ses fautes peuvent engager sa responsabilité), il peut en revanche faire valoir ses droits à l'encontre du mandant. Cette définition ne pourrait valoir que pour les adhérents du syndicat, ou si les clauses de closed-shop étaient admises en droit français.

miroir), le droit fait le choix de ne pas distinguer la volonté du représentant de celle du représenté. On écartera ici les recherches approfondies sur la nature de la relation entre le salarié et ses représentants[72].

Par contre, le représentant doit agir « dans l'intérêt du représenté » - mais non pas dans « le respect de sa volonté », ce qui serait beaucoup plus contraignant !- ce qui laisse à penser qu'il y a bien un pouvoir du représentant sur le salarié représenté. En se méfiant de la volonté individuelle du salarié, le droit de la représentation collective se nimbe du pouvoir qu'il confère aux représentants. Cela est encore accentué « en vertu d'une fiction d'une unité sociologique du salariat » (A. Supiot), marquée par l'affirmation de l'identité professionnelle et de l'intérêt professionnel défendu par le seul syndicat, qui aboutit dans un processus de « collectivisation du vouloir », puisque « là où la volonté individuelle est expression d'indépendance, le vote contribue à la formation d'une volonté collective limitant, par nature, les capacités d'autodétermination de chacun » (P. Adam[73]). Alors, l'accord collectif serait l'instrument d'une soumission[74] en forme de « correctif indispensable à l'absence d'autodétermination » (P. Rémy), forme d'artefact juridique permettant a posteriori de justifier le pouvoir des représentants. De la sorte, il y aurait bien relation de pouvoir : étymologiquement, représenter ne veut-il pas dire « rendre présent », ce qui sous tend que la personne représentée est estompée, mise à l'écart par le jeu de la représentation ? Plus précisément, parce que la représentation opère une sélection des requêtes du représenté, ne procède-t-elle pas aussi d'une limitation de sa volonté ? En ce sens, il y a bien « confiscation » de la volonté originelle du (des) salariés, et il y a bien exercice d'un pouvoir de représentation. Les rapports entre pouvoir et volonté ont d'ores et déjà eu l'occasion de faire l'objet de notre intérêt dans une Première Section : le droit au refus, mis à l'écart, ne peut que difficilement y résister.

[72] … Tant il faudrait pousser la réflexion sur la représentation pour autrui, la représentation légale, etc.
[73] P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », précit.
[74] Surtout, les actes juridiques que le représentant accomplit (accord collectifs) ont une force contraignante pour autrui (les salariés). Or, le pouvoir n'existe qu'en tant qu'il s'exerce sur quelqu'un ou quelque chose, et ce sans que le détenteur du pouvoir ait à tenir compte de la manifestation de volonté de ceux à qui ils s'opposent.

2. La négociation collective, canal du pouvoir des représentants des salariés et du pouvoir unilatéral de direction

Nous rejoignons A. Jeammaud pour souligner que « la négociation collective ne peut plus être seulement regardée comme la voie du rééquilibrage des rapports contractuels. Elle est (...) le lieu dans lequel le salarié est censé, par la voix de ses représentants, consentir »[75]. Alors, pouvoir et représentation peuvent connaître des frottements. Au delà du pouvoir traditionnel de direction dont bénéficie l'employeur, on assiste *de facto* à l'émergence d'un pouvoir des représentants sur les salariés qui dépasse la seule représentation de droit privé. Il y aurait captation du droit de participation[76] – le droit constitutionnel de tout travailleur à participer à la détermination de ses conditions de travail – par les représentants du salarié. Pourtant, le droit à la participation et à la négociation collective ne sont pas a priori une prérogative exclusive des représentants du salarié. En outre, si à titre individuel, le salarié dispose bien d'une *liberté* d'expression, il ne peut se prévaloir d'un droit d'expression (L. 2211-1) qu'à titre collectif[77]. Cette double captation du droit d'expression et de participation a été, pratiquement, favorisée par une re-légitimation des représentants des salariés, issue de la Loi du 20 août 2008. Cette légitimation des acteurs de la négociation collective va même, enfin, jusqu'à l'émergence d'un timide « droit de codécision » selon le mot de certains auteurs[78]. En repensant les modalités de légitimité d'action des représentants des salariés, fonction des scores obtenus aux élections professionnelles, le législateur a favorisé l'écrasement de la volonté individuelle du salarié, sous celle du collectif « démocratique », car bénéficiant de l'onction majoritaire.

Cette évolution du droit de la représentation trouve son origine dans plusieurs changements fondamentaux qui ont affecté le droit à la négociation collective. D'abord, alors que cette dernière s'était développée pour construire « des compromis sociaux entre intérêts antagonistes » - la « grève froide »[79] - sur la base d'une « fiction juridique partagée : leur capacité à représenter ces logiques d'intérêts »[80], elle est devenue un instrument de confortation de l'acquis, d'adaptation, de modulation du droit aux spécificités conjoncturelles (économie) et structurelles (type d'entreprise)[81]. Ainsi, pour P.-E. Tixier, les syndicats se sont trouvé co-acteurs du changement, sur des enjeux économiques souvent en anticipation, dans une logique contractuelle mais dans une situation d'inégalité de fait – qu'ils contribuaient d'ailleurs à produire

[75] A. Jeammaud, cité par S. Nadal, « Egalité en droit du travail : quelques réflexions », in *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives.* Sous la direction de Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi. 2000.
[76] « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » (alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946).
[77] Pourtant, selon une circulaire de la DRT datée du 4 mars 1986 : le droit d'expression est un droit qui s'exerce de manière « directe et collective », « sans pour cela être obligé de passer par la médiation des représentants du personnel ». Circ. DRT, n° 3, du 04-03-1986, 3.2.
[78] F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », SSL , n° 1569, 28 janv. 2013, p. 4. : au sujet de l'article 13 de 'lANI du 11 janvier 2013.
[79] C. Morel, *La grève froide*, stratégies syndicales et pouvoir patronal. Octarés éditions, Toulouse, 1994
[80] P.-E.Tixier, « Les mutations de la négociation collective. Le cas de la France », *Négociations,* 2007/2 n° 8, p. 103-119.
[81] S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur,* Thèse LGDJ 1995.

au niveau normatif. Ainsi, le pouvoir patronal pouvait plus facilement s'immerger dans le grand bain négocié. La décentralisation de la production normative, encouragée depuis les grandes lois Auroux[82], a évidemment accentué cette tendance. L'ordre juridique étatique délègue volontairement une parcelle de son pouvoir normatif[83] et organise lui-même son dessaisissement au profit d'un nouveau centre de gravité : l'entreprise (via par exemple la reconnaissance de l'établissement distinct). Territorialisée donc singularisée, gestionnaire, la négociation collective conduit alors *de facto* à faire des représentants du salarié des participants à la mise en œuvre du pouvoir dans l'entreprise, potentiellement contre la volonté voire l'intérêt des salariés. Là où la négociation collective était instrument de rééquilibrage des inégalités entre salariés (S. Nadal[84]), soutenue par le principe de faveur[85], on observe un renversement. Ce dernier, en vertu duquel c'est toujours la norme la plus favorable qui s'applique à un conflit de normes, et qui fonde également l'obligation de négocier *in melius* aux niveaux de négociations inférieurs dans la pyramide « kelsienne », est annihilé. La négociation collective devient instrument d'un « sur mesure », différencié[86], pour la gestion d'entreprise[87]. Non seulement celle-ci maintient les inégalités entre salariés, entre le salarié et l'employeur, mais encore organise-t-elle l'inégalité via la diversité des régimes en droits en fonction des professions, des modes de travail, du diplôme, etc. La négociation dérogatoire est évidemment l'exemple le plus parlante de ce dérobement de la représentation des intérêts des salariés vers l'exercice d'un pouvoir légal sur la masse des électeurs professionnels. Quid alors du pouvoir de décision du salarié sur son propre sort ?

Dans le même temps, l'accord collectif est devenu le passage obligé pour la création et la mise en œuvre d'une série de dispositifs légaux ou contractuels, travaillant à la dépendance du contrat individuel de travail (volonté des parties seules) vis-à-vis de la négociation collective. C'est en

---

[82] Depuis 2008, la négociation d'accord d'entreprise est même possible y compris en présence de clauses contraires dans des accords de branche (Cons. const., déc., 7 août 2008, n°2008-568 DC). Cette décentralisation des négociations collectives est une constante à l'échelle française mais aussi européenne. Voir en ce sens : « Les salaires et les négociations collectives durant la crise économique européenne. Evolutions dans l'industrie manufacturière européenne », *Rapport*, IndustriAll, « Collective Bargaining and Social Policy Conference », 12 et 13 juin 2014 ; S. Laulom, E. Mazuyer, C. Teissier, C.-E. Triomphe, P. Vielle, « Crise : quelles évolutions du droit social en Europe ? », *Etui Policy Brief,* n°2/2012.

[83] M. Miné, citant A. Lyon Caen et A. Jeammaud, *in* « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi* n°84. Oct. 2000. p. 47. Voir aussi A. Supiot, « Un faux dilemme ; la loi ou le contrat ? », *Droit Social* 2003, p. 59.

Voir également : J.-C Sciberas, « Les paradoxes du contrat et de l'accord collectif », Semaine Sociale Lamy supplément, n°1508, 10 octobre 2011, p. 85.

[84] S. Nadal, « Égalité en droit du travail : quelques réflexions », *in* Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi , L'égalité des chances La Découverte « Recherches », 2000 p. 211-226.

[85] Le principe de faveur permet, *in fine* que soit restituée « au salarié sa qualité de sujet *libre*, sans remettre en cause sa situation subordonnée : on lui rend au niveau collectif, l'autonomie dont il est privé au plan individuel » (A. Supiot, précit.).

[86] Il n'est pas du tout impossible de voir dans la forte dépendance de la négociation aux conditions « de terrain » (structure de l'entreprise ; méthodes de management ; personnalité des négociateurs ; contexte économique...) le germe d'une couverture conventionnelle foncièrement et nécessairement inégalitaire. Non seulement la négociation collective maintient les inégalités entre salariés, entre le salarié et l'employeur, mais encore organise-t-elle l'inégalité via la diversité des régimes en droits en fonction des professions, des modes de travail, du diplôme, etc.

[87] M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi* n°84. Oct. 2000. P. 47 : « les risques d'un échange inégal augmentent, à la mesure de l'hétérogénéité des entreprises appelées à négocier, au regard de l'existence ou non de traditions de négociations, de la structuration et de l'expérience des organisation soutenant les négociateurs salariés tout comme des conseils dont bénéficient les négociateurs patronaux ».

ce sens que la négociation collective est devenu le canal de fait du pouvoir unilatéral de direction dans l'entreprise. C'est ainsi le cas pour la mise en œuvre d'une clause de mobilité ; pour la clause de non concurrence ; pour les forfait-jours[88], pour l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi selon l'ex-amendement Michelin[89], ou pour le travail de nuit[90]. Le cas le plus poussé est évidemment quand l'existence même du contrat de travail (intermittent, à temps partiel modulé) en dépend, ou lorsque l'accord collectif est un « statut de la profession » laissant peu de place aux modifications du socle contractuel[91]. Il devient alors pertinent d'évoquer un « pouvoir » des représentants des salariés sur ces derniers, pris individuellement.

Finalement, n'est-ce pas dans le récent accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (ANI) que l'on trouve l'illustration la plus éclatante d'un pouvoir magnifié des représentants ? En valorisant la négociation collective sur des enjeux bien spécifiques – la mobilité, mais surtout l'emploi – les partenaires sociaux signataires ne font pas mentir l'assertion selon laquelle « le droit du travail ne commande pas à l'économie. L'inverse en revanche est vrai »[92]. Le développement de nouveaux objets de négociation obligatoire trouve alors un débouché qui permet d'étendre la toile conventionnelle dans les replis de la relation d'emploi, en principe relégués à la négociation individuelle (mobilité) ou au pouvoir de l'employeur (GPEC). En se saisissant d'objets dévolus au pouvoir, la négociation collective - et, avec elle, la représentation des salariés - contribuent à l'émergence d'un pouvoir plus subtil exercé sur la volonté de ces derniers. La négociation collective accompagne le pouvoir de l'employeur dans la prise de décision sur l'organisation de l'activité productive et même sur l'anticipation des évolutions à venir s'agissant de l'emploi dans l'entreprise[93]. Ainsi, selon H.-J. Legrand[94], les accords collectifs de maintien de l'emploi proposent « une nouvelle articulation entre la norme collective négociée et la volonté individuelle du salariée, selon laquelle celle là s'impose ». Cette nouvelle promotion de la négociation collective dans le traitement des aléas économiques[95] ne se fait donc pas sans heurts dans la préservation du refus du salarié. L'emploi à tout prix (on ne parle plus de qualité de l'emploi ou d'emploi décent, mais d'employabilité) devient moyen d'asservissement de la volonté et d'enfermement de la capacité de refus dans une fenêtre de tir qui relègue le salarié refusant au rang d'individualiste inapte à participer à « l'effort » collectif pour l'emploi[96]. Face à

[88] Article L. 3121-39 du Code du travail : La conclusion de conventions individuelles de forfait en jours est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Et : Cass. soc., 8 mars 2012, n°11-10.510.
[89] Loi du 18 janvier 2005.
[90] Loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes
[91] Ainsi en matière de qualification, rémunération, durée du travail, dans le secteur sanitaire et social, médico-social à but non lucratif. L 314-6 CASF ; ou encore L 123-1 CSS pour les organismes de sécurité sociale.
[92] B. Teyssié, « Propos autour d'un projet d'autodafé », Dr. Soc. 1986, n°17. p. 561.
[93] C. Nicod, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », Semaine sociale Lamy Supplément, 11 février 2008, N° 1340, p. 38.
[94] H.-J. Legrand, « Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » entre deux « frontières » de la négociation collective ? », *Droit social*, n°3, mars 2013, p. 245.
[95] T. Sachs, « Vers un droit du marché du travail », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1569, p. 11.
[96] Exemple : le dispositif permettant « de trouver un nouvel équilibre pour une durée limitée dans le temps, dans l'arbitrage global temps de travail, salaire, au bénéfice de l'emploi » (art. 18 de l'ANI)

la prégnance de la crise de l'emploi, le collectif est refondé dans le sauvetage de l'entreprise. Ce nouveau paternalisme (l'intérêt du salarié est connu et négocié pour lui) est doublé d'une morale d'entreprise plus solide. Le droit de refus du salarié est mis à l'écart, voire sanctionné alors même que les éléments affectés par le conventionnel relèvent du contrat de travail[97].

La négociation collective, « procédure susceptible de déboucher sur un accord doté d'effet normatif »[98], permettra alors l'émergence d'accords où la part de l'unilatéralisme patronal domine. C'est en ce sens que l'accord collectif permet d'échapper à la qualification de licenciement économique[99], à la reconnaissance d'une modification du contrat de travail des salariés en présence d'une réduction conventionnelle de la durée dudit contrat[100], mais également à la qualification de modification du contrat de travail en cas de décision de l'employeur de mettre en œuvre le régime des astreintes prévu par un accord collectif[101]. Même, le refus du salarié de s'y soumettre entraînerait son licenciement *sui generis.*

Ce que suggèrent ces évolutions, c'est qu'une remise en question de la nature de l'accord collectif et une capacité de résistance (droit au refus) devraient être envisagées. Si l'accord collectif présentant le « corps d'un contrat mais l'âme d'une loi », à l'effet erga omnes indépendamment de l'adhésion ou non au syndicat signataire, pouvait être acceptable socialement lorsqu'il était question de négociation *in melius*, l'hybridation de la négociation devenue *gestion* impose de renouveler son mode d'application. Considérer que l'effet des conventions collectives sur le contrat n'est qu'une manifestation « indirecte » du pouvoir de la loi (J. Carbonnier) ne peut plus suffire juridiquement lorsque la négociation devient instrument de pouvoir. En écrasant le contrat individuel, il fragilise le droit au refus du salarié.

---

97 Exemple dans la Loi du 26 mars 2012 dite Warsmann : la mise en place par accord collectif d'une modulation du temps de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égales à l'année « ne constitue pas une modification du contrat de travail », pour laquelle l'accord du salarié est nécessaire.

98 A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations de travail », *Recueil Dalloz 1998*, p. 359.

99 L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, art. 30-II, JO 20 janv. Et bien sûr l'accord de maintien de l'emploi qui permet d'éviter le licenciement collectif pour motif économique (article L5125-1 du code du travail).

100 Cass. soc., 27 mars 2001, n° 99-40.068 ; Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 04-45.537.

101 Cass. soc., 16 déc. 1998, n° 96-42.102

3. Une réforme nécessaire en faveur de l'éclosion de la volonté du salarié

Pour A. Supiot, l'essence du droit du travail doit être lue à la lumière de l'axiome « autonomie/hétéronomie », le premier faisant une place à l'individu et à sa volonté propre, tandis que l'autre sous-tend une sujétion de tous, dans une logique de protection, à un socle de prescriptions juridiques intangibles[102]. Or, en renforçant la légitimité des accords collectif (Loi du 20 août 2008), n'étouffe-t-on pas dans l'œuf toute velléité contestataire *du* salarié, qui ne pourra que s'en prendre à lui même, et à son bulletin de vote dont il n'a pas mesuré les conséquences de manière rationnelle, préméditée ? A partir du moment où le socle de protection devient chape conventionnelle « de gestion » voire de régression, ne doit-on pas repenser la place acquise par l'autonomie individuelle en droit du travail ? Si la question de l'autorité des syndicats ne s'est jamais posée, c'était en vertu d'une présomption légale de médiation de la volonté des salariés. L'accord collectif change d'objet, et avec lui l'outil qu'il était entre les mains des salariés, moins disposés et capables d'opposition.

Or, là où démocratie d'entreprise, dialogue social et représentation légitime sont promus, le droit au refus devrait avoir droit de cité. Les modalités d'exercice d'un véritable contrôle du consentement des salariés doivent nécessairement se faire jour – sous la forme d'un vote sur l'accord, d'un exercice plus ouvert du droit d'opposition (Robineau), d'un référendum non seulement d'approbation mais de contestation [103] (Yannakourou) ou de la double contractualisation. A fortiori, le droit au refus consacrerait un véritable veto entre les mains du salarié, décideur en dernière instance du sort qui lui sera jeté. Cela permettrait de repenser le collectif et l'individuel en termes de conjugaison (Borenfreund), au delà des seules élections quadriennales. Le salarié se verrait ouvrir la faculté d'exprimer « sa dissidence » par rapport aux agents officiels de négociation que sont les syndicats représentatifs »[104]. Concluons alors avec A. Jeammaud : « il conviendrait d'imaginer des règles, des critères juridiques qui permettent de s'assurer que ce qui est signé est bien ce qu'ont voulu les personnes concernées, la base », et qui permettent de penser le salarié comme « élément actif du groupe, voire comme le révélateur d'une situation de tension à laquelle le groupe est confronté, sans que l'intérêt collectif se réduise pour autant à la somme des intérêts individuels ».

Conclusion

[102] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, 336 p.
[103] Au delà, une autre question se pose : la loi du plus fort (en termes de voix) est-elle toujours la meilleure (pour l'individu) ? Qu'est-ce qui fonde le droit d'imposer une norme à une individu sous prétexte que le collectif auquel il appartient l'a majoritairement accepté ? Ne retombe-t-on pas alors dans l'ornière de l'onction de représentativité dont se targuent les signataires des accords collectifs, pour justifier leur application automatique ?
Sur la question du référendum, voir M. Gourves, *Thèse, précit.* p. 400
[104] G. Borenfreund, citant S. Yannakourou, L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1995, p.23.

« Schizophrénie juridique », la négociation collective constitue-t-elle toujours un correctif au pouvoir de l'employeur, offre-t-elle toujours une « capacité d'influence » au salarié sur le pouvoir de direction[105] ? En outre, la diffusion discrète du pouvoir dans les éléments « solides », protecteurs du salarié, atténuent sa capacité d'opposition et de résistance. Alors, trouver une continuité au droit de participation, au principe de faveur ou au droit d'expression devient impératif. Cette double contrainte de la capacité de résistance du salarié, opère directement une certaine « anesthésie » du refus. Nous nous penchons dans une deuxième partie sur les fondements sur lesquels le refus du salarié peut s'exprimer (**Partie 2**).

[105] M-A. Souriac, «Pouvoir et convention collective », *Le pouvoir du chef d'entreprise*, sous la direction de J. Pelissier, Dalloz, collection thèmes et commentaires, 2002.

Partie 2. Les métamorphoses des fondements des droits actuels au refus

« Si le refus est d'abord une prérogative issue du droit des contrats, il peut également être la manifestation d'un droit de la personne » (C. Mathieu[106]). Le refus peut donc être expression d'une volonté du salarié comme contractant ; ou d'une liberté de la personne doté de droits spécifiques, qui irriguent la relation de travail. Ce à quoi l'on assiste, c'est à l'érosion du « bouclier » contractuel (Section I) et à la montée des droits de la personne, comme assises de ce droit au refus du salarié (Section II).

Section I. L'érosion progressive du contrat comme fondement du refus

Alors que le contrat apparaît comme le fondement historiquement fondamental du refus (A), les évolutions du droit du travail tendent plutôt à détacher le travail de la figure du contrat[107], et ce faisant, à participer à l'érosion du contrat de travail comme fondement du refus (B).

A. Le contrat, « socle » historique de droits intangibles

Comme nous l'évoquions en Première partie, c'est dans le contrat que naît la subordination du salarié. En effet, « l'institution de la subordination est en tout point contractuelle. Le contrat définit, met en place, chacun des aspects de la relation subordonnée de travail (…) Son champ d'influence est global »[108]. Le revers juridique en est non seulement l'intangibilité du contrat comme accord de volontés, mais aussi la protection accordée au salarié, statutairement et personnellement (*infra)*. Le contrat est source et limite du pouvoir, qui ne peut pas outrepasser les limites du contrat. En ce sens, il est « un précieux mode de résistance aux changements, que ceux-ci émanent du statut collectif, notamment de la convention collective, ou du chef d'entreprise dans l'exercice de son pouvoir de direction » (P. Lokiec[109]).

Seulement, tout ce qui ressort de la relation de travail n'est pas protégé des atteintes qu'un pouvoir extérieur pourrait exercer sur lui. Il a donc fallu fixer une frontière entre contrat et pouvoir (1). Cette frontière a servi d'assise à la consécration du contrat de travail comme bouclier protecteur du refus du salarié (2), la jurisprudence ayant accompagné ce mouvement en découvrant de nouveaux démembrements du contrat (3).

---

[106] C. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, Dalloz 2012. p. 231.
[107] F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », Semaine Sociale Lamy, n° 1569, 28 janv. 2013, p. 4.
[108] N. Collet-Thiry, précit.
[109] P. Lokiec, « Refuser », *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, Dalloz 2012. p. 103.

1. Fixer une frontière entre contrat et pouvoir

Dans un premier temps, la solution prétorienne reposait sur la distinction d'une modification substantielle ou non du contrat de travail. La modification d'un *élément substantiel* du contrat de travail, ne pouvait advenir que si le salarié y avait donné son accord exprès. Vague, propice à une forte insécurité juridique, cette jurisprudence laissait une place d'importance à l'argumentaire des parties, aux circonstances de l'espèce et au pouvoir d'appréciation souverain des Juges du fond – et donc amenuisait d'autant la capacité de refus du salarié. En ce sens, citons la chambre sociale qui souligne[110]: « le contrat à durée indéterminée, qui peut être à tout moment rompu par la volonté de l'une des parties, peut également par là-même, être modifié de façon unilatérale ». Conséquence : si le salarié conservait une faculté théorique de refus en cas de modification substantielle, il perdait ce droit dès lors qu'il se pliait aux nouvelles conditions de travail (c'est à dire par la poursuite du contrat). « La logique contractuelle se heurtait donc à la prédominance du lien de subordination (…) Au surplus, considérer le refus du salarié d'une modification non-substantielle comme une rupture à la charge du salarié, revenait à le rendre décideur d'une modification de l'employeur. Le lien de subordination prenait ici un relief tout particulier »[111].

Dans son fameux arrêt « Raquin »[112], la Haute juridiction sociale a renouvelé sa jurisprudence en décidant que toute modification du contrat oblige à récolter l'accord du salarié. Ce faisant, le Juge cantonne le pouvoir patronal en lui « assignant un domaine propre, le domaine des conditions de travail dans lequel il règne en maître, et en mettant le contrat totalement à l'abri du pouvoir qui ne peut donc plus le modifier même de façon minime. En matière contractuelle, le juge réassigne ainsi au pouvoir sa dimension technique, celle qui est indispensable à l'exécution du contrat, mais soustrait ce même contrat au pouvoir pris dans sa dimension économique. Il opère une dissociation entre un pouvoir de direction technique auquel le salarié est assujetti et un pouvoir de direction économique auquel il peut résister »[113]. Confirmée dans plusieurs arrêts datés du 10 juillet 1996 (ainsi, pourvoi n°93-40.966,), la solution opère une nouvelle dichotomie entre la « modification du contrat » et le « changement des conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction ». « On est donc passé d'une mesure de l'importance de la modification à une détermination de l'objet de la transformation. Le contrat est ainsi clairement présenté comme échappant à la sphère des pouvoirs de l'employeur. Plus exactement, ces derniers ne peuvent s'exprimer que dans le cadre contractuel tracé par la volonté des parties et ne concernent dès lors que l'exécution du

[110] Cass. Soc. 26 janvier 1978.
[111] M. Gourves, précit.
[112] Cass. Soc 8 octobre 1987, n°84-419.02.
[113] J.-M. Béraud, « Le Juge et le pouvoir patronal », *in* Semaine sociale Lamy Supplément 11 février 2008, n°1340. Contra. D. Tellier, « Le contrat de travail au détriment de l'emploi », Semaine Sociale Lamy supplément 10 octobre 2011, n°1508, p. 195.

contrat »[114]. C'est un véritable « renouveau du contrat de travail »[115] qui limite ce qui relève de la potestativité, donc de l'unilatéralisme discrétionnaire de l'employeur[116]. L'employeur ne peut pas atteindre les prévisions contractuelles et le refus du salarié d'accepter le changement ne peut pas constituer une faute ou un motif de licenciement »[117]. Les décisions de pouvoir sont objectivées ; le salarié est en mesure de refuser toute atteinte à son contrat, sur le fondement de l'article 1134 du code civil et de l'intangibilité des conventions[118]. L'origine contractualiste du droit du travail est réaffirmée.

2. La consécration du contrat comme bouclier protecteur du refus

L'objectivation du contrat de travail opérée par la solution « Raquin » assoit la construction d'un véritable socle contractuel[119] et souligne la priorité accordée à la volonté des contractants. Alors que cette dernière est minorée lors de la conclusion du contrat – contrat d'adhésion pour certains – elle retrouve une existence juridique propre lors de son exécution. Ainsi, la solution va instaurer une véritable « présomption de refus du salarié » dans les cas où la modification proposée par l'employeur touche au contrat[120]. Elle permet non seulement de contrer le pouvoir de l'employeur, mais aussi de « doubler » le principe de faveur lors de l'entrée en vigueur d'un nouvel accord collectif. Est ainsi affirmé un droit au refus au profit du salarié : dans l'hypothèse où une modification envisagée relèverait du ce l'essence du contrat – temps de travail, rémunération, lieu de travail, qualification – le salarié serait fondé à la refuser la décision unilatérale ou l'offre de l'employeur.[121] Ce bloc contractuel joue même dans le cadre des recherches de reclassement : l'employeur ne sera pas habilité à modifier unilatéralement le contrat de travail ; il devra avoir obtenu l'accord du salarié pour ce faire. Dans cette dernière hypothèse, il semble que la chambre sociale de la Cour de cassation le droit du salarié au reclassement, droit subjectif qui ne peut pas constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, ni une faute grave[122].

Ce qui se produit est que « le contrat fixe un cadre professionnel et géographique à la relation de travail. Ce cadre peut être plus ou moins rigide, mais il est impératif » (E. Dockès)[123]. Dans

[114] S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », *Le Pouvoir,* Semaine sociale Lamy.
[115] 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 », La sanction du droit – Mélanges offerts à Pierre Couvra », PUF 2001, p. 101.
[116] S. Frossard, précit. La revitalisation de la figure du contrat « le rend d'autant plus tangible comme objet soustrait aux pouvoirs de l'employeur ».
[117] M. Gourves, *La volonté du salarié dans le rapport de* travail, Thèse Université Lyon 2, 2010. p. 149
[118] « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».
[119] P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383.
[120] « La mise en œuvre de la modification », Numéros juridiques Liaisons sociales, Juillet 2012, p. 45.
[121] Voir en ce sens : Cass. Soc. 31 octobre 2000, n°98-44988 : « la modification du contrat de travail par l'employeur, pour quelque cause que ce soit, nécessite l'accord du salarié ».
[122] Cass. Soc. 29 janvier 2003 : les salariés menacés de licenciement économique qui refusent les mesures de reclassement proposées par l'employeur ne font qu'exercer leur droit.
[123] E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *in Analyse juridique et valeurs en*

ce cadre, le Juge va procéder à l'identification d' « éléments intrinsèquement contractuels »[124], qui permettront en toutes circonstances de préserver le droit au refus. P. Waquet distingue quatre éléments qui appartiennent au socle contractuel : la rémunération[125], le travail, le lieu de travail et la durée du travail[126]. Noter que l'absence de stipulation expresse relative à un élément contractuel n'est pas de nature à le déchoir de son essence contractuelle ! C'est le Juge qui fixe, au gré des affaires et en fonction de la situation du salarié, les limites des éléments contractuels.

Le contrat offre ainsi une protection « directe » à ses piliers fondateurs[127]. Par exemple, l'employeur doit se tenir à la durée du travail inscrite au contrat, et ne peut pas modifier la durée du travail en fonction d'un critère alternatif, ainsi de la charge de travail[128] (en revanche, sauf contractualisation expresse, les horaires – et donc leur modification – relèvent des simples conditions de travail). De la même manière, pour le lieu de travail[129], compris comme secteur géographique. Enfin, « la rémunération contractuelle est un élément du contrat qui ne peut être modifié même de manière minime sans son accord » (Cass. Soc. 19 mai 1988). En ces domaines, le salarié serait habilité à refuser le projet de l'employeur qui contreviendrait à l'architecture *primitive* de son contrat.

Plus étonnamment, le contrat offre au salarié le droit de refuser toute modification de son contrat qui interviendrait au titre d'une sanction. Celle-ci est la punition qu'inflige une autorité à l'auteur d'une infraction. En droit du travail, elle prend des formes plurielles : la rétrogradation, le blâme, jusqu'au licenciement. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur peut s'exercer à l'égard de tout salarié qui commet une faute[130]. Elle fait donc en principe abstraction du refus du salarié, indépendamment de ce à quoi elle touche. Pourtant, la Haute juridiction a tranché en faveur d'une dissociation de la sphère contractuelle et du pouvoir de sanction : c'est à dire qu'à titre de sanction comme de mesure d'organisation, une modification du contrat ne peut jamais être imposée par l'employeur. La sanction qui porterait atteinte au socle contractuel pourrait être

droit social, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203 et s.

[124] Idem.

[125] Lorsqu'elle est déterminée par le contrat (Cass. soc., 28 janv. 1998, n° 95-40.275 et Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274). Cette solution trouve objectivement sa source dans le principe de sécurité économique dont le salarié doit pouvoir se prévaloir. Mais elle peut aussi avoir une origine extracontractuelle : « la rémunération contrepartie du travail résulte en principe du contrat de travail, sous réserve d'une part du SMIC, et d'autre part des avantages résultant des accords collectifs, des usages dans l'entreprise, des engagements unilatéraux de l'employeur » (Soc. 20 octobre 1998). sur la durée du travail : « la durée telle que stipulée au contrat constitue en principe un élément du contrat ». (Soc. 27 juin 2000).

[126] Elle est « le volume de la subordination due » (N. Collet-Thiry). Ainsi, voir : Cass. Soc 20 oct. 1998. La question prend un caractère beaucoup plus essentiel si l'on se penche sur la situation des travailleurs à temps partiel : là plus qu'ailleurs, le temps de travail a un caractère profondément contractuel (en ce sens : Cass. Soc 07 juill. 1998 ; Cass Soc 06 avril 19998). La jurisprudence a étendu le « socle » à la structure de l'aménagement du temps de travail (Cass. soc., 20 oct. 1998, n°96-40.614). Pour les 4 éléments du socle contractuel, se reporter à P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 3/1999, p. 383

[127] P-H. Antonmattei, « Les éléments du contrat de travail », Dr. Soc. 1999, p. 330.

[128] M-A Moreau, « Temps de travail et charge de travail », Dr. Soc. 2000, p. 263.

[129] Cass. Soc. 4 mai 1999, n°97-40576

[130] Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 03-45.000 : est également soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour maladie et qui reprend son travail avant la visite de reprise.

refusée par le salarié. Dans son fameux arrêt « Hôtel le Berry »[131], le Juge a en effet estimé que : la « modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée »[132]. Ce faisant, le Juge reconnaît que le pouvoir disciplinaire que détient l'employeur ne justifie pas une méconnaissance des règles de base du droit des contrats : le salarié peut donc refuser la sanction que lui propose l'employeur ; ce dernier devra prononcer une sanction substitutive. Son acceptation doit être expresse, faute de quoi il peut prendre acte de la rupture aux torts de l'employeur[133] et en tout état de cause réclamer le bénéfice de son statut antérieur[134]. En calquant le régime de la sanction disciplinaire sur celui de la modification du contrat de travail135, le Juge faisait du prononcé d'une sanction et de sa remise en cause par son destinataire (le salarié, donc), un terrain nouveau fertile à l'émergence d'un véritable droit au refus ; si le salarié refuse la sanction qui lui est « proposée », l'employeur doit lui offrir une solution alternative. Faute d'acceptation, l'employeur ne peut que renoncer au projet initial, ou licencier le salarié, à condition que le motif de la modification soit réel et sérieux. Le rapport contractuel prend le pas sur le rapport de subordination. La solution prête à controverses doctrinales, tant elle paraît mal s'accommoder du pouvoir de sanction de l'employeur, démembrement du pouvoir de direction, et qui lui permet d'assurer l'effectivité de l'organisation du travail[136].

Cette protection par le contrat se fait aussi de manière « indirecte », c'est-à-dire lorsqu'une modification imposée par l'employeur conduirait à modifier *de facto* un élément contractuel. Ainsi, dans un arrêt daté du 15 décembre 2004 (n°02-44.714), la chambre sociale de la cour de cassation a décidé que la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne peut être imposée au salarié lorsqu'elle entraine une réduction de sa rémunération. En l'espèce, la cour d'appel avait constaté que la rémunération de la salariée, directrice de magasin (dont une partie était constituée par un intéressement calculé en pourcentage du chiffre d'affaires du magasin), aurait été réduite du fait de cette mise en œuvre, de sorte qu'elle a pu considérer le licenciement qui a suivi le refus de la mutation sans cause réelle et sérieuse.

Cette protection indirecte se produit aussi lorsque la modification contractuelle proposée par l'employeur résulterait d'un changement dans la couverture conventionnelle. Ce serait le cas lors d'une renégociation des grilles de classifications dans la convention collective de branche, par

[131] *Contra*. C. Radé, « à propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », *Droit social* 1999, p. 3.
[132] Cass. Soc. 16 juin 1998, n°95-45033 (« Hôtel Le Berry »)
[133] Cass. soc., 14 févr. 2001, n° 98-46.259
[134] Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43.400.
[135] Jean Pélissier, « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », 16 janvier 1992, Recueil Dalloz.
[136] Selon l'article L 1331-1 du Code du travail: « Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». La capacité de sanctionner peut être définie comme le fait de punir, de réprimer, d'infliger une peine.

exemple. En principe, l'accord du salarié devrait être requis, à tout le moins dès lors que la nouvelle disposition conventionnelle a une incidence sur un élément relevant du socle contractuel – par exemple la qualification ou la rémunération. C'est bien en ce sens qu'il faut comprendre le droit de refus du salarié de se voir appliquer un forfait annuel en jours, en dépit de l'accord collectif l'instituant.

Enfin, on ne manquera pas de citer les cas dans lesquels le droit au refus du salarié tient à la spécificité du contrat : toute modification du contrat de travail temporaire, du contrat à durée déterminée ou du contrat à temps partiel serait impossible[137].

3. La découverte de nouveaux éléments contractuels

De nouveaux démembrements du contrat ont été découverts par le Juge. On l'a vu, le droit de refus du salarié poursuit les contours tracés par le contrat pour l'exécution de la prestation de travail. C'est à dire que la tâche dont l'employeur demande à son salarié l'exécution doit correspondre à la nature de la mission, de l'obligation de travail contractualisée[138]. La qualification entre alors dans le champ du socle contractuel[139]. Si elle est déterminée lors de l'embauche par l'employeur lui même, en fonction du *poste* que le salarié occupera, elle découle des *fonctions réellement exercées* (J. Mouly). « La reconnaissance contractuelle de ses compétences et de son expérience, ce pourquoi il a été embauché, et la cause de l'obligation de l'employeur tenant au versement d'une rémunération ». Elle peut être conventionnelle (Cass. Soc. 16 nov. 1993 n°90-43.233)[140]. Mais elle est souvent contractuelle, auquel cas la modification de la règle conventionnelle ou une décision unilatérale de l'employeur, ne peuvent pas altérer le contrat. Le salarié pourrait refuser la qualification nouvelle, quelque soient les raisons qui motivent son refus, et conserver la qualification antérieure, limitant le pouvoir d'affectation, puisque ce serait une dénaturation de la prestation de travail prévue[141]. Cette solution a été appliquée dans des cas bien différents[142] (le Juge conduira une appréciation *in*

[137] Cass. Soc. 7 septembre 2004 : 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 CDD.
[138] « Le licenciement motivé par le refus de l'affectation illicite serait sans cause réelle ni sérieuse puisque sanctionnant le droit du salarié de refuser l'extension de la sphère de subordination au-delà de ses contours matériels ; les voies de la prise d'acte ou de la résiliation judiciaire seraient ouvertes au salarié si l'employeur imposait une affectation irrégulière ». N. Collet Thiry, précit.
[139] Cass. Soc. 2 octobre 2002, n°00-42003, RJS 2002 n°1351.
Mais le salarié devrait accepter tout changement de tâche qui corresponde à sa qualification ; il n'y aurait pas modification du contrat de travail. En ce sens, Cass. Soc. 10 mai 1999, n°96-45673 : «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 », de sorte que le changement d'affectation du salarié s'analyse en un changement « des conditions de travail » dont l'employeur peut décider dans le cadre de son pouvoir de direction.
[140] « La CA ayant relevé que la qualification dont bénéficiait la salariée ne résultait pas de son contrat de travail, mais des dispositions d'un accord d'entreprise, a pu décider que la nouvelle classification ne constituait que l'application de l'avenant régulièrement conclu de la convention collective. Elle a dès lors pu décider que ses modifications étaient opposables à la salariée, celle ci ne pouvant se prévaloir d'aucun droit au maintien de sa qualification antérieure »
[141] Pour N. Collet-Thiry, « L'obligation de l'employeur de fournir du travail au salarié doit également s'entendre de l'obligation de fournir le travail prévu » (N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination*, Thèse Université Paris II-Panthéon Assas, 2012).

[142] Celui d'un agent de maîtrise affecté à des fonctions purement techniques (Soc. 29 janvier 1999), d'un technicien

concreto). Dans plusieurs arrêts emblématiques, le Juge se réfère variablement à la « mission »[143] du salarié ; à sa « qualité »[144], aux « attributions du poste »[145], à la « nature des fonctions »[146], à son « activité »[147], à la modification du degré de responsabilités[148], ou à ses « attributions »[149]. Ainsi, l'ajout ou la substitution de tâches nouvelles : l'employeur peut décider de modifier la sphère de la mission accomplie par le salarié ; mais quelque soit le sens dans lequel la modification est effectuée, celle-ci excèdera les limites de l'obligation de subordination. Toute tâche « étrangère à la nature du travail contractuellement convenue peut être refusée par le salarié, même lorsqu'aucun « déclassement » n'est caractérisé[150]. Preuve de la solidité du bouclier contractuel : la convention collective – qui ne s'incorpore pas au contrat – ne pourrait pas non plus atteindre la définition des qualifications des salariés (*via* une redéfinition des grilles de classification). Toute dénonciation ou révision de la convention collective serait inopérante à l'égard des salariés engagés sous l'empire des anciennes dispositions. (Dans la négative, ce serait une modification de l'objet de l'obligation, qui ne peut s'apprécier qu'au moment de la conclusion du contrat, et non pendant son exécution). Leur accord sera donc nécessaire pour l'application de la convention nouvelle, qui ne s'applique qu'aux contrats de travail conclus postérieurement à son entrée en vigueur. La puissance du contrat comme bouclier protecteur du refus se manifeste bien par l'extension du champ contractuel aux éléments du rapport d'emploi, et par la *résistibilité* de ces éléments à la modification non consentie par le salarié.

On l'a vu, le contrat de travail institue pour le salarié l'obligation d'exécuter la prestation de travail prévue, mais également de l'exécuter dans les conditions et selon les modalités édictées par l'employeur. C'est ce qui fonde son droit de refus des modifications de son contrat. « Le partage dorénavant opéré entre le socle contractuel – dont le changement requiert le consentement du salarié – et les simples conditions de travail – dont l'altération est du ressort du pouvoir de direction de l'employeur – fait du contrat de travail une force de résistance » (P. Rémy). La Cour tente d'objectiver « le socle ou l'armature » du contrat de travail[151], traduction d'un phénomène de « standardisation du contrat » (M. Gourves) qui s'étend jusqu'à laisser une part de plus en plus réduite... à la volonté des parties, salarié compris. En effet, émerge et se consolide une mutation de la nature protectrice du contrat de travail, devenu instrument

muté sur un emploi de chauffeur livreur (Soc. 4 décembre 1991), etc. S'agissant d'une appréciation *in concreto*, le Juge s'attache notamment à l'ajout de nouvelles contraintes pour le salarié, à la perte d'une partie de son salaire en absolu ou en relatif par rapport à la qualification occupée, ou à la modification de la sphère de responsabilité du salarié.

[143] Cass. Soc. 8 avril 1998, n°95-43.442.
[144] Cass. Soc. 26 mai 1998, n°96-40.617.
[145] Cass. Soc. 24 janvier 2001, n°99-40.596.
[146] Cass. Soc. 8 octobre 2003, n°01-44.772.
[147] Cass. Soc. 17 janvier 2006, n°04-40.965.
[148] Cass. Soc. 17 février 1994 n°90-43834.
[149] Cass. Soc. 28 mars 1995, n°91-43.681.
[150] A. Martinon : « le sort de la qualification et des responsabilités constituent deux critères nécessaires pour distinguer la modification du contrat » (A. Martinon, « Rappels à propos du changement des conditions de travail », JCP S 2010, 1356).
[151] P.H. Antonmattei, « Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire, Liais. Soc. Mensuel nov. 2000, p. 74 et s.

d'optimisation du pouvoir de l'employeur, et davantage soumis au « pouvoir » collectif[152]. Alors le contrat est fragilisé comme fondement du refus du salarié (B).

B. La fragilisation du contrat comme fondement du refus du salarié

La fragilisation du contrat comme fondement du refus du salarié trouve d'abord sa source dans les lacunes originelles du « socle » contractuel (1). Ce mouvement s'intensifie alors que s'étend la sphère des simples conditions de travail (2) et que sont introduites des clauses contractuelles de variabilité, perméables au refus du salarié (3).

1. Les lacunes du socle contractuel

La dichotomie entretenue entre ce qui ressort du contrat et ce qui est de l'ordre des « conditions » de travail dessert dans une certaine mesure la capacité de refus du salarié. Elle permet encore de faire échapper à la volonté du salarié des pans entiers de la relation d'emploi qui mériteraient qu'un droit au refus soit consacré en cas de modification. C'est ainsi que le rythme de travail, ou encore les heures supplémentaires dans la limite du contingent annuel pourront s'imposer au salarié sans qu'il ne puisse s'y opposer, sauf à arguer d'une atteinte à sa vie personnelle (voir *infra*). Le refus du salarié d'accepter de telles modifications de ses conditions de travail aura des conséquences lourdes. Le Juge social avait décidé que si le refus d'une salariée d'accepter la modification des horaires, motivé par des obligations familiales impérieuses, n'est pas constitutif d'une faute grave, il constituait néanmoins une faute justifiant son licenciement[153].

En outre, la découverte de ce qui ressort ou non de l'essence du contrat par le Juge, en fonction d'une appréciation *in concreto*, se révèle particulièrement défavorable à la sécurité juridique et à la stabilité du bloc contractuel (en ce sens, v. J. Pélissier[154]). Pour H.- K. Gaba, cette théorie jurisprudentielle est « de plus en plus complexe » et apporte « des solutions contradictoires eu égard à ses objectifs de sécurité, de stabilité du bloc contractuel et de renforcement du pouvoir de direction ». En effet, une modification du contrat pourrait tout à fait être requalifiée de changement des conditions de travail par le Juge. D'un côté, le Juge met en exergue une appréciation « objective » du socle contractuel, de l'autre son appréciation se faite « in concreto ». Par exemple, dans un arrêt daté du 6 juillet 2004 (n° 02-42.865), la chambre sociale

[152] Dans le sens d'un accroissement de cette tendance, voir M. Morand : appel à plus de flexibilité du contrat. « Si le contrat de travail constitue le « village gaulois » de l'empire conventionnel, ce dernier risque de finir par s'écrouler. Ainsi, la réflexion sur un droit du travail plus conventionnel suggère d'organiser par la voie législative une sorte de dépendance de la relation individuelle de travail à l'accord collectif ».

[153] Cass. soc., 15 déc. 2004, n° 02-44.924 P+B

[154] 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 », Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF 2001, p. 101 et s.

de la Cour de Cassation avait pu décider que la remise en cause par l'employeur de l'exclusivité dont un VRP bénéficiait sur sa clientèle pouvait s'analyser comme une modification du contrat de travail, le salarié jouissant d'une forte indépendance dans l'exercice de sa mission ; le refus du salarié d'en poursuivre l'exécution s'analysait alors en un licenciement. Le Juge confirme la modulation circonstanciée de ce qui fait le contrat de travail[155]. Le retrait d'un rayon de vente au profit d'un autre, pour un salarié travaillant dans une grande surface, n'aurait certainement pas été analysé de la même manière. A contrario, en voulant analyser « objectivement » la modification du lieu de travail (Cass. soc., 4 mai 1999, n°97-40.576), le Juge se heurte à la multiplicité des situations des salariés (possibilités de transports, vie de famille, âge...) et engrange ainsi des solutions de droit forcément inéquitables[156].

Le socle contractuel se heurte donc à une variabilité décisionnelle sur laquelle le salarié n'a pas prise, et sur un contrat de travail voulu « unifié » qui ne permet que chaotiquement d'épouser la diversité des relations d'emploi – à l'un le rythme sera essentiel, à l'autre ce sera le lieu de travail, etc. En ce sens, la distinction entre contrat et conditions de travail n'est pas satisfaisante du point de vue du droit au refus du salarié. Pour Ph. Langlois, elle porte en germe sa propre disparition[157].

2. Un accroissement de la sphère des « conditions de travail »

Le changement des conditions de travail est décidé par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction ; en cas de refus, le salarié s'expose à une sanction disciplinaire. En pratique, l'employeur engage, le plus souvent une procédure de licenciement pour faute, voire pour faute grave (procédure disciplinaire). Cependant, le refus par un 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[158].

Il nous semble que l'extension du champ des « conditions de travail », donc du pouvoir de l'employeur au détriment du droit de refus du salarié, touche d'abord et avant tout au temps de travail, qu'il transcende. Nous nous cantonnerons à ce seul exemple, particulièrement évocateur. En touchant aux temps « soustraits »[159], l'employeur réduit d'autant le droit de refus du salarié dans une matière contractuelle, le temps de travail. Ainsi des horaires, qui ressortent du pouvoir

[155] En ce sens également, les solutions décelant une modification du contrat de travail dans des changements (radicaux) de rythmes de travail. Ainsi du passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit (Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-44.781 et 98-44.782) ou d'un horaire fixe à un horaire variable (Cass. soc., 14 nov. 2000, n°98-43.218).
[156] Cité par S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », Semaine sociale Lamy 2008, supplément au N° 1340, p. 47 et s.
[157] Ph. Langlois, « Le juge et l'employeur », Droit social mars 2003, p. 283.
[158] Cass. soc., 3 mai 2012, n°10-27.152.
[159] La directive du 23 novembre 1993 qualifie de « période de repos », toute période qui n'est pas un temps de travail (art. 2.2 Dir. CE 93/104, 23 nov. 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail).

d'organisation du travail dont dispose l'employeur[160]. Au mépris d'une distinction convenue entre temps libre et temps travaillé, qui impose une certaine stabilité des horaires, la chambre sociale de la cour de cassation a estimé que « le changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail »[161]. C'est l'une des manifestations les plus tangibles du pouvoir de l'employeur sur la durée du travail, puisque lui est reconnue la prérogative de moduler le temps subordonné, donc le temps libre. Ainsi, « la détermination des horaires de travail et des heures supplémentaires par l'employeur sont deux illustrations remarquables de l'emprise du pouvoir sur le temps libre du salarié »[162]. En effet, l'employeur est en mesure d'imposer des heures supplémentaires au salarié, dans la limite du contingent annuel[163] et, bien sûr, justifiées par les nécessités de l'entreprise. Si celui ci les refuse, il commet une faute grave justifiant son licenciement immédiat. Non seulement les salariés ne pourraient pas collectivement s'opposer aux heures supplémentaires[164] (grève), mais encore ne pourraient ils pas individuellement prendre acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur[165]. Pour fonder son refus, le salarié pourra uniquement arguer d'un motif légitime, non défini par le Juge[166]. Rien n'indique que des raisons personnelles pourraient asseoir ce refus ; rien non plus n'indique qu'une utilisation permanente – mais dans les pourtours du tracé légal – pourrait être refusée par le salarié[167] ! Dans ces deux cas, le droit au refus est tout à fait amoindri, et permet à l'employeur de contourner facilement l'interdiction de modification de la durée du travail, contractuelle. Le socle contractuel est évité.

Cette remarque vaut également pour le lieu de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation ayant décidé que la mention du lieu de travail dans le contrat de travail n'avait qu'une valeur informative[168], sauf clause de sédentarité. A contrario, une affectation dans un autre lieu de travail ne serait donc qu'un changement des conditions de travail... Que le salarié ne pourrait pas refuser. En préférant au « lieu de travail » la notion de « secteur géographique », volontairement non définie, la solution prétorienne favorise la friabilité du fondement du refus du salarié – cette notion n'ayant pas même fait l'objet d'un accord de volontés initial.

[160] Cass. Soc 1er avril 2003, n°00-41.873.
[161] Cass. Soc. 22 février 2000, n°97-44.339.
[162] J.-F. Paulin, « Les temps soustraits au pouvoir », Semaine Sociale Lamy supplément n°1340 du 11 février 2008.
[163] Article 3121-11 du Code du travail.
[164] Cass. Soc. 21 juin 1989, n°88-44.240.
[165] Cass. Soc. 21 juin 1989, n°88-44.240.
[166] Citons par exemple : l'absence de paiement des dernières heures supplémentaires effectuées par le salarié (Cass. Soc. 7 décembre 1999, n°97-42.878).
[167] Une décision de la chambre sociale semblait néanmoins mettre un frein à cette utilisation pérenne des heures supplémentaires, dont le recours doit être exceptionnel. Les juges du fond doivent rechercher si « le caractère systématique du recours aux heures supplémentaires imposées à la salariée, n'avait pas pour effet de modifier de façon substantielle le contrat de travail ». (Cass. Soc. 16 mai 1991, n°89-44.485).
[168] Cass. Soc. 3 juin 2003.

3. L'introduction de « clauses contractuelles de variabilité »

Les clauses de variation, sont l'outil par lequel le salarié est censé accepter par avance les modifications des dispositions contractuelles que pourrait souhaiter l'employeur en cours d'exécution du contrat[169]. Elles mettent à l'écart la distinction opérée entre conditions et contrat de travail. Le consentement – nécessaire – des deux parties pour la conclusion puis la modification du contrat est mis en échec, et avec lui, la capacité de refus du salarié. Pour une partie de la doctrine, ces clauses opèrent « décontractualisation » de l'élément contractuel qui fait l'objet d'une clause de variation. Comme ce sont des clauses dépourvues de contrepartie, elles permettent à l'employeur de « majorer son pouvoir de fait »[170] en dénaturant le contrat postérieurement à sa conclusion. Ces clauses spécifiques ne seront activées que le moment *adéquat* venu ; en ce sens, elles évoquent indubitablement la théorie des « contrats incomplets »[171], en vertu de laquelle les contrats sont susceptibles d'être complétés à la mesure du déroulement de leur exécution[172]. C'est bien ce qui ressort de la clause de mobilité, symptomatique d'un réveil du pouvoir de direction qui met en jeu la capacité de refus du salarié, et touchant directement à l'essence de sa prestation de travail, comme à sa vie privée et personnelle. Ainsi, sur le fondement d'une telle clause, l'employeur pourra disposer du lieu d'exécution du contrat de travail du salarié. Le refus du salarié de s'y conformer constituerait une faute grave[173]. La sphère de la subordination peut donc être remodelée[174] en cours d'exécution du contrat. Puisque le salarié aura apporté son consentement initial à la faculté de changement par l'employeur, il ne pourra pas refuser la modification décidée par lui postérieurement, en exécution de cette variation. L'employeur devient titulaire d'un droit de créance de variation[175] ; son pouvoir est optimisé[176].

---

[169] N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination*, Thèse Université Paris II Panthéon-Assas, 2012.

[170] A. Jeammaud, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 306.

[171] « Un enrichissement de l'anamuse économique de la relation d'emploi », Hervé CHARMETTANT, *L'Harmattan I, Cahiers d'économie Politique,* 2012/1-n°62, pp. 37-73. ». Ici le « compléteur » est toujours celui qui détient le pouvoir sur l'autre partie contractante, donc l'employeur. D'abord, parce que c'est lui qui peut priver le salarié de l'accès aux actifs non humains de l'entreprise, dont il a seul la propriété (dépendance à l'égard des propriétaires du capital). Ensuite parce que l'employeur est présupposé avoir effectué un investissement initial qui justifie son pouvoir de complémentation du contrat. Dans cette optique, le contrat de travail se présente comme une succession de contrats instantanés, renégociation en continu des termes de la relation de travail.

[172] Pour Rajan et Zingales, la force peut aussi être du côté des salariés s'ils disposent de ressources, de compétences rares et indispensables à l'employeur (question des qualités / métiers en droit du travail).

[173] Cass. Soc. 28 février 2001, n°97-45.545.

[174] « La clause de variation de la sphère de subordination rend incertaine l'obligation du salarié. Alors que celui-ci contracte en considération de l'étendue de la sphère de subordination, la clause de variation l'expose au risque d'une modification des paramètres de cette sphère, le rendant débiteur d'une obligation de subordination remodelée qui n'était pas déterminable lors de la conclusion du contrat ». N. Collet-Thiry, précit.

[175] N. collet-Thiry, citant A. Jeammaud. A. Jeammaud, « Le contrat de travail une puissance moyenne », in Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à J. Pélissier, Dalloz 2004, p. 306 et s.

[176] Le projet présenté par CGPME septembre 2014, visant à la création d'un « contrat de croissance », basé sur des objectifs collectifs liés à des indicateurs économiques annuels prédéterminés, de maintien ou de progression de l'activité de l'entreprise, procède de la même logique. L'objectif est bien de faire sortir la rémunération du socle contractuel « intangible » en le soumettant à un indicateur externe (non plus les performances du salarié ou l'atteinte de résultats, mais les résultats économiques de l'entreprise). Selon la CGPME, « La non atteinte de ces objectifs contractuels, pendant une période elle aussi prédéterminée, qui pourrait par exemple être de 3 ans, motiverait la rupture éventuelle du contrat

Le seul rempart dont disposera le salarié sera la prohibition, sous peine de nullité, des clauses de variation sur la détermination de l'objet des obligations du salarié[177]. Ainsi la chambre sociale juge que « la clause, par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou en 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 »[178]. C'est à dire que les clauses de variation ne pourront pas jouer sur les éléments fondateur du socle contractuel : rémunération ; durée du travail ; qualification. En outre, la clause ne peut pas être totalement indéterminée et laisser le champ libre à un pouvoir discrétionnaire de l'employeur, par exemple en prévoyant la mise en œuvre de la clause dans « l'intérêt de l'entreprise » ou « pour les besoins du service » ; ou en prévoyant simplement une possibilité illimitée de révision entre les mains de l'employeur.

En mettant en tension utilité économique et respect des principes contractuels fondamentaux, les clauses de variation organisent une prédation du pouvoir de l'employeur sur le droit de refus du salarié. C'est d'autant plus inquiétant que ces clauses de variabilité vont avoir des conséquences même sur la sphère « privé » du salarié, et non plus seulement dans l'exécution de sa prestation de travail. C'est évidemment particulièrement frappant dans le cas de la mise en œuvre d'une clause de mobilité. Il semble bien que dans une certaine mesure, la personne du salarié cesse d'être soustraite à l'exercice du pouvoir : elle est indirectement touchée par la mise en œuvre de clauses de variabilité d'éléments *essentiels* du contrat. C'est pourquoi une partie de la doctrine appelle à une solution intermédiaire – à laquelle nous souscrivons[179].

Cette capacité de réveil de clauses contractuelles « préconstituées » est d'autant plus envisageable que le pouvoir de sanction infiltre désormais le contrat. On a vu *supra* que le pouvoir disciplinaire ne pouvait franchir la frontière du contrat, puisque la finalité de la sanction ne pouvait être confondue avec la capacité de modifier unilatéralement un accord des parties. La solution « Hôtel le Berry » a néanmoins participé d'une confusion entre les deux, en décalquant le régime applicable à la modification du contrat, à l'hypothèse de la sanction. Pour une partie de la doctrine, la solution a ainsi contribué à brouiller « la perception du contrat

---

de travail des personnes embauchées dans le cadre de ce dispositif, et ce afin de prendre en compte l'évolution de l'activité économique réelle de l'entreprise » (communiqué de presse, 11 septembre 2014).

[177] En effet, « il n'est pas concevable qu'une des parties obtienne, au moment de la conclusion du contrat, un blanc-seing de l'autre partie l'autorisant à modifier unilatéralement tel élément du contrat » (J. Pélissier, « Pour un droit des clauses du contrat de travail », RJS 2005, p. 499).

[178] Cass. Soc. 27 février 2001, n°99-40.219.

[179] Philippe Waquet estime par exemple que les clauses de variation, quel que soit leur objet, devraient être soumises à un régime juridique analogue à celui en vigueur pour les clauses de variations des horaires de travail des salariés à temps partiel (C. trav., art. L. 212-4-3), c'est-à-dire la précision des circonstances dans lesquelles l'employeur peut faire jouer un « coefficient de flexibilité » et des mesures qui pourront être mises en œuvre. Le contrat, alors, resterait certes un vecteur d'exercice du pouvoir mais assurerait au passage sa *domestication* par l'exigence d'un cadre prédéfini et suffisamment précis à l'exercice des pouvoirs.

comme limite au pouvoir disciplinaire de l'employeur », puisque la modification du contrat est présentée comme une modalité de sanction : elle est envisagée « à titre de sanction disciplinaire » et l'employeur peut exercer son pouvoir pour décider d'« une autre sanction, en lieu et place de la sanction refusée »[180] par le salarié, c'est-à-dire précisément la modification du contrat. S. Frossard reconnaît que la solution prétorienne protège, temporairement, le salarié contre le pouvoir de sanction. Mais selon lui, *in fine*, la solution conduit à « faire rentrer le contrat de travail dans le champ des outils dont peut disposer, de manière indifférente, l'employeur lorsqu'il compte exercer son pouvoir de sanction ». C. Radé181, évoque lui un mouvement de *contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur.* C'est bien ce que produit le droit, en offrant à l'employeur la possibilité d'activer certaines clauses du contrat de travail en guise de sanction ; ainsi d'une clause de mobilité par exemple, à titre de mutation-sanction[182]. En devenant instrument du pouvoir[183], la clause contractuelle se retourne contre le salarié.

Dans cette sous-section, citons encore – rapidement – deux éléments de variabilité, en guise d'ouverture. D'abord, la capacité offert à l'employeur de modifier temporairement le contrat de travail, s'affranchissant ainsi de la qualification de modification du contrat de travail. Dans le cas de la mutation temporaire, le Juge se réfère en principe à deux conditions cumulatives, en pratique plus ou moins *alternatives.* Soit s'agit-il de « circonstances exceptionnelles »[184] qu'elle confond sciemment avec l'intérêt de l'entreprise (auquel cas, les fonctions à « mobilité potentielle » peuvent être exclues[185]) ; soit la Cour fait elle appel aux fonctions du salarié (qui impliquent une certaine mobilité, par exemple « commercial »). Cela veut dire qu'indépendamment de la fréquence de ce recours, de sa distance ou de sa durée avec le lieu de travail initial, le salarié perd son droit de refus si l'employeur justifie de « circonstances exceptionnelles »... Une fois encore, il y a mise à l'écart du régime de la modification du contrat de travail»[186]. Il y a flexibilisation d'un élément du contrat, que le salarié ne peut refuser à moins d'avoir contractualisé une clause de sédentarité.

On ne saurait conclure cette partie sur la fragilisation du contrat comme socle protecteur, sans mentionner la vigueur renouvelée de l'accord collectif (voir *supra*), qui permette la variabilité d'un élément normalement contractuel. En principe, sur le fondement de l'article L 2254-1 du

---

[180] « Les objets soustraits au pouvoir », in « Le pouvoir de l'employeur », Semaine sociale Lamy 2008, supplément au N° 1340, p. 47 et s.

[181] C. Radé,. « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur: critique d'une jurisprudence hérétique », Dr. soc. 1999, p. 3

[182] Voir à ce sujet l'admission de l'utilisation de la clause de mobilité à titre de sanction disciplinaire : Cass. Soc. 11 juillet 2001 n°99-41574

[183] Pour la chambre sociale, le recours à la clause de mobilité au titre d'une sanction ne relève pas de l'abus de pouvoir (Cass. Soc. 11 juillet 2001, précit).

[184] Cass. soc., 3 févr. 2010, n°08-41.412

[185] Cass. Soc. 3 février 2010, n°08-41412

[186] A. Gardin, *« Le changement temporaire du lieu de travail du salarié. L'art de l'équilibre* », Semaine sociale Lamy, 27 oct. 2010, no 1460 et 4 oct. 2010, n°1461.

Code du travail, « lorsque l'employeur est lié par les clauses d'une convention collective, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables » ; mais l'accord collectif ne peut pas modifier le contrat de travail[187]. Autrement dit, nul besoin de prévoir une acceptation explicite du salarié à l'application des dispositions de la convention collective à son propre cas : elles sont d'application automatique et impérative. En revanche, lorsque l'accord est moins favorable que le contrat, il doit être « proposé » aux salariés ; ces derniers devront donner leur » accord », le refus pouvant déboucher sur un licenciement individuel pour motif économique, par exemple (ainsi dans la Loi du 14 juin 2013[188]). Mais la vigueur prise par les accords dérogatoires peut tout à fait écarter cette solution. La chambre sociale[189] avait bien essayé de s'opposer à ce mouvement, dans l'hypothèse d'une modification du temps de travail. Mais cette solution est obsolète. Prise à rebours par le législateur dans la fameuse loi « Warsmann » n°2012-387, il est désormais admis que « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, prévue par un accord collectif, ne constitue pas une modification du contrat de travail». Le contrat est alors réduit au rang de « récepteur informatif des dispositions du statut collectif applicable, sous réserve d'une contractualisation claire et précise de la norme collective »[190]. Ce renouvellement de l'articulation contrat de travail / accord collectif joue en défaveur du socle contractuel, variable ; la frontière entre relations individuelles et collectives de travail se fait plus poreuse.

Ce qui se dégage est en tout cas une instrumentalisation du contrat pour l'exercice du pouvoir. Le contrat devient l'instrument de son propre contournement. Paradoxalement, « la force obligatoire du contrat conduirait au renforcement des pouvoirs de l'employeur »[191]. La contractualisation permet une sujétion consentie du salarié, étendue à des pans nouveaux de la relation d'emploi. Le *droit* au refus du salarié se réduit d'autant, pour le salarié dont le contrat a davantage valeur informative que protectrice. *Janus juridique,* le contrat de travail peut être modulé en fonction de la conjoncture économique et de la situation du salarié ; tantôt outil de protection, tantôt instrument de sa *domination*. Nous nous penchons sur un deuxième pilier du droit au refus du salarié : la protection de sa propre personne (Section II).

Section II. La protection de la personne comme fondement du refus

[187] Soc. 25 février 1998, n°95-45.171
[188] La formulation retenue dans l'ANI était la suivante, à propos de l'article 18 : art. 18 : « bien que s'imposant au contrat de travail, l'accord de maintien dans l'emploi requiert *néanmoins* l'accord individuel du salarié ». Le consentement du salarié semble vidé de sa substance.
[189] Cass. Soc. 28 sept. 2010, n°08-43.161.
[190] M. Gourves, *La volonté du salarié dans le rapport de travail,* Thèse, 2011.
[191] F. Bousez, « Les pouvoirs de l'employeur à l'épreuve du contrat de travail », Thèse, Paris II, 2001, p. 10.

« Les correctifs au pouvoir de fait de l'employeur sont extracontractuels »[192]. Cette assertion peut s'appliquer au droit de refus du salarié. En tant que « titulaire de droits et libertés fondamentaux, le salarié dispose d'un pouvoir d'autodétermination sur son être »[193]. En assurant au salarié comme personne le droit de refuser, le droit le protège dans sa santé et sa sécurité (contre des incursions illégales ou abusives du pouvoir de l'employeur) (A) et dans sa vie personnelle et familiale, expression d'une fondamentalisation du droit au refus (B).

A. L'exigence de santé et de sécurité au travail

Cette exigence de santé et de sécurité au travail relève d'un choix historique du droit du travail (1), sous-tendant l'exercice d'un droit « statutaire » au refus du salarié (2), dont le droit de retrait est la formulation la plus aboutie (3).

1. La protection historique de la santé et de la sécurité au travail

La prévention de l'atteinte à l'intégrité physique du salarié constitue l'une des raisons d'être historiques du système juridique travailliste[194]. C'est que « la personne physique constitue l'objet de la prestation du salarié » rappelle A. Supiot[195], justifiant ainsi la place centrale occupée par la protection de la sécurité physique – et désormais mentale – dans le droit du travail[196]. On pense bien sûr aux lois qui assurent la protection des salariés en termes d'hygiène et de sécurité, de médecine du travail, d'accidents et de maladies professionnelles, mais aussi aux normes protégeant la femme enceinte, le salarié inapte ou invalide, etc. Le droit à la sûreté est d'ailleurs un droit consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 3) ; et l'article L.4121-1 pose l'obligation de l'employeur de protéger la santé des travailleurs.

C'est en reconnaissant l'existence de la personne au travail, douée de droits et notamment d'une protection de sa santé dans l'espace public, que le législateur instaure une traduction privée de ces droits personnels dans l'exercice du travail. L'employeur dispose d'un pouvoir sur le salarié,

---

[192] N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination,* Thèse Université Paris II-Panthéon Assas, 2012.
[193] L. Gratton, « « Volonté du salarié et droits fondamentaux » *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, déc. 2012, p. 183.
[194] Une évolution qui ne va pas de soi en droit communautaire : si la personne du travailleur occupe la place centrale du système juridique communautaire, elle y est principalement envisagée en qualité d'opérateur économique, partie prenante de l'échange marchand, et non dans le cadre d'un rapport de coopération mû par une logique statutaire. Cette traduction, en dépit des appels à « l'Europe sociale », n'est pas étonnante : elle est une réponse immédiate au souci des Etats membres d'assurer d'abord et avant tout une Union économique et monétaire avant qu'un projet politique.
[195] A. Supiot, *Critique du Droit du Travail*, PUF, 1994, p. 51 s.
[196] Pour A. Supiot, cette volonté de protection de la personne trouve son origine dans une *objectivation* du corps de la personne salariée. : « c'est parce que dans l'exécution du contrat le corps du salarié cesse d'être le siège d'une libre volonté individuelle, pour devenir une chose vivante insérée dans une organisation conçue par autrui, que la personne du salarié cesse d'être tenue pour responsable de ce qu'il advient de son propre corps » (A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF 2007, 336 p). C'est à ce titre que le droit du travail a organisé la protection des lésions corporelles, la préservation des rythmes « du vivant » (temps de pause, travail de jour en priorité, encadrement des temps d'astreinte...), notamment dans la survenance d'aléas naturels : maternité, maladie, vieillesse.

mais d'aucun droit sur la personne. Dans ce cadre, l'analyse contractuelle du rapport de travail – deux volontés se rejoignent pour s'accorder sur des obligations respectives – se déplace vers une analyse « statutaire », qui fait de la personne salariée un individu doté d'un bagage juridique, de *valeurs* « morales » ou jugées essentielles, qui dépassent le seul accord des volontés[197]. Cet éventail de droits à la santé et à la sécurité est placé sous la protection de la tutelle publique. Lorsqu'elles investissent l'entreprise, toute restriction que l'employeur entend leur imposer est alors soumise à une double exigence de justification et de proportionnalité. Ainsi, la subordination juridique devient le canal de la protection du travailleur.

2. Un droit « statutaire » au refus

Ce grossissement des droits statutaires attachés à la personne du salarié, et contredisant la seule loi des parties, assure là un fondement solide au refus du salarié. Le pouvoir de fait est contredit par la protection juridique de la personne du salarié.

Le droit à la santé, garanti notamment par la Charte sociale européenne (article 11) ou la Déclaration Universelle des droits de l'homme (article 25)[198], est l'un des fondements du droit au refus du salarié. Au nom du droit à la santé, le salarié peut refuser toute tâche à laquelle il a été affecté (si celle-ci présente un danger qui excède les limites normales des risques inhérent à sa fonction ou pour laquelle il n'a pas été formé ou encore qui viole l'avis d'inaptitude qu'il tient du médecin du travail). En outre peut-il refuser l'exécution de toute tâche dégradante ou vexatoire.

De la même manière, le salarié peut se prévaloir de son droit à la sécurité et à la dignité pour refuser de travailler dans certaines conditions insalubres ou dangereuses[199]. C'est le cas lorsque le lieu de travail ne respecte pas les normes légales en termes de sécurité incendie ou d'installations électriques ; ou lorsque les locaux sont sales ou non chauffés[200], par exemple. Sur le fondement de l'article R 4321-1 du Code du travail, ce droit au refus s'applique également aux outils de travail employés par le salarié. En arguant d'une atteinte à ce droit, le salarié pourrait aussi refuser d'exécuter une tâche à laquelle l'employeur l'a affecté, qu'elle soit épisodique ou systématique (nouvelle organisation du travail, nouveau rythme ou cadence de travail par exemple) qui le placerait en situation de surcharge de travail. Ainsi, la chambre criminelle a pu estimer que le fait de soumettre un salarié à une surcharge de travail rendait –

[197] Le contrat de travail est bien alors cet « acte-condition » qui déclenche, en dépit de la volonté des parties ou non, l'application automatique d'un ensemble de normes.
[198] Ces dispositions sont applicables en droit français. On citera également les dispositions internationales applicables devant le Juge français : Convention n°155 de l'OIT, sur la sécurité et la santé des travailleurs.
Pour aller plus loin : J.-F. Cesaro, « réception de la loi applicable : applicabilité de la norme supranationale dans l'ordre interne français », *in* B. Teyssié, *La norme transnationale et les relations de travail*, Ed. panthéon Assas, oct. 2014.
[199] Article R 4227-1 et s. du Code du travail.
[200] Article 4221-1, al. 2 du Code du travail.

en l'espèce – l'employeur coupable du délit de « soumission de personnes vulnérables à des conditions de travail indignes » ; « les cadences et les conditions matérielles de travail » imposées par l'employeur aux salariés faisaient de ces derniers « le prolongement d'une machine-outil ». Elles étaient donc « incompatibles avec la dignité humaine »[201].

Dans toutes ces hypothèses, le refus du salarié ne peut juridiquement justifier aucune sanction ou mesure défavorable. C'est encore sur ce même fondement que le salarié pourra s'opposer à certaines pratiques d'évaluations[202], ou certains objectifs auxquels il a été assigné. Dans ce dernier cas, le Juge interviendrait pour protéger l'intégrité de la personne des salariés[203] contre l'immixtion de l'employeur dans la construction de sa personnalité. Ce droit au refus pourra encore être mobilisé dans le cas d'une surveillance illicite de l'employeur[204], dont on peut s'étonner qu'elle n'ait pas été utilisée pour prohiber la vidéosurveillance sur le lieu de travail. Plus en avant, la protection de la personne physique prendra aussi la forme d'une assurance contre les agissements délictuels voire criminels de l'employeur : harcèlement moral notamment, donc la prohibition est inscrite à l'article L 1152-1 du Code du travail. Le refus du salarié d'effectuer une tâche en cas motivée par le harcèlement éventuellement managérial dont il fait l'objet, serait justifié[205].

On se limitera à ces quelques exemples-type, les développements (passionnants) sur ce sujet ne pouvant pas tous être traités ici. Retenons que ce « bouclier » des droits à la santé et à la protection de la personne du travail est mobilisable à tout moment de la relation de travail, et contre n'importe quelle disposition à laquelle le salarié serait confronté. Car « limites générales du pouvoir, les exigences de santé et de dignité garantissent les droits du salarié dans tous les aspects de la relation de travail »[206].

3. L'aboutissement concret du droit au refus : le droit de retrait

Plus qu'ailleurs, le droit de retrait constitue la reconnaissance de « la maîtrise du salarié sur sa propre sécurité »[207]. Ce droit est très intéressant, parce qu'il donne un aperçu des conditions

[201] Cass. Crim. 4 mars 2003, n°02-82194.
[202] A ce titre, on peut s'étonner de la licéité des évaluations « à 360 degrés ».
Dans le sens d'un encadrement strict des évaluations, voir : A. Chiriez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. Ouv. 2003, p. 309.
[203] CA Toulouse, 21 septembre 2011 ; TGI Versailles, 28 octobre 2010.
[204] Cass. Crim. 4 mars 2003, n°02-82194 : le délit de « soumission de personnes vulnérables à des conditions de travail indignes » est caractérisé notamment par « les interdictions de lever la teˆte, de parler et meˆme de sourire (...) interdictions dont l'application stricte était assurée par une surveillance et un controˆle constants et rigoureux, [allant] bien au-delà de la nécessité d'obtenir une productivité suffisante et un travail de qualité et du simple controˆle de ceux-ci ».
[205] Article L 1252 du Code du travail.
[206] N. Collet-Thiry, précit.
[207] M. Bonnechère, « Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », Droit ouvrier, 1994, p.173.

d'émergence d'un véritable droit au refus étendu à d'autres hypothèses de la relation de travail. En mettant en échec le pouvoir de direction de l'employeur, il reconnaît la rationalité du salarié dans son appréciation du danger, et vise à garantir l'effectivité de la sécurité sur le lieu de travail – à ce titre, le pouvoir dans l'entreprise ne peut lui porter atteinte[208]. Il est un droit de refus du travail reconnu et protégé. Le droit de retrait est issu de la loi du 23 décembre 1982[209]. Il figure aujourd'hui aux articles L.4131-1 et L.4131-3 du Code du travail, aux termes desquels le salarié peut se retirer d'une situation de travail « dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection »[210]. Il est distinct du droit de grève[211]. L'intérêt du droit de retrait comme modèle d'un droit au refus, réside selon nous dans cette alliance utile au droit d'alerte[212]. L'un et l'autre n'étant ni alternatif ni condition d'exercice de l'autre droit, ils constituent un panachage intéressant du collectif et de l'individuel sur les questions de sécurité[213]. Pour pouvoir être exercé, le salarié doit justifier d'une atteinte personnelle et semble-t-il persistante. Individuel, le droit au retrait ne peut pas semble-t-il, être exercé au profit d'un autre, ce qui aurait pourtant le mérite d'offrir une vision plus ambitieuse de la protection sur le lieu de travail.

Outil au service d'un droit fondamental à l'intégrité physique, le droit de retrait justifie que le salarié ne puisse subir aucun préjudice lorsqu'il l'exerce[214]. C'est ainsi l'une des seules manifestations du refus du salarié qui n'entraîne pas sanction et retenue sur salaire (article L. 4131-3 du Code du travail)[215].

Pourtant, indéniablement ce droit de retrait est limité à plusieurs titres. D'abord, le code du travail stipule que l'employeur *ou* les représentants du personnel *ou* le CHSCT doivent en être informé (le salarié doit avertir immédiatement l'employeur ou son représentant du danger de la

[208] En ce sens : Cass. Soc. 28 mai 2008 : le règlement intérieur ne peut pas comporter de dispositions visant à restreindre l'usage du droit de retrait. En l'espèce, la clause d'un règlement intérieur imposait, outre l'obligation d'information du responsable hiérarchique, une obligation immédiate de consignation par écrit avant retrait signée soit par le salarié, soit par un témoin ou par le supérieur hiérarchique. Si cette solution était comprise *lato sensu*, et elle devrait l'être, on pourrait alors considérer qu'une telle obligation s'imposera également aux signataires d'un accord collectif de travail.
[209] Loi n°82-1097 du 23 déc. 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, JO 26 déc. 1982.
[210] Selon la Haute juridiction administrative (CE, 16 déc. 2009, Touati, n° 320840), pour apprécier le caractère grave et imminent d'un danger, le salarié doit prendre en compte les risques existants, ainsi que les mesures prises par l'administration (donc dans notre cas, l'employeur) pour en supprimer ou atténuer les effets.
[211] En ce sens : Cass. Soc. 20 février 1991 n° 89-41.148. En outre, le droit de retrait n'est pas utilisable pour s'opposer collectivement à un projet d'organisation – ou une absence d'action, sur le long terme, de l'employeur – qui met globalement et non précisément en danger la santé et la sécurité sur le lieu de travail.
[212] Article L4131-2 : « Le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur selon la procédure prévue au premier alinéa de l'article L. 4132-2 ».
[213] A. Gardin, Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes, RJS 8-9/09, p.599.
[214] Directive n° 89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 8 § 4.
[215] Le paiement du salaire trouve de multiples fondements: le droit de retrait n'emporte pas suspension du contrat de travail, le salarié reste à la disposition de l'employeur qui peut l'affecter temporairement à un autre poste. Ensuite, le droit de retrait pouvant résulter d'un manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur, le paiement du salaire résulterait de ce que les salariés ont été contraints d'interrompre leur travail par une faute de l'employeur. Voir : S. Miara, *Hygiène et sécurité - principes généraux*, « Travail traité », Fasc. 20-10, 2004, n° 111.

situation). Cette solution alternative est assez discutable : il semble que le droit mette sur un pied d'égalité plusieurs instances de direction dans l'entreprise, toutes débitrices de l'obligation de santé et de sécurité du salarié – et donc juges, *de facto*, de la situation critiquée par le salarié. Cela apparaît d'autant plus inutile que le droit précise que le salarié n'a pas besoin de l' « accord de l'employeur » pour user de son droit de retrait. Auquel cas, l'information à destination de ce dernier ou d'un représentant du personnel ne se définit que comme une formalité qui peut être accomplie de manière postérieure au retrait, pour la satisfaction de la gestion de l'entreprise, et/ou pour permettre aux représentants du salarié de connaître précisément de ces situations à risques – ce qui est particulièrement nécessaire dans le cas du CHSCT. On aurait d'ailleurs préféré ici une obligation de communication de l'incident aux représentants du personnel, de la part de l'employeur *et* du salarié, permettant une appréciation réelle et concrète des évènements, de manière à prévenir ce type de situations dans l'entreprise. Si un droit au refus devait être consacré au profit du salarié, nous ne pensons pas que ce type d'encadrement légal soit judicieux, à moins d'être étoffé d'une obligation d'investigation ou de négociation collective sur la situation à risque qui se serait présentée.

Surtout, la liberté prise par le salarié pourrait s'avérer néfaste au salarié : l'employeur peut toujours estimer que le droit de retrait a été utilisé de manière illégitime, et opérer une retenue sur salaire[216]. Le risque d'une retenue sur salaire n'est pas de nature à inciter le salarié à exercer son droit de retrait, puisque ce sera alors au salarié de saisir le Juge prud'homal pour faire valoir ses droits. A contrario, l'action de l'employeur est facilitée, puisqu'il peut prendre de manière autonome et immédiate cette décision ; il n'a aucune obligation de saisir préalablement le juge prud'homal afin que soit portée une appréciation du bien-fondé de l'exercice du droit de retrait. Une partie de la doctrine propose qu'une retenue sur salaire ne puisse pas être réalisée sur le seul fondement d'un doute ou d'une volonté en ce sens côté employeur[217].

Pour l'exercice du droit de retrait – comme pour le contrôle du refus en général -, le rôle du Juge est donc tout à fait primordial[218] ; il procèdera à ce titre à une appréciation analyse subjective du danger[219]. La Cour de cassation protège « tant le salarié contre le sentiment d'insécurité que contre l'insécurité elle-même ». La loi « n'exige pas l'existence objective d'un danger grave et imminent mais seulement *l'idée que peut en avoir le salarié* : il suffit que son appréciation soit raisonnable, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas extravagante, ou excessive »[220]. Au salarié est confié a priori le soin d'apprécier si sa vie ou sa santé sont en danger, et celui de les sauvegarder sous

[216] Si sanction il y a, elle est la conséquence de l'absence de fourniture du travail, de l'inexécution de ses obligations par le salarié, règle de base des relations contractuelles de travail. (Cass. Crim. 25 novembre 2008).
[217] M. Miné, « Le licenciement portant atteinte à l'exercice justifié du droit de retrait est sanctionné par la nullité », RDT 2009, p. 167.
[218] Dans le sens d'une protection du retrait : Cass. Soc. 28 janvier 2009 (n° 07-44.556) : le licenciement d'un salarié ayant exercé de manière légitime son droit de retrait était nul.
[219] Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-40.111 (en fonction des allergies du salarié).
[220] G. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, n° 832, Dalloz, 26e éd., 2012

le contrôle a posteriori du juge[221].

Le droit de retrait ouvre plusieurs portes. D'abord, pourquoi ne pas ouvrir ce droit de retrait aux situations de risque pesant sur la santé mentale du salarié ? Certes, plus que la santé physique, la santé mentale paraît ne pouvoir être mise en danger que dans la durée, dans une rythmicité particulière. D'ailleurs, le législateur n'a pas inclus cette possibilité dans les motifs de la Loi de 1982, et l'administration a exclu le droit de retrait en cas de risque pour la santé mentale ; le Conseil d'Etat l'a suivie en ce sens[222]. Néanmoins, cette réforme aurait le mérite d'offrir au salarié une protection « ex ante » et non pas seulement *a posteriori*, par arrêt du travail ou devant le Juge pénal pour harcèlement moral. Ensuite, l'hypothèse d'une ouverture du droit de retrait est-elle inenvisageable hors du cadre de la santé et sécurité au travail ? En tant que personne raisonnable et autonome, le salarié ne pourrait-il disposer de ce droit dès lors qu'une décision de pouvoir dans l'entreprise entre en contradiction soit avec son intérêt (matériel, moral, individuel, collectif), soit avec celui de l'entreprise (décision de gestion particulièrement néfaste à la viabilité économique de l'entité concernée) ? N'y a t il pas là, en germe, un droit de retrait qui pourrait être généralisé à d'autres situations complémentaires, dans lesquelles l'individualité du salarié trouve intérêt à exprimer sa volonté[223] ?Dans ce contexte, il apparaîtrait tout à fait vraisemblable qu'à la décision de modification du contrat de travail imposant un rythme ou des conditions de travail mettant en jeu la santé des salariés, ou à l'entrée en vigueur d'un accord collectif fixant de nouvelles règles de répartition du personnel, le salarié puisse opposer son refus – son droit de retrait. Alors, qu'importe la légalité formelle de la décision litigieuse ; le droit de retrait du salarié interviendrait en renfort du droit d'alerte (art. L 2313-2 du code du travail) et du droit de grève.

La force juridique – soutenue par le droit international et européen – qui sous tend les droits à la santé et à la dignité sont les expressions premières d'une priorité accordée à la personne du salarié. Celle-ci se déploie dans une « fondamentalisation » du refus permettant d'accorder au salarié un droit de refus dès lors que sa vie personnelle, familiale, est menacée (B).

B. La fondamentalisation du refus

Nous entendons par « fondamentalisation du refus » l'introduction progressive des droits

[221] Y. Chauvy, « Retrait d'une situ tion de travail, Le danger justificatif, ses facteurs extérieurs et propres au salarié », RJS 1996, p. 319

[222] Sur cette question, voir : P. Neiss, « Le droit de retrait en cas de danger pour la santé mentale », note Riseo.

[223] D'autant que le Juge opère parfois, selon nous, une confusion troublante entre droit de refus et droit de retrait lorsque la santé du salarié est en jeu. Seule persiste la distinction du caractère « urgent », « imminent » du danger. Ainsi, le Juge social a déjà pu décider que le salarié peut légitimement refuser d'effectuer des heures supplémentaires, lorsque les heures qui lui avaient été précédemment imposées n'ont pas été assorties de repos compensateur (Cass. Soc. 5 novembre 2003, n°01-42.798). Sous l'angle de la santé physique du salarié, ce refus peut être analysé comme un droit de retrait.

humains fondamentaux dans le droit du travail, conduisant à protéger le salarié de ses atteintes en lui accordant un droit de refus. Entamée en prohibant l'immixtion du pouvoir dans le temps personnel du salarié (1), ce mouvement se prolonge dans l'adaptation de l'entreprise à la personne au travail (2), mais surtout dans la protection de la vie personnelle du salarié (3).

1. Le refus de l'immixtion du pouvoir dans le temps personnel du salarié

Le pouvoir ne peut s'exercer que dans le cadre tracé par le contrat : son exercice n'est concevable que lors de l'exécution du contrat de travail. Il est donc exclu du temps non travaillé, du temps libre, personnel[224]. C'est ce que S. Frossard nomme « les temps soustraits au pouvoir »[225]. Cette frontière qui borde le pouvoir de direction connaît un essor remarquable avec une prégnance accrue des droits fondamentaux dans le droit national, et une européanisation des sources du droit. Elles s'avèrent propices à un élargissement du droit de refus du salarié-individu. Lorsqu'il est dans le cadre de sa vie personnelle (familiale), le salarié peut évidemment vaquer librement à ses occupations sans être contraint par l'employeur : la subordination juridique ne vaut qu'aux temps et lieux de travail – c'est tout l'enjeu auquel le droit du travail et la protection subséquente du salarié doit faire face avec l'avènement des NTIC. A ce titre, le salarié aura le droit de refuser, par exemple, la clause de célibat ou clause de domiciliation[226] dans son contrat.

En pratique, le salarié aurait également le droit de refuser toute sujétion de son employeur ou mission qui déborderait sur son temps personnel. Cela ne vaudrait évidemment pas dans le cadre de l'astreinte, de l'urgence ou de catastrophes naturelles. Ces régimes d'exceptions annulent le principe général de droit de refus accordé au salarié.

2. L'adaptation de l'entreprise à la personne, l'ordre et les libertés publiques

On observe une baisse d'intensité du lien de subordination (juridique), et une propagation de la liberté individuelle dans l'exercice du contrat. D'ailleurs, comme le souligne P. Lokiec, « C'est lorsque le droit au refus s'appuie sur les droits fondamentaux que son effectivité est la plus grande »[227]. Ainsi, un refus du salarié peut être justifié par des agissements portant atteintes à ses droits fondamentaux. C'est à dire qu'au travail, l'entreprise doit s'adapter à la personne. Et

[224] Pour Frouin, les principes garantissant l'autonomie du salarié dans sa vie personnelle « ne sont inscrits nulle part, mais ils n'ont pas à l'être car ils se déduisent d'une pure logique de raisonnement : le salarié qui n'est pas au travail cesse d'être un salarié pour devenir un homme ordinaire, avec tous les attributs d'un homme ordinaire » (Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », J-Y. Frouin, JCP S 2010, 1087).

[225] « De cet ordre temporel est née une dialectique déterminant une part de la liberté de l'individu du fait de la subordination dans laquelle le salarié est placé à l'égard de l'employeur. Au temps du travail, le salarié accepte de se soumettre au pouvoir patronal, il abandonne une part de sa liberté, alors que, hors du temps de travail, le salarié doit la recouvrer. Le critère du temps apparait ainsi comme une limite objective à l'exercice du pouvoir »

[226] Cass. Soc. 12 janvier 1999, n°96-40755

[227] P. Lokiec, « Refuser », *in* La volonté du salaréi, sous la direction de T. Sachs, 2012, pp. 103-112.

en protégeant la personne dans le travail, le droit du travail s'ouvre aux libertés publiques. « Le travailleur étant avant tout une personne, il ne perd pas cette qualité en devenant salarié. Il consent seulement à ce que ses actions soient dirigées plus ou moins étroitement pour la réalisation de la prestation de travail à laquelle il s'engage. Même dans ce cadre, il ne cesse pas d'être une personne titulaire de libertés et sujet de droit »[228].

Par exemple, le droit protège certains éléments déterminés relatifs à la personne ; toute décision relevant du pouvoir de l'employeur qui prend en compte les éléments personnels du salarié est *nulle*[229]. Encore, l'article L 1132-1 protège particulièrement contre les discriminations dont le salarié pourrait faire l'objet[230]. Cela vaut également pour le harcèlement (L. 1152-2 du code du travail). La sanction de nullité est particulièrement lourde puisque l'on se situe sur le terrain des droits fondamentaux. Les mesures de rétorsions au refus du salarié d'une proposition antérieure, seraient évidemment également sanctionnées[231].

Surtout, l'article L. 1121-1 du code du travail organise un contrôle de la proportionnalité de la mesure eut égard à son incidence sur les droits de la personne au travail. Selon ses termes, « *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 ». Les droits et libertés du salarié sont mis en balance avec le pouvoir de l'employeur, qui ne peut les restreindre arbitrairement[232]. Par exemple, la modification des horaires de travail, du lieu de travail, la définition des objectifs professionnels, doivent se faire de manière à respecter la vie privée du salarié (impératifs familiaux par exemple). De la même manière, les fouilles du salarié ne pourront être organisées et autorisées que si elles remplissent une double condition : être justifiées par l'activité et effectuées au moyen d'appareils de détection[233]. Idem pour la mise en œuvre de la clause de mobilité du salarié : celle-ci ne pourrait porter atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale ; à défaut cette atteinte doit être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché[234]. Le contrôle de

[228] S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », « Le pouvoir de l'employeur », Semaine sociale Lamy 2008, supplément au N° 1340, p. 47 et s.
[229] Ainsi : article L. 1321-3 al. 2 et 3 du Code du travail, limitant le contenu du règlement intérieur.
[230] « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».
[231] CA Paris, 6 mars 2003.
[232] S. Frossard, « Les objets soustraits au pouvoir », « Le pouvoir de l'employeur », Semaine sociale Lamy 2008, supplément au N° 1340, p. 47 et s.
[233] CE 8 juill. 1988.
[234] Cass. Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523. voir également : Cass. soc., 17 oct. 2012, n° 11-18.029

proportionnalité de l'atteinte aux droits et libertés du salarié embrasse tout le droit du travail, toute la relation contractuelle. Le Juge saisi effectuera un double contrôle, d'abord de la licéité de l'obligation qui intrinsèquement porte atteinte au droit fondamental du salarié ; ensuite de l'exécution même de l'obligation (on vérifie ici la légitimité de la décision patronale)[235].

Ce faisant, nous pensons que cet article L.1121-1 offre à revers un droit de refus au salarié qui estimerait qu'une atteinte non proportionnée a été portée à ses droits. Il pourrait refuser la mesure disproportionnée. En outre, la formulation générale (« nul ») conduit à appliquer cet article à *tous les acteurs du pouvoir dans l'entreprise*. On peut légitimement concevoir que l'article puisse être mobilisé pour contrer une disposition d'un accord collectif qui aurait le même effet. Pourrait-il servir de fondement au refus du salarié de se voir appliquer un « accord collectif disposant » qui prévoit la mise en place de conventions de forfaits jours ? Dans cette hypothèse, comment le salarié pourra-t-il justifier son refus, dans la mesure où l'information sur le « but recherché » (la compétitivité de l'entreprise, la souplesse du travail salarié...) et « la nature de la tâche à accomplir » sont difficilement appréciables ?... Et surtout difficilement accessibles, puisque les récepteurs de l'obligation d'information dans l'entreprise sont les représentants élus... et non pas le salarié ? Ici, le refus serait indéniablement contraint.

Cet article – fondateur – souffre en revanche de lacunes intrinsèques. D'abord, le salarié ne peut faire valoir son droit fondamental qu'à l'aune d'une atteinte déjà consommée. Ce n'est qu'*a posteriori*, devant le Juge, qu'il pourra potentiellement obtenir l'annulation de la mesure, sauf exceptions[236]. Surtout, en organisant le contrôle de l'abus, il autorise et légitime l'atteinte à ces droits et libertés. Enfin, en faisant de l'appréciation préalable de l'employeur et du contrôle postérieur par le Juge deux pivots juridiques de cet article, une place trop ténue est laissée au droit au refus du salarié.

3. La protection de la vie personnelle du salarié

Le droit du travail protège non seulement la personne du salarié au travail, mais encore sa vie personnelle, qui pourtant se déroule hors du temps et du lieu de travail. Lorsqu'il exécute sa prestation de travail, le salarié n'annihile pas sa vie privée, qui doit donc être prise en compte et protégée[237]. Sont ainsi soustraits à la sphère du pouvoir les faits et actes qui relèvent de la vie personnelle du salarié ; tels qu'ils ressortent par exemple du fameux arrêt « Nikon »[238], dans

[235] S'agissant de la clause de mobilité par exemple, le Juge doit vérifier si la restriction imposée par l'employeur au droit au respect de sa vie privée et familiale du salarié est 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 conformément à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article L. 1121-1 du code du travail. Exemple : Cass. soc., 13 janv. 2009, n°06-45.562.
[236] Ainsi, la proportionnalité est utilisable ex ante pour certaines pratiques qui seraient attentatoires aux droits fondamentaux du salarié. C'est le cas de la fouille au corps (Soc. 3 avril 2001, n°98-45.818).
[237] C. Mathieu, il a une « exigence d'indifférence » des faits relevant de la vie personnelle dans les relations de travail.
[238] Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942.

lequel le Juge consacrait la protection des dossiers informatiques du salarié dès lors qu'ils étaient signalés comme « personnels » sur son ordinateur de travail.

Cette notion de vie personnelle, fondamentale, est pourtant récente. Jusqu'en 1997, les Juges se réfèrent à la « vie privée » du salarié[239]. Par la suite, la notion de vie personnelle, plus large, est apparue dans la jurisprudence sociale[240]. P. Waquet estime qu'« elle inclut l'ensemble du comportement du salarié, qu'il relève de l'intimité de la vie privée ou du comportement public, qui échappe à l'autorité de l'employeur, pendant ou en dehors de la durée du travail »[241]. C'est donc une notion large, généreuse, qui promet un droit au refus protégé au salarié.

A ce titre par exemple, le refus d'un changement des conditions de travail doit être apprécié plus souplement dès lors que le salarié fait valoir des éléments liés à sa vie personnelle pour justifier son refus. Le juge doit effectivement prendre en compte les répercussions sur la vie personnelle du salarié pour qualifier la rupture du contrat de travail. C'est cette solution qui avait été dégagée à propos d'une salariée ayant refusé un nouvel horaire de travail lui imposant d'être présente à l'heure du déjeuner dont elle pouvait disposer précédemment, ce qui lui permettait de s'occuper de ses enfants « d'âge scolaire » (Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.177) ; d'une salariée ayant refusé, en raison *obligations familiales impérieuses*, de travailler de 18 h 30 à 22 h alors qu'auparavant elle travaillait de 10 h 30 à 13 h 30 (Cass. soc., 15 déc. 2004, n° 02-44.924)

En outre, le refus du salarié est nécessairement apprécié *in concreto*. Sous jacente, se niche la velléité du Juge de contrôler la bonne foi de l'employeur dans la rupture de la relation de travail, d'en contrôler les abus (voir *infra*). Par exemple, la faute grave a pu être rejetée à l'égard d'une salariée ayant refusé de travailler un samedi matin sur deux alors qu'elle avait une ancienneté de dix-neuf années pendant lesquelles elle avait disposé librement du samedi matin242. En retenant le critère de l'ancienneté[243], ou sur celui du nombre d'enfants à charges, le juge prud'homal insiste sur cette nécessité d'une appréciation en équité, et ce quitte à produire une forme indubitable d'inégalité de traitement à l'encontre du célibataire sans enfants qui a simplement la volonté de conserver ses conditions de travail antérieures, par simple convenance personnelle.

Plus intéressant encore, dans un arrêt du 3 novembre 2011[244] « Gsf Orion », la Cour de cassation

[239]« Les agissements du salarié dans sa vie personnelle [ne sont] pas constitutifs d'une cause de licenciement ».
[240] Cass. soc., 14 mai 1997, n°94-45.473.
[241] P. Waquet, « En marge de la loi Aubry : travail effectif et vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 1998, p. 963. Pour S. Frossard (précit.), la notion de vie personnelle se définit comme « l'ensemble des instants, des faits et des situations qui sont hors du lien de subordination, plus exactement qui sont sans lien avec une obligation à caractère professionnel ».
[242] Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.264 et Cass. soc., 26 oct. 2004, n°02-43.164.
Voir également le cas d'une salariée ayant 10 ans d'ancienneté et revenant d'un congé de maternité, qui refuse, en raison d'obligations familiales impérieuses, un changement de ses horaires de travail, consistant à travailler, outre le samedi matin, trois samedis après-midi sur quatre (Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-47.721).
[243] Cass. soc., 28 avr. 2011, n°09-69.514 : refus d'une qualification de « refus abusif » opposée par le salarié ayant une ancienneté de 35 ans, dans une mutation sur un autre lieu de travail.
[244] Cass. Soc. 3 nov. 2011 n°98-45.818.

a estimé qu'un changement des horaires portant une atteinte excessive au respect de la vie personnelle du salarié, constituait une modification du contrat[245]. Dans ce cas, la chambre sociale de la cour de cassation opère une confusion entre l'atteinte à un droit fondamental et la modification du contrat, qui donne au salarié un droit de refus (voir *supra*). Le Juge aurait pu se contenter de dire qu'une atteinte excessive à la vie personnelle du salarié lui donnait droit de refuser la modification de ses conditions de travail, par exception à la dichotomie « de principe » entre conditions et contrat. Il nous semble que le Juge redécouvre « en latence » un droit fondamental à la vie personnelle normale, dans le contrat (bien que rien ne soit contractualisé comme tel). La protection statutaire et fondamentale se logerait dans le noyau contractuel, indépendamment d'une quelconque contractualisation. La solution « conduit à inscrire dans le champ contractuel des éléments relevant du régime des droits fondamentaux, et qui n'ont pas, à ce titre, vocation à y prendre place » souligne L. Gratton[246]. Peut-on, doit-on élargir cette solution à tous les droits fondamentaux du salarié ? Les risques d'une contractualisation de l'atteinte aux droits fondamentaux par la volonté du salarié, ne doivent pas être écartés.

La notion de vie personnelle protège donc le refus. C. Mathieu évoque alors des « immunités légales », qu'elle différencie du refus appuyé sur le socle contractuel. Selon elle, le refus est alors une « garantie d'exercice des droits fondamentaux », en ce qu'alors les immunités légales « sont indépendantes de la source du changement. Peu importe que la décision de l'employeur s'inscrive dans l'ordre du pouvoir ou du contrat, ou encore qu'elle soit habilitée par un accord collectif signé par des syndicats majoritaires. L'objection du salarié est dotée d'une certaine force car elle s'appuie sur ses droits fondamentaux. La résistance du salarié, vue au prisme du droit des personnes, en ressort affermie »[247]. Plus encore, la sanction d'une telle atteinte à un droit fondamental est la nullité de la décision qui serait prise sur le fondement du refus (donc la sanction disciplinaire, le licenciement...). En se plaçant sur le terrain des droits fondamentaux, et pas sur celui de la modification contractuelle, le salarié élargit le spectre de ses chances de voir son projet (ou son refus) accepté par l'employeur (et en aval, par le juge en cas de contentieux). Comme le souligne très bien C. Mathieu, lorsque le salarié refuse une modification du contrat de travail, le licenciement est toujours possible. Le Juge devra, en cas de contestation de la raison du licenciement, rechercher les motifs qu'avait l'employeur. La personne du salarié est laissée de côté. En revanche, en se plaçant dans le registre de l'atteinte à ses droits fondamentaux, le salarié invite le Juge à s'interroger sur les effets – et non sur les motifs – de la décision patronale. Le droit au refus alors « constitue l'instrument technique de *concrétisation* du droit fondamental en cause dans le rapport juridique de travail ». C'est particulièrement symptomatique dans la solution qu'a dégagé la CJUE dans l'hypothèse du transfert des contrats

[245] « Sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur ».
[246] L. Gratton, « Volonté du salarié et droits fondamentaux », précit.
[247] C. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », *in* La volonté du salarié, sous la direction de T. Sachs, 2012, pp. 231-244.

de travail en cas de transfert de l'entreprise, de l'établissement, ou de parties d'établissements[248]. Ici, le droit d'opposition au transfert de son contrat de travail, reconnu au salarié, est un *dérivatif* du droit fondamental du travailleur au libre choix de son employeur.

Finalement, la limite principale aux droits fondamentaux comme fondement du droit au refus du salarié, tient à leur éventuelle imprécision. Par exemple, cette protection de la vie personnelle pourrait s'étendre à l'habillement et à la coiffure, mais le Juge français n'a pas suivi cette voie, préférant à l'employeur une fonction de « jugement de normalité », un « contrôle des conventions sociales »[249]. (Reste la lecture de l'article L 1132-1 du code du travail, aux termes duquel est consacrée l'absence de pouvoir de direction concernant l'apparence physique des salariés). Même, la solution constante de la Cour veut que le salarié doive exécuter les tâches pour lesquelles il a été recruté. Il ne peut donc pas, normalement, faire valoir ses convictions religieuses pour refuser d'accomplir les missions prévues au contrat[250]. En outre, le risque n'est pas nul d'assister à une immixtion gênante de l'employeur ou du Juge (contrôle du litige) dans la vie du salarié.

Du point de vue de la consécration d'un véritable droit au refus, plusieurs remarques peuvent être faites. D'abord, nous pensons que ce fondement, utile, procède néanmoins d'une confusion entre la sanction de l'atteinte à un droit fondamental, et la consécration du droit au refus. En poursuivant cette fusion, on pourrait alors consacrer un droit au refus étendu à toutes les situations de travail dans lesquelles le salarié constate une violation ou une atteinte disproportionnée à ses droits. C'est intéressant, mais ce n'est pourtant pas l'évolution qui se profile actuellement. En filigrane, cette confusion questionne surtout la place occupée par la volonté du salarié dans l'entreprise. Saurait-il être limité aux seuls cas de non-respect par l'employeur de ses obligations, aux cas d'atteinte à ses droits fondamentaux ? Ne trouve-t-on pas dans la dignité de la personne et la protection de l'autonomie de sa volonté, comme individu rationnel, la nécessité de consacrer en sa faveur un droit de refus, peu important qu'il y ait ou non atteinte antérieure d'un de ses droits ou de son contrat ?

En outre, comme le souligne L. Gratton, si l'on voulait davantage protéger le droit au refus d'une mesure contradictoire avec un droit fondamental, sa protection nécessiterait que toute mesure de rétorsion prise en conséquence d'un exercice par le salarié de son droit au refus (licenciement, mesure disciplinaire...) soit elle aussi sanctionnée de nullité. Ainsi, « dès lors que l'employeur a cherché à imposer une mesure emportant une atteinte excessive aux droits fondamentaux du

[248] CJCE, 16 décembre 1992, Katsikas, aff. Jointes C-132-91 s., Rec-I-6577, point 32.
[249] Pour un exemple particulièrement poussé du pouvoir dont dispose l'employeur en la matière, dans une affaire où le salarié, chauffeur routier, s'était laissé pousser les cheveux, voir : CA Reims, 6 mars 1996.
Concernant l'habillement : Cass. soc., 28 mai 2003, n°02-40.273 : « la liberté de se vêtir à sa guise n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales ».
[250] Cass. Soc. 24 mars 1998.

salarié, il devrait, à tout le moins, se voir attribuer l'imputabilité de la rupture du contrat et en supporter les conséquences indemnitaires »[251]. C'est d'ailleurs dans ce sens que la Loi se prononce: les refus légaux sont perpétuellement assortis de la mention suivante : « ce refus n'est pas constitutif d'une faute ni même d'un motif de licenciement » (ainsi du droit de refus de travailler le dimanche, du refus du travail de nuit, L 3123-24 du Code du Travail).

Conclusion

Quel que soit le point de vue observé, volonté du contractant et liberté de la personne « traduisent la sensibilité du droit du travail aux choix susceptibles d'être effectués par le salarié. Les deux notions montrent (…) une égale préoccupation pour l'autonomie du salarié »[252]. Ce que l'on a constaté, c'est ce double mouvement de décloisonnement du contrat et de personnalisation du refus. Par le contrat ou par les droits fondamentaux, ces piliers du refus traduisent le mouvement de balancier entre la convention privée et le statut de droit public[253], qui innerve le droit du travail.

La technique de l'institution des règles d'ordre public permet bien d'atténuer les effets du pouvoir de l'employeur sur la situation du salarié. Le refus est de fait l'une des manifestations de cette « tendance à recentrer sur la personne des travailleurs l'approche de leurs droits »[254]. Mais cette conception ne permet pas d'asseoir un droit au refus consacré en tant que tel : la capacité de refuser demeure circonstanciée, incertaine, soumise à l'appréciation du Juge. Le droit en propre n'existe pas. Les droits protégeant la personne dans et hors du travail n'offrent encore au salarié qu'un droit de refus « défensif », qui ne peut qu'intervenir lorsqu'une atteinte à l'un de ses droits se profile ou s'est déjà réalisée. Se faisant, le droit du travail imbrique dans un lien de nécessité le refus et l'ordre public - là où la loi impose un respect « minimum » des intérêts du salarié, que ce soit en matière de salaire minimum, de durée légale du travail, de temps de repos ou de droits de la personnes. Le salarié ne peut pas y renoncer, et l'employeur ne peut pas les atteindre (ces règles « civilisent une domination inhérente à notre système économique »[255]). On ne peut donc pas soutenir que le salarié est en *droit* de refuser toute proposition qui viserait à porter atteinte à ce droit. Cette conception du refus est importante, mais elle n'est pas suffisante dans le sens où elle ne protège pas la volonté, seule, du salarié de ne pas se plier à une décision, pour des motifs qui peuvent échapper à une classification par l'envers, en fonction de l'atteinte ou de sa gravité aux droits du salarié dans l'entreprise. Pourquoi ne pas concevoir un droit de

[251] Et donc : « le licenciement ne saurait faire l'objet d'une quelconque justification dès lors qu'il fait suite au refus opposé par le salarié à une mesure emportant elle-même une atteinte injustifiée et non proportionnée à ses droits fondamentaux (…) Le licenciement prononcé dans de telles circonstances serait nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse »
[252] A. Lyon-Caen, « Liberté et volonté », *in La volonté du salarié,* Thème et commentaires, Dalloz, 2012.
[253] N. Olszak, « Le contrat de travail : entre statut et convention (aspects de droit comparé) », *in* F. Hordern, *Construction d'une histoire du droit du travail,* Cahiers de l'IRT, Aix-en-Provence n°9, avril 2001.
[254] F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », Semaine sociale Lamy, n° 1569, 28 janv. 2013, p. 4.
[255] J. Pélissier, A. Jeammaud,A. Supiot, Droit du travail, Précis, Dalloz, 24e éd., 2008, p. 727

refus comme nouveau droit fondamental ? Pourquoi, à tout le moins, ne pas envisager un droit au refus du salarié assis sur le droit commun des contrats ? C'est cette question que nous traitons dans une Troisième Partie (**Partie 3**).

Partie 3. Vers un véritable droit au refus ? La persistance d'une appréciation circonstanciée de la volonté

Cette dernière partie permetd'analyser concrètement les conséquences du refus du salarié (Section I) qui posent indéniablement la question de son effectivité, appelant dès lors à la consécration d'un véritable droit au refus (Section II).

Section I. Les sanctions du refus

« Le refus du salarié est en principe illégitime » écrit P. Lokiec[256]. Que ce soit parce qu'il enfreint la décision de l'employeur, détenteur du pouvoir dans l'entreprise, ou qu'il outrepasse les règles contractuelles, le salarié qui refuse est généralement sanctionné. D'ailleurs, le Juge ne dit-il pas qu'en cas de refus du salarié d'une modification de son contrat, l'employeur devra soit maintenir le contrat de travail en l'état, soit tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure spéciale de licenciement et en demandant une autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail[257] ? C'est dire si la protection du refus est faible : dans le meilleur des cas, le salarié évite le licenciement pour faute, et se voit appliquer la procédure de licenciement pour motif personnel.

On distinguera dans cette Première section le refus légitime (A) du refus illégitime (B), plus fréquent.

A. Le refus légitime

En refusant, le salarié place sa destinée contractuelle entre les mains de l'employeur. Il n'est pas impossible que celui-ci accède à sa demande de *statu quo*, et renonce à son projet initial. C'est la meilleure issue possible. Au-delà, le salarié est parfois en droit de refuser une mesure, comme nous l'évoquions en Deuxième partie (Fondements du refus). Ainsi rappelle A. Gardin[258], le salarié n'est tenu d'obéir qu'à certains ordres. Il a donc une capacité de refus légitime si la directive, la mesure ne correspond pas « à l'activité normale du salarié telle que prévue par les parties ». C'est ce que l'on verra ici. On distinguera plusieurs cas où le refus du salarié n'est pas sanctionné : la mesure outrepassant le cadre contractuel ou atteignant les droits de la personne (1) ; l'ordre illicite ou illégal (2) ; les refus particuliers visant à la protection d'intérêts supérieurs

[256] Pascal Lokiec, « Refuser », *in La volonté du salarié*, sous la direction de Tatiana Sachs, Dalloz déc. 2012.
[257] Voir à ce titre : Cass. soc., 21 nov. 2006, n°04-47.069 ; Cass. soc., 25 nov. 1997, n°94-42.727 ; Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-15.026.

[258]A. Gardin, « Une illustration de l'insubordination du salarié : le refus d'exécuter une tâche », Dr. Soc. 1996, p. 363

(3).

1. Le refus d'une mesure qui outrepasse le cadre contractuel ; la protection de la personne

Comme nous le sous-tendions *supra*, tout ordre ou projet de modification formulé par l'employeur, qui excède les limites de l'obligation de subordination du salarié, lui donne droit de le refuser. Avec constance depuis un arrêt rendu en date du 10 décembre 1996[259], la chambre sociale de la cour de cassation reconnaît désormais qu'un « salarié est toujours en droit de refuser la modification de son contrat de travail ». Ce refus ne constitue pas une faute[260] ni une cause réelle et sérieuse de licenciement[261]. Le licenciement qui interviendrait sur le fondement du refus serait sans cause réelle et sérieuse[262] ; le salarié pourrait prendre acte de la rupture aux torts de l'employeur[263] en cas d'atteinte de l'employeur à son obligation contractuelle. S'il était licencié sur le fondement de son refus, le salarié pourrait également exiger la poursuite de son contrat aux conditions initiales.

De la même manière, la convention collective ne pourrait pas non plus intervenir pour modifier les obligations du salarié. Même si les obligations ont été définies sur la base d'une convention collective, au moment de la conclusion du contrat de travail, les transformations (dénonciation, révision) de la couverture conventionnelle ne pourront avoir aucun impact sur la nature des obligations que doit fournir le salarié puisque la détermination de l'objet de l'obligation s'apprécie exclusivement au moment de la conclusion du contrat.

Enfin, et comme nous l'expliquions dans notre Partie 2, ce sont l'ensemble des droits personnels du salarié qui justifieront son droit au refus et préviendront sa sanction. A titre d'exemple, retenons que lorsque le travail de nuit s'avère incompatible avec des obligations familiales impérieuses, notamment la garde d'un enfant ou la prise en charge d'une personne dépendante, le salarié peut refuser cette modification, sans que ce refus puisse constituer une faute ou un motif de licenciement. Le Juge protège les obligations familiales impérieuses, démembrements de la vie personnelle du salarié, pour motiver son droit au refus[264].

---

[259] Cass. Soc. 10 décembre 1996, n°94-40.300. Voir antérieurement : Cass.Soc. 25 juin 1992 : à « défaut de démission non équivoque, le refus du salarié de poursuivre l'exécution du contrat de travail qui n'a fait l'objet d'aucune modification substantielle de la part de l'employeur n'entraîne pas à lui seul la rupture du contrat de travail, même en cas de départ du salarié, mais constitue un manquement aux obligations contractuelles, que l'employeur a la faculté de sanctionner, au besoin en procédant au licenciement de l'intéressé ».

[260] Cass. Soc. 23 janvier 2001.

[261] Cass. Soc. 28 janvier 2005.

[262] Ainsi, un salarié ne peut être mis à pied à la suite de son refus d'une modification de son contrat de travail ou d'un changement de ses conditions de travail. (Cass. soc., 6 avr. 1999, n°97-40.499).

[263] Cass. Soc. 2 décembre 2009, n°08-44024.

[264] Ainsi, le refus d'accomplir les horaires proposés n'est pas constitutif d'une faute grave dès lors que la proposition de l'employeur n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses (Cass. soc., 1er avr. 2003, n° 00-41.873).

Plus largement, le salarié pourrait refuser de mettre en cause son intégrité physique ou sa dignité, qui serait une humiliation voire, même, qui serait contraire à sa liberté de conscience ou à ses opinions politiques, qu'il s'agisse d'une modification de son contrat, d'un changement de ses conditions de travail ou d'un ordre.

Cette protection du contrat et du salarié vaut donc même si le contrat de travail était voué à la cession et à la disparition (rupture du contrat) en cas de refus du salarié. En effet, « hors le cas du maintien de plein droit d'un contrat de travail avec le nouvel employeur en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, le refus d'un salarié de changer d'employeur ne constitue pas en lui-même, une cause de licenciement »[265]. Cette jurisprudence consacre le droit, pour le salarié, de refuser le transfert « conventionnel » de son contrat. La même solution opère dans l'hypothèse d'une perte d'un marché de prestations de services, qui exige une transcription volontaire de l'article L. 1224-1 du code du travail[266].

2. L'ordre illégal ou illicite

Lorsque l'employeur formule une directive qui viole la loi, le salarié peut la refuser : le non respect du droit (*lato sensu*) constitue un motif légitime de refus du salarié. Ainsi des heures supplémentaires au delà du contingent annuel (en principe, l'employeur peut toujours, normalement, imposer au salarié d'effectuer des heures supplémentaires[267], pour des raisons liées aux nécessités de l'entreprise[268] ... à condition qu'il respecte les dispositions légales et conventionnelles[269]). De la même manière, le refus d'exécution d'une instruction hiérarchique contraire à la réglementation ne constitue pas une faute (par exemple une directive conduisant à une l'exécution d'une amplitude totale de travail supérieure à celle autorisée par la convention collective de branche). Le licenciement pour faute pris sur ce fondement n'aurait pas de cause réelle et sérieuse[270]. L'employeur ne peut pas non plus imposer au salarié de renoncer à ses jours de repos. Le refus du salarié ne constitue pas un motif de licenciement dans la mesure où la renonciation aux jours de repos repose sur le volontariat[271]. La même solution se justifie dans

[265] Cass. soc., 9 nov. 2005, n°03-45.483.
[266] Dès lors, le salarié concerné doit donner son accord exprès au transfert : il doit avoir « déclaré vouloir en profiter » (Cass.Soc. 07 nov. 1989).
[267] Cass. Soc 10 mars 1998.
[268] Cass. Soc 09 mars 1999.
[269] Noter que selon la jurisprudence dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne, il se pourrait qu'à l'avenir, les parties au contrat de travail aient à contractualiser l'obligation pour le salarié d'effectuer des heures supplémentaires à la demande de l'employeur, sous peine de voir le pouvoir de direction de l'employeur fortement contracté en la matière (CJCE 08/02/01, aff. C – 350/99 Rec., p 1061).
[270] Cass. Soc. 13 juin 2012 n°11-12875.
[271] Dans le même ordre d'idées, enfin, la chambre sociale a pu décider que le refus du salarié de participer à une réunion un jour de repos n'était pas fautif (Cass. Soc. 27 novembre 2001, n°99-43290 : n'est pas fautif le refus du salarié de participer aux réunions organisées au cours de son jour de repos hebdomadaire.)

le cas du salarié auquel est imposé de venir travailler le dimanche[272]. Dans des cas plus dramatiques, le salarié aurait le droit de refuser un ordre illégal : ainsi de l'ordre pénalement répréhensible, de la fraude fiscale. L'ordre illégal, loin de justifier une rupture immédiate en cas de refus du travailleur, motiverait au contraire la résiliation du contrat aux torts de l'employeur.

On pourrait ici voir une brèche en faveur d'un droit de refus à revers de toutes les atteintes de l'employeur à ses propres droits. Ce serait un démembrement « actif » et individuel du droit d'alerte offert aux délégués du personnel (art. L 2313-2 du Code du travail). *L'illégalité* comme fondement du refus serait alors extensible. La solution serait d'ores et déjà, a priori possible aussi dans le cadre d'un accord collectif qui violerait par exemple, l'égalité de traitement ou le principe de non discrimination. Auquel cas, le droit au refus interviendrait en renfort indépendant de l'action des représentants du salarié (saisine de l'inspection du travail, saisine du conseil des prud'hommes).

Par ailleurs, le salarié peut légitimement refuser d'exécuter un ordre *illicite* de son employeur. C'est ce qu'a affirmé dans un arrêt du 13 février 1996, la chambre sociale Cour de Cassation. Elle a ainsi estimé que le comportement du salarié, délégué du personnel manutentionnaire, refusant de porter des charges plus lourdes et sans l'aide d'appareils de déchargement automatique (contrairement à ses collègues), était légitime. « Le comportement de l'intéressé 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 ». Si le Juge ne qualifie pas la situation d'inégalité de traitement, on retiendra que chaque fois que l'ordre que le salarié reçoit un ordre illicite, il peut le refuser. Dans une acception *lato sensu* du dispositif de cet arrêt, on comprendra que le refus du salarié est légitime, toutes les fois où l'employeur lui donnerait un ordre non seulement discriminatoire, mais constitutif d'un détournement de pouvoir (P. Lokiec[273]). En effet, la discrimination serait, évidemment, source d'un droit au refus légitime du salarié[274].

En effet, le refus du salarié peut être légitimé par le tort de l'employeur dans l'exercice de ses pouvoirs. C'est à ce titre que le salarié bénéficie d'un droit « renversé » lorsqu'il apporte la preuve d'un acte ou ordre de son employeur qui entre en contradiction avec l'intérêt de

[272] Cass. Soc. 2 mars 2011, n°09-43.223 : « la nouvelle répartition de l'horaire de travail avait pour effet de priver le salarié du repos dominical, ce qui constituait une modification de son contrat de travail qu'il était en droit de refuser ». . En effet, sur le fondement de l'article L 1152-2 du code du travail, « seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche, sur le fondement d'une telle autorisation ». En outre : « une entreprise bénéficiaire d'une telle autorisation ne peut prendre en considération le refus d'une personne de travailler le dimanche pour refuser de l'embaucher ».

[273] P. Lokiec, « Refuser », précit.

[274] Ainsi dans l'hypothèse d'une mise en œuvre discriminatoire de la clause de mobilité. Cette mise en œuvre de la clause de mobilité ne doit pas être justifiée par des motifs discriminatoires tels que l'état de santé du salarié.
Sur la répartition de la charge de la preuve, voir : Cass. soc., 30 mars 2011, n°09-71.542. Le Juge avait posé le principe suivant lequel la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges du fond 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.

l'entreprise – droit renversé car en principe revendiqué par l'employeur (voir *infra*). A ce titre, on sait que la mise en œuvre de la clause de mobilité doit être dictée par un motif objectif lié à l'intérêt de l'entreprise et non par des considérations étrangères au bon fonctionnement de cette dernière[275]. Ainsi, le changement des conditions de travail est présumé répondre à l'intérêt de l'entreprise. C'est donc au salarié qui conteste un changement de ses conditions de travail de démontrer que cette décision a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise ou que l'employeur l'a mise en œuvre de mauvaise foi. 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 ou non à l'intérêt de l'entreprise[276]. Il incombe au salarié de démontrer que cette décision avait 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[277]. En revanche, lorsque le salarié a apporté la preuve d'une modification ou d'un ordre contraire à l'intérêt de l'entreprise, son refus est légitime. Son droit au refus sera donc sauvegardé s'il parvient à apporter cette preuve – qui sera difficilement obtenue, sauf mesure manifestement contraire à l'intérêt de l'entreprise et pouvant alors se confondre avec une mesure discriminatoire. On voit bien que ce droit au refus ne parvient que difficilement à ses fins tant les difficultés probatoires et les risques contentieux sont lourds. Par contre, si la mesure adoptée par l'employeur constitue une modification du contrat de travail, la preuve de la légitimité du droit au refus est facilitée. C'est le Juge qui cherchera à établir si elle a été conduite conformément à l'intérêt de l'entreprise. Dans ce cas, c'est la finalité assortie au pouvoir de direction qui permet de le limiter, et d'ouvrir le droit au refus du salarié.

Encore, en cas de mauvaise foi manifestée par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, ce même droit au refus pourrait être dégagé. Ainsi ce dernier est-il tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail ; il ne doit donc pas abuser du droit qui lui est reconnu de mettre en œuvre la clause de mobilité[278]. - par exemple en recourant à sa mise en œuvre pour provoquer la démission d'un salarié. La même solution[279] a prévalu contre la qualification de faute d'une annonce d'un refus des conditions futures d'exécution du travail par le salarié en arrêt maladie[280]. La Cour s'empare du concept de bonne foi dans les relations contractuelles pour ouvrir au salarié une porte au refus.

---

275 Cass. soc., 23 janv. 2002, n° 99-44.845.
276 Cass. soc., 3 oct. 2007, n°06-45.478.
277 Cass. Soc. 23 février 2005.
278 Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315.
279 Cass. Soc. 11 juillet 2002 n°11-13.923.
280 « Qu'en statuant ainsi, tout en constatant que la salariée était en arrêt de travail pour maladie (...) alors que la simple annonce, pendant la suspension du contrat de travail, d'un refus, par cette salariée de ses conditions futures de travail lors de sa reprise, ne constitue pas un manquement à son obligation de loyauté ».

3. Les refus particuliers : la protection d'un intérêt supérieur

Nous classons dans cette catégorie le refus du salarié inapte et celui du salarié protégé. L'un comme l'autre font l'objet d'un encadrement normatif protégeant leur volonté, car marque d'un intérêt qui dépasse leur personne : dans un cas, la protection de la santé et de la sécurité au travail ; dans l'autre, la représentation des intérêts des salariés sur le lieu de travail.

On sait que le salarié inapte, des suites d'un accident ou d'une maladie d'origine professionnelle ou non, devra faire l'objet de mesures de reclassement par son employeur. Le droit n'offre pas à son refus potentiel de l'offre de reclassement, la même vigueur. En cas d'inaptitude d'origine non professionnelle, le salarié peut toujours refuser le reclassement proposé par son employeur. Pour la Haute Juridiction sociale[281], ce sera alors à ce dernier d'en tirer les conséquences, soit en soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant au licenciement de l'intéressé[282]. Ainsi, le refus du poste de reclassement proposé par l'employeur ne permet pas d'imputer au salarié la responsabilité de la rupture. Au cas où le salarié refuse un reclassement, la distinction originelle entre modification du contrat ou des conditions de travail ne joue pas : la référence au contrat est exclue par la situation de « nécessité » qui conduit à devoir le reclasser[283]. La chambre sociale a également décidé[284] que lorsque le salarié refuse un emploi de reclassement, conforme à l'avis du médecin du travail, le motif de licenciement à retenir est son inaptitude physique et l'impossibilité de le reclasser. Il n'y a toujours pas faute, même s'il s'agit bien d'un licenciement pour motif personnel, et non économique – alors que l'impossibilité de reclassement d'un salarié inapte à exercer son poste de travail pourrait rentrer dans cette définition. Plus encore, l'employeur ne peut en aucun cas invoquer le *refus* pour motiver le licenciement[285] !

Plus étonnamment, en cas d'inaptitude d'origine professionnelle cette fois, le code du travail

---

[281] Cass. Soc. 18 avril 2000 n°98-40.314.

[282] S'il ne fait pas de nouvelles propositions de reclassement et ne prononce pas non plus un licenciement, il doit, conformément à l'article L. 1226-4 du code du travail, reprendre le versement du salaire correspondant à l'emploi que le salarié occupait avant la suspension de son contrat de travail, à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail.

[283] Ainsi dans deux arrêts de la chambre sociale de la cour de cassation rendu le 9 avril 2002 (n° 99-44.678 ; n°99-44.192) : lorsque le poste proposé constitue une modification du contrat, la cause réelle et sérieuse de ce licenciement est l'inaptitude du salarié et l'impossibilité de reclasser le salarié inapte, puisque le salarié a le droit de refuser le poste proposé entraînant une modification de son contrat de travail et que l'employeur avait rempli son obligation en formulant une proposition conforme à l'avis du médecin du travail. En outre, lorsque le poste proposé constitue un simple changement des conditions de travail, le motif du licenciement ne peut pas non plus être le refus du salarié d'un changement de ses conditions de travail. Pour le juge, « Une faute grave ne peut se déduire du seul refus par le salarié du poste de reclassement proposé par l'employeur ».
En conséquence, qu'il y ait eu ou non modification du contrat de travail, l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement doit être versée au salarié licencié.

[284] Cass. soc., 12 oct. 2011, n°10-21.333.

[285] Le droit construit enfin un dernier rempart pour la protection de la sécurité du salarié : l'employeur est dans tous les cas débiteur d'une obligation de preuve de l'absence d'autre poste disponible sur lequel il aurait pu reclasser le salarié (Cass. soc., 17 févr. 2010, n°08-43.725)

prévoit expressément que le refus par le salarié du reclassement proposé autorise l'employeur à le licencier[286]. Si on comprend bien que l'employeur peut pratiquement ne pas avoir le moindre poste adéquat pour son salarié, on perçoit mal pourquoi aucune distinction n'est faite entre l'inaptitude d'origine non-professionnelle, à laquelle l'employeur n'a objectivement pas pris part, et l'inaptitude d'origine professionnelle, qui, même si elle est intervenue alors que les règles de santé et de sécurité étaient strictement respectées, est toutefois survenue au temps et au lieu de travail, alors que le salarié était en situation de subordination juridique. Le défaut de vigilance, l'absence de précaution ou en tous cas la reconnaissance d'un régime particulier pour l'inaptitude intervenue pour satisfaire à une obligation d'exécution de la prestation de travail, pouvaient être envisagés par le législateur. Il n'en est rien. Néanmoins, le Juge s'est prononcé pour une solution atténuée[287], la chambre sociale décidant que le refus du salarié de l'emploi proposé, y compris s'il est conforme aux préconisations du médecin du travail, ne suffit pas à légitimer le licenciement pour inaptitude. L'employeur doit établir qu'il ne dispose d'aucun autre poste compatible avec l'inaptitude du salarié et doit faire connaître, par écrit, les motifs qui s'opposent au reclassement avant de procéder au licenciement[288]. En d'autres termes, ce n'est pas l'inaptitude qui motive le licenciement, mais l'absence de poste de reclassement conséquent à l'inaptitude du salarié[289]. C'est à dire que d'une manière indirecte, le salarié dispos d'un droit de veto, d'un droit de refus vis à vis de l'offre de reclassement que lui propose l'employeur. Si l'employeur s'avisait de motiver le licenciement par le « refus du poste de reclassement », alors ce dernier serait sans cause réelle et sérieuse[290].

Cela veut-il dire que le salarié dispose d'un véritable boulevard permettant à sa volonté de s'exprimer de manière totalement libre ? Peut-il refuser toute offre de reclassement, pour aboutir à un licenciement dont il ne pourra être tenu pour « responsable » - la motivation de la rupture par le refus étant impossible ? Non. Le Juge a entendu contrôler les situations d'abus. Ainsi, dans son arrêt du 17 juillet 1996, la chambre sociale de la cour de cassation estime que lorsque le licenciement pour inaptitude a bien été motivé par l'impossibilité de reclassement, la nature du refus opposé par le salarié aura une incidence sur les indemnités de licenciement dues[291]. Le refus du salarié sera justifié si la proposition de reclassement faite par l'employeur ne respecte

[286] Article L 1226-12, aux termes duquel : « Lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi au salarié, il lui fait connaître par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement. L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions. S'il prononce le licenciement, l'employeur respecte la procédure applicable au licenciement pour motif personnel prévue au chapitre II du titre III ».
[287] Cass. Soc. 30 nob. 2010, n°09-66.687.
[288] Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 05-43.470, et Cass. soc., 9 juin 2010, n° 09-40.377.
[289] En outre, l'employeur ne peut pas déduire de son seul refus d'un poste de reclassement, sa faute grave – justifiant son licenciement (Cass. soc., 24 mai 2005, n°02-46.785).
[290] Par exemple, la qualification de « refus illégitime et injustifié du poste proposé à titre de reclassement » n'a pas davantage retenu l'attention du Juge, qui se montre ferme sur la question (Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 10-21.333).
[291] Voir à ce titre : Cass. soc., 17 juill. 1996, n° 93-40.942, et Cass. soc., 25 mai 2011, n° 09-71.543 : la rupture du contrat de travail résultant du refus par le salarié du poste de reclassement qui lui est proposé s'analyse en un licenciement que ce refus soit justifié ou pas. Le refus injustifié du poste de reclassement a pour seul effet de priver le salarié du bénéfice de l'indemnité spéciale de licenciement

pas les conditions légales (par exemple : poste de reclassement dans lequel le salarié ne peut objectivement pas remplir sa prestation de travail au vu de son inaptitude constaté par le médecin du travail). Au contraire, si le refus correspond aux obligations légales dont l'employeur est débiteur, il est possible que le refus soit considéré comme abusif. Le salarié inapte ne peut donc pas arbitrairement refuser. Sa volonté est bridée par la réalité de sa qualification et de son inaptitude déclarée[292]. Moralement plus complexe à sanctionner – le salarié n'a t-il pas après tout donné de sa personne à cette entreprise ? – le refus fait l'objet d'une appréciation *in concreto*, dépendante des circonstances de l'espèce [293]et peut sanctionner la volonté du salarié[294].

Le salarié protégé fait lui aussi l'objet d'une protection particulière en cas de refus. En cas de refus du salarié protégé, l'employeur n'aurait que le choix entre la continuité du contrat aux conditions antérieures ou la demande d'une autorisation de licenciement. C'est qu'alors la disposition atteint non seulement la personne du salarié, mais son statut de « représentant » nécessaire à la protection des intérêts de la collectivité de travail. Ce qui se présente comme une inégalité de traitement formelle entre salariés est en fait une protection du droit à la participation[295], droit constitutionnel qui ne peut être contraint par le pouvoir. Le statut d'ordre public, prime sur le contrat. C'est ce qui justifie déjà la préservation d'une sphère de représentation hors de la subordination contractuelle[296]. L'employeur ne peut pas y porter atteinte, et le salarié protégé pourrait *a priori* refuser la disposition contraire, par décalque avec la solution retenue en cas d'ordre illégal ou contraire à la santé-sécurité. Il aurait donc pareillement un droit de refus contre une clause d'un accord collectif (délit d'entrave), contre un règlement intérieur ou une mesure unilatérale qui contraindraient la représentation dans l'entreprise. De fait, les salariés protégés jouissent d'une « protection exceptionnelle et exorbitante de droit commun instituée non seulement à leur profit mais surtout dans l'intérêt de

[292] En revanche, là encore le refus du salarié est protégé par le Juge, qui rappelle que deux refus consécutifs de postes de reclassements ne constituent pas *nécessairement* un refus abusif (Cass. Soc., 8 mars 2012, n°10-19.762).
[293] Il a ainsi été jugé que le fait qu'un salarié ne prenne pas même la peine de répondre à plusieurs offres de reclassement qui lui étaient faites, permettait de qualifier son refus d'abusif (Cass. soc., 27 mars 1991, n°87-42.718). De la même manière lorsque le reclassement n'entraîne qu'un simple changement des conditions de travail, la distinction réapparaissant étonnamment dans le contexte de l'inaptitude professionnelle (Cass. soc., 12 janv. 2005, n°02-44.643). Ou encore lorsque le salarié refuse 2 postes disponibles compatibles avec les préconisations du médecin du travail et les capacités et compétences de ce salarié alors qu'il s'agit d'une entreprise de petite taille (6 salariés) (Cass. soc., 12 oct. 2011, n°10-15.728).C'est un arrêt intéressant : le Juge prud'homal adapte la solution et la qualification du refus du salarié à la taille de l'entreprise. Il prend en compte la difficulté dans laquelle se retrouve l'employeur d'une PME qui doit subitement trouver un poste nouveau pour un salarié inapte, donc défaillant.
[294] En revanche, n'est pas abusif le refus par le salarié d'un poste de reclassement, dès lors que la proposition entraîne une *modification* du contrat de travail (baisse de rémunération, changement du lieu de travail, modification de la durée du travail), y compris lorsque l'emploi proposé est conforme aux préconisations du médecin du travail (Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-66.687).
[295] Alinéa 8 du Préambule à la Constitution de 1946 (« Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »), intégré au bloc de constitutionnalité. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.
[296] Les représentants élus ou syndicaux disposent d'un droit de s'absenter (conseillers prud'homaux) dans l'exercice de leurs fonctions (article L 514-1 al. 1) ; d'un droit d'exercice de leurs heures de délégation par les représentants du personnel (articles L 412-20, L 424-1, L 434-1 et L 236-7 du Code du travail).

l'ensemble des travailleurs et des institutions qu'ils représentent »[297].

Le législateur prévoit un encadrement spécifique de l'atteinte à son contrat. Le salarié protégé peut – comme tout salarié – refuser la modification de son contrat[298]. Par exemple, le changement du lieu d'affectation principal. Alors, l'employeur a l'obligation de se tourner vers l'administration pour obtenir une autorisation de licenciement[299]. Dans l'attente de son licenciement, le salarié protégé doit être maintenu dans son emploi aux conditions initiales. En cas de refus d'autorisation de l'inspecteur du travail, l'employeur doit abandonner son projet de modification des conditions de travail. Si l'employeur ne respecte pas cette procédure et qu'il impose la modification contre son gré à l'intéressé, le salarié protégé peut saisir le juge des référés afin d'obtenir sa réintégration dans son ancien emploi[300]. A titre d'exemple, il a été jugé que le fait de mettre en disponibilité un salarié protégé, pour cause de suppression d'emploi, en lui interdisant l'accès à l'entreprise constitue un trouble manifestement illicite que le juge des référés a la faculté de faire cesser en ordonnant la réintégration du salarié dans l'entreprise[301]. Et si l'employeur ne respecte pas la frontière contractuelle, alors celui-ci pourra prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur[302]. Cette série de dispositions attestent qu'en cas d'atteinte par l'employeur à son contrat, le salarié protégé aurait le droit de refuser purement et simplement la modification, quitte *a priori* à saisir le Juge pour délit d'entrave.

Ce droit au refus s'étend aux conditions de travail du salarié protégé. Une modification ne pourrait pas non plus lui être imposée. Pour le juge judiciaire, le refus du salarié d'une modification de ses conditions de travail ne constitue pas une « faute grave »[303]. Là aussi, l'administration du travail jouera le rôle de rempart au refus du salarié : l'employeur devrait, le cas échéant, engager la procédure de licenciement en demandant l'autorisation à l'inspection du travail de licencier le salarié[304]. La protection de ce refus est solide, et légitime s'agissant du représentant d'une communauté d'intérêts qui ne pourrait remplir sa mission s'il n'était pas présent sur le lieu de travail, par exemple. Ainsi, il est interdit à l'employeur d'imposer la mise en œuvre d'une clause de mobilité à un salarié protégé ; il ne peut pas non plus muter un salarié

[297] H.-K Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », Droit ouvrier juin 2005, p. 242.
[298] En outre, l'employeur doit solliciter l'autorisation de licencier le salarié protégé refusant son transfert validé par l'administration. (Cass. soc., 11 janv. 2005 n°02-42.961). En revanche, le salarié protégé, représentant du personnel, peut arguer de sa qualité pour refuser le transfert... Si un accord collectif fixe « les conditions de garantie d'emploi » et de « la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire » (Cass.Soc, 11 janv. 2005).
[299] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, et article L. 2421-1 et suivants du Code du travail.
[300] Cass. soc., 30 avr. 1997, n°95-40.573. Cass. soc., 22 févr. 1995, n° 93-44.203.
[301] Cass. soc., 28 juin 2006, n°05-41.340.
[302] Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 03-42.510.
[303] Cass. soc., 20 juin 2012, n°10-28.516. En conséquence, les demandes d'indemnités de licenciement et de préavis du salarié sont justifiées.
[304] Cass. soc., 2 mai 2001, n°8-44.624

protégé sans son accord[305]. Notons qu'en revanche, au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat, il semble bien que le salarié protégé doive toujours accepter la simple modification de ses conditions de travail : de ce point de vue, son poste et sa présence dans l'entreprise ne sont pas en cause, ce qui justifie sans doute la distinction opérée. De la sorte, le Juge administratif306 a considéré comme fautif le refus par un salarié protégé d'une proposition de poste, le nouvel emploi proposé ne constituant pas une modification du contrat de travail mais un changement de ses conditions de travail car il n'entraînait pas de modification ni du niveau de qualification, ni du positionnement hiérarchique, ni de la rémunération de l'intéressé. Dans cette affaire, la faute était donc d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement. Le transfert d'une partie du contentieux relatif aux licenciements économiques au Juge administratif, en vertu de Loi du 14 juin 2013 de « sécurisation de l'emploi » pourrait relancer le débat vis à vis du refus du salarié protégé de se voir appliquer un accord collectif de maintien de l'emploi ou de mobilité interne. Ne s'agissant pas d'une modification du contrat, mais d'une « suspension » des clauses contraires, ces refus « hybrides » (voir *infra*) pourraient jouer à la défaveur de la protection du refus du salarié protégé.

C'est le statut protecteur des représentants des salariés qui facilite au final le droit au refus en lui offrant l'assise plus générale de la protection de l'intérêt de l'ensemble des salariés de l'entreprise. En assurant une capacité de refus plus étendue au salarié protégé, le juge fait le choix explicite de protéger le *statut*, et non pas une personne. En revanche, une fois l'habit représentatif ôté, le salarié ne retrouve pas une protection similaire.

Nous nous intéressons maintenant aux cas, plus conséquents, de refus illégitimes du salarié (B).

B. Le refus illégitime

L'illégitime est plus diffus que l'illégal. Reprenons notre dictionnaire, pour lequel l'illégitime correspond à « ce qui est contraire au bon droit, à l'équité, la morale » et « qui n'est pas fondé, à quoi l'on ne trouve aucune justification raisonnable » (Dictionnaire Larousse). Plus flou, « moral », aux frontières de la philosophie et du droit, le refus illégitime est naturellement plus étoffé que le refus simplement illégal.

En dépit d'un aspect « catalogue » des refus qualifiés d'illégitimes, nous avons estimé qu'il serait plus lisible et plus exhaustif de présenter cette partie en explicitant les racines juridiques de l'illégitimité. Nous analyserons ainsi la non exécution du contrat de travail et l'insubordination

[305] Cass. soc., 6 mars 2002, n°99-45.244. Voir : Cass. soc., 2 mai 2001, n°98-44.624 : En cas de refus persistant, et s'il le souhaite, l'employeur peut toujours mettre en œuvre la procédure spéciale de licenciement en sollicitant l'autorisation de l'inspection du travail

[306] CE, 14 nov. 2008, n° 306226.

(1) ; le refus contraire à l'intérêt de l'entreprise (2) ; l'illégitimité dans l'exercice à proprement parler du droit au refus (3). Enfin, dans deux dernières sous-parties, nous nous pencherons la sanction du refus impossible du salarié (4) suivie de l'étude d'une nouvelle sanction individualisée et préqualifiée de l'illégitimité du refus (5).

1. La non-exécution du contrat de travail et l'insubordination

On passera assez rapidement sur l'hypothèse dans laquelle le salarié refuse tout bonnement et simplement de se rendre sur son lieu de travail ou d'exécuter son obligation contractuelle. Il s'agit alors d'un abandon de poste – un refus de travailler illégitime, et sanctionné par le licenciement pour faute. L'hypothèse survient fréquemment lors d'un refus de travailler consécutif par exemple, à une modification des conditions de travail (rythme de travail...) à laquelle le salarié ne souscrit pas. Or, pour la Cour de cassation, 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[307].

En outre, l'inexécution de ses obligations par le salarié sera en principe qualifiée d'insubordination et pourra être retenue comme faute par l'employeur. Cela atteste d'une contractualisation du rapport de subordination. Ainsi, la chambre sociale[308]a pu décider que constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement l'insubordination du salarié, manifestée dans le « refus d'établir des commentaires de gestion ».

Lorsque ce refus touche à l'application des normes de santé et sécurité, il est pareillement immédiatement sanctionné. Ainsi, « l'insubordination persistante (du salarié) et ses manquements aux règles de sécurité dont il avait la charge justifiait un licenciement pour faute grave »[309] . En effet, ce refus constitue une faute pouvant entraîner le licenciement[310]. Par exemple, dans un arrêt d'espèce, le Juge sanctionnait le refus par un chauffeur routier de porter des verres correcteurs. On en trouve d'autres traces dans la jurisprudence postérieure : le refus pour un soudeur de porter ses lunettes de sécurité[311] ; le refus du port de chaussures de sécurité sur un chantier, comme prévu par le règlement intérieur ; le salarié n'ayant jamais averti son employeur de ses problèmes de pieds l'empêchant de porter des chaussures de sécurité[312]. La gravité du refus implique que l'employeur ne peut, même pendant la durée du préavis, conserver un salarié à son service dès lors que celui-ci refuse délibérément de respecter les règles les plus

[307] Cass. soc. du 10 juillet 1996, n°93-41.137.
[308] Cass. Soc. 26 mai 2010, n° 09-40.419.
[309] Cass. Soc. 1er décembre 2009, n°08-41952.
[310] Cass. Soc. 22 juillet 1982, n°80-41.011.
[311] CA Agen, 22 sept. 1998, n°96-00.1894.
[312] CA Reims, ch. soc., 5 avr. 2000, n°96-02.797.

élémentaires de sécurité (port de la ceinture de sécurité notamment) ; un tel comportement du salarié rendant impossible l'exécution du préavis et justifiant ainsi son licenciement immédiat[313].

La solution est compréhensible. L'employeur est débiteur d'une obligation de sécurité de résultat telle qu'elle a été dégagée par le Juge (Cass. Soc. 28 février 2002, n°00-10.051). Il ne peut donc pas, sauf à violer ses propres obligations, donner au salarié le libre choix des mesures de sécurité que ce dernier estimerait devoir ou non supporter. Cela d'autant plus qu'en cas d'accident ou de maladie professionnelle, l'employeur pourra non seulement être tenu pour responsable mais encore se verra dans l'obligation de se séparer de l'un de ses salariés, a priori essentiel à l'exécution du travail dans l'entreprise. Ensuite, le salarié ne peut pas transiger sur ses propres droits ; à défaut de quoi, la porte serait ouverte à des pressions sur le salarié – et en tous cas, l'effectivité de sa sécurité ne serait plus assurée.

2. Le refus contraire à l'intérêt de l'entreprise

« Rares sont les hypothèses dans lesquelles le salarié peut exiger de s'affranchir de l'autorité de l'employeur, sans que ce dernier puisse y opposer un refus, notamment justifié par la bonne organisation de l'entreprise »[314]. L'intérêt de l'entreprise, « rideau de fumée »[315] dénoncé par une partie de la doctrine, permet de sanctionner le refus du salarié qui interviendrait en contradiction avec lui. En s'appuyant sur une personnification juridique de l'entreprise, le Juge et le législateur ont pu construire une architecture normative dans laquelle le droit au refus est sanctionné lorsqu'il porte atteinte à l'intérêt de l'entreprise. Pour une partie de la doctrine (P. Durand), l'entreprise doit en effet être considérée comme une communauté de travail réunissant l'employeur et les salariés. Ses membres sont liés par une certaine solidarité, et la finalité de l'action de chacune des parties est dès lors l'intérêt de l'entreprise. Revigorée aujourd'hui, la théorie institutionnelle de l'entreprise[316] est une justification qui selon nous, se trouve au cœur de la sanction du refus du changement des conditions de travail ou du refus dans des circonstances d'exception ou d'urgence (refus de l'aide au déblaiement d'une entreprise frappée d'une inondation, par exemple, au prétexte que cela ne correspond pas à sa qualification). Ce fondement à l'illégitimité du refus se confond naturellement avec l'insubordination fautive, qui est (évidemment) une faute. Ainsi du salarié qui refuserait d'assumer une fonction de représentation, ou de défense des intérêts de son employeur en n'effectuant pas de recherche active d'un partenariat, de clients.... L'intérêt de l'entreprise, la

[313] CA Versailles, 31 janv. 1996, n°22-672.94
[314] C. Nicod, « La subordination en cause », Semaine sociale Lamy Supplément, 30 mai 2011, n° 1494, p. 20.
[315] A. Pirovano, « La « boussole » de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », Dalloz 1997, Chronique p. 189.
[316] « L'idée se fait jour qu'une parcelle d'autonomie (...) peut être concédée aux salariés pendant le temps de travail pourvu que cette autonomie s'exerce dans le respect de l'intérêt de l'entreprise ». A. Supiot, *Critique du droit du travail,* PUF 2007, 336 p.

bonne foi et l'insubordination s'entremêlent pour condamner le refus du salarié.

Par ailleurs, le recours à l'intérêt de l'entreprise se fait, pensons-nous, également lorsque cette dernière est en proie à des difficultés économiques. On sait que l'employeur dispose toujours d'une capacité de modification du contrat de travail pour motif économique. Il peut à ce titre recourir au chômage partiel ; organiser des mutations technologiques ou procéder à des réorganisations « nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ». Dans cette hypothèse, l'employeur pourra modifier – voire procéder à la rupture – des contrats de travail des salariés, qui ne pourront pas s'y opposer. Leur refus serait illégitime. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre la décision de la chambre sociale en cas de perte d'un marché. En effet, elle juge que « si le refus du salarié ne constitue pas en lui-même une cause de licenciement, le refus du salarié d'un changement d'affectation rendu nécessaire par la perte du marché, qui ne constituait pas une modification du contrat de travail, est un motif de licenciement » (Cass. Soc. 9 nov. 2005, n° 03-45483).

C'est également dans le sens de la protection de l'intérêt de l'entreprise que l'on peut saisir les décisions visant à sanctionner le refus du salarié heurtant le pouvoir de gestion de l'employeur. C'est ainsi qu'il faut comprendre la sanction qui accompagnerait le refus du salarié d'effectuer des heures supplémentaires. Ces dernières, à la demande de l'employeur devront être exécutées. Si le salarié refuse de s'y conformer, il commet une faute grave qui justifie son licenciement immédiat[317]. On classera également dans cette catégorie le refus de se soumettre à l'évaluation[318] dont l'obligation est un droit et une obligation dont l'employeur est débiteur, et qui serait qualifié de faute disciplinaire ; et enfin le refus du salarié de se plier à une formation organisée par l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise[319].

De manière plus grave, c'est toujours l'intérêt de l'entreprise qui, lorsqu'il entre en contradiction avec un élément tiré de la vie personnelle du salarié, peut conduire au licenciement de ce dernier. A revers de ce que nous évoquions *supra* (Partie 2, Fondements du refus), le refus du salarié motivé par des exigences personnelles et privées peut ne pas être légitime s'il heurte la bonne santé de l'entreprise. C'est en tout cas ce qu'il ressort de la lecture du célèbre arrêt dit Painseq du 17 avril 1991, aux termes duquel : « si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a causé à celle-ci un trouble caractérisé »[320]. Si le fait de vie personnelle en tant que tel ne justifie

[317] Cass. Soc. 20 mars 1961 ; Cass. Soc. 29 janvier 2003, n°01-41.006.
[318] Cass. Soc. 10 juillet 2002 n°00-42368: le refus d'une salariée de se soumettre à plusieurs reprises à une évaluation de son travail justifie son licenciement pour faute grave.
[319] Cass. Soc. 16 avril 2004, n°02-40.493.
[320] Cass. soc., 20 nov. 1991, no 89-44.605.

pas le licenciement, il est susceptible d'avoir des conséquences sur l'entreprise qui amènent l'employeur à envisager le licenciement. Il suffit que l'événement fasse *objectivement* peser une menace, un risque précis et crédible sur le fonctionnement de l'entreprise ou son activité[321]. Or, une analyse de la jurisprudence récente tend à prouver que ce fondement à l'illégitimité du refus est en plein essor. Le fait de vie personnelle est alors assimilé à une faute ; ou encore le trouble objectif à l'entreprise est confondu avec la faute du salarié.

Cette solution voudrait dire que le refus opposé par le salarié dans sa vie personnelle, pourrait être assimilé à une faute dans sa vie professionnelle ![322] Par exemple, le refus de respecter telle norme de circulation (si le salarié est chauffeur), serait une faute professionnelle motivant son licenciement. Auquel cas le refus du salarié-individu est doublement illégitime : dans la sphère publique comme dans la sphère professionnelle.

Tout cela revient à admettre que le pouvoir disciplinaire de l'employeur peut appréhender des faits étrangers à l'exécution du contrat. La distinction hétérogène entre vie personnelle et vie professionnelle est fondue sous le fer du pouvoir de gestion[323]. Or en principe, le fait de vie personnelle devrait être inaccessible au pouvoir de direction ; il ne devrait pouvoir être utilisé qu'en guise de fondement du droit au refus, par le salarié.

Au final, lorsque l'illégitimité du refus est invoquée par l'employeur, dans une de ces hypothèses, la volonté du salarié dans l'entreprise en ressort sclérosée. Même sur le plan procédural, alors que le salarié devait apporter la preuve d'une contrariété à l'intérêt de l'entreprise lorsqu'il contestait la mesure prise par l'employeur qu'il avait refusé – et dont il avait déjà subi les conséquences, éventuellement par un licenciement – l'inversion de la charge de la preuve n'a pas lieu lorsque l'employeur invoque ce même fondement pour qualifier le refus du salarié d'illégitime.

3. L'illégitimité dans l'exercice du droit au refus

Le salarié peut abuser de son droit au refus légitime, auquel cas il s'agira d'un refus abusif. Par exemple, sur le fondement de la distinction entre modification du contrat et des conditions de

[321] Cass. soc., 21 sept. 2006, n° 05-41.155. Pour C. Mathieu, le trouble caractérisé désigne un phénomène ou des évènements manifestés de manière objective, même si ceux-ci ne sont *pas encore* dommageables pour l'entreprise. Le trouble doit présenter une certaine intensité, et donc ne pas constituer une réaction isolée ou peu marquée au fait de vie personnelle.

[322] Voir : Dr. soc. 2006, p. 848, n. C. Mathieu-Géniaut, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question »

[323] Contra : Chambre mixte le 18 mai 2007, no 05-40.803 : « un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu »

travail, la chambre sociale a pu décider que le refus d'une proposition de reclassement qui ne constituerait qu'une modification des conditions de travail, est abusif. C'est à dire que le refus abusif égale un refus du salarié de remplir ses obligations contractuelles et constitue bien, en ce sens, une insubordination. En revanche, le refus abusif n'est pas constitutif d'une faute grave[324].

Au delà de l'abus dans son propre droit, le salarié peut également exprimer un refus fautif. Dans cette hypothèse, c'est le refus lui même qui est sanctionné, et pas ce qu'il visait – une norme de sécurité non respectée par exemple. On citera à ce titre un cas d'espèce qui pourrait sans doute conduire à une analyse plus fine, quant au rôle de la conjoncture économique dans l'appréciation de la qualité du refus. En effet, le Juge social a pu décider que dans le cadre d'une mesure de chômage partiel, le refus de se soumettre aux nouveaux horaires réduits est de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis, ce qui constitue une faute grave[325]. Plus explicite encore, à l'occasion de la mise en œuvre d'une clause de mobilité : l'employeur ayant observé le délai de prévenance prévu contractuellement et avisé à l'avance le salarié pour lui permettre de s'organiser, la Cour de cassation en déduit « que le refus délibéré et injustifié du salarié d'obéir à l'ordre qui lui était donné rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la période de préavis et caractérisait une faute grave »[326]. La faute existe parce que le refus n'aurait pas dû être exprimé[327].

Cette confusion entre refus et faute du salarié a été alimentée par le Juge social lui même. On sait que d'une manière générale, il est beaucoup plus difficile au salarié de refuser un changement de ses conditions de travail que ne l'est celui d'une modification de son contrat (voir *supra*[328]). Ainsi, dans son arrêt du 23 février 2005, la Cour de cassation a posé le principe suivant lequel le licenciement pour refus du salarié d'un changement de ses conditions de travail est fondé sur une cause réelle et sérieuse. En déroulant la solution, cela voudrait dire que le refus d'un changement des conditions de travail égale la *faute simple d'office* qui est donc une cause réelle et sérieuse de licenciement. Pourtant, en principe la notion de cause réelle et sérieuse postule à la fois une cause sérieuse fautive ou une cause sérieuse non fautive[329] ! C'est pourquoi dans le même arrêt, le Juge rappelle qu'en revanche, « le refus par un 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 »[330] - la formulation laissant entendre que le refus d'un

[324] En ce sens, voir : Cass. Soc. 12 janvier 2005. et Cass. Soc. 11 mai 2005.
[325] Cass. soc., 2 févr. 1999, n°96-42.831.
[326] Cass. soc., 28 févr. 2001, n°97- 45.555.
[327] Par exemple : La Cour de cassation a pu considérer « que le refus de la salariée de rejoindre sans aucune justification sa nouvelle affectation dans un poste similaire à celui occupé avant son congé maternité était constitutif d'une faute grave ». (Cass. soc., 7 oct. 1997, no 95- 41.857).
[328] H.-K. Gaba, « Changement des conditions de travail : règles de mise en œuvre et régime juridique du refus du salarié », Recueil Dalloz 2005 p. 1678.
[329] H.–K. Gaba, « Changement des conditions de travail : règles de mise en œuvre et régime juridique du refus du salarié », Recueil Dalloz 2005 p. 1678
[330] Voir par exemple : Cass. Soc. 23 févr. 2005.

changement des conditions de travail *peut* être qualifié de fautif selon les circonstances de l'espèce. En tout état de cause, la faute grave ne sera constituée qu'à défaut de toute cause justificative. C'est donc l'acte d'insubordination délibéré [331], le refus « pour le refus », qui seul est susceptible de laisser substituer la qualification de faute grave à un licenciement consécutif à la mise en œuvre d'une modification des conditions de travail.

Dans ce cadre, le seul moyen de résistance du salarié serait la preuve *ex ante* d'un abus de pouvoir de l'employeur ou d'une contrariété à l'intérêt de l'entreprise, voire d'une discrimination. Reste que le juge social se montre plutôt clément et essaie de trouver les justifications qui permettent au salarié de légitimer son refus. Ce faisant, il corrige ou atténue les conséquences de l'acte d'insubordination commis par le refus de la modification des conditions de travail.

4. Le refus impossible

Dans certaines hypothèses, le droit dénie au salarié la capacité de refuser, dans son propre intérêt. C'est ce que nous qualifions de « refus impossible ». C'est qu'il existe des normes « indisponibles à la volonté des parties, en raison de l'intérêt supérieur qu'elles entendent protéger ». De même que le Code du travail interdit parfois la transaction, ou que le droit civil pose des prohibitions au commerce sur certains objets – dont le corps humain – le refus de se voir appliquer certains droits (repos, normes de sécurité, par exemple) est considéré comme un renoncement illégitime. Il ne pourrait pas non plus refuser la disposition du règlement intérieur visant à protéger sa santé[332].

Le salarié ne peut pas refuser de se voir appliquer le droit du travail[333], puisque aux termes de l'arrêt Labanne du 19 décembre 2000[334], « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ». La qualification de contrat de travail est bien l'enjeu, et celle-ci ne dépend pas de la volonté exprimée (ou réelle) par les parties. L'application du Code du travail est impérative. De la même manière, le salarié ne pourrait pas refuser son propre droit au refus, dans les situations que prévoit le texte de loi[335]. L'employeur ne pourrait pas stipuler une clause contractuelle par

[331] Ainsi du cas d'espèce où un salarié, magré de nombreuses relances, s'était « volontairement refusé, de manière réitérée, à exécuter des tâches qui lui incombaient personnellement » et s'était « placé dans une situation de rupture qui témoignait de sa volonté non dissimulée de ne plus exécuter de manière *loyale* et *normale* ses fonctions ». (Cass. soc., 31 mai 2012, n°10-22.759). Le Juge avait là aussi retenu la faute grave.
[332] Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888 : le refus du salarié de pompes funèbres de se faire vacciner constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement.
[333] E. Dockès, « Notion de contrat de travail », *Semaine sociale Lamy Supplément,* 30 mai 2011, n° 1494.
[334] Cette qualification dépend *« des conditions d'accomplissement de [la] tâche »,* disait l'arrêt Barrat du 4 mars 1983.
[335] Cass. Soc. 27 février 2001 : 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 al. 2 du code civil. Le salarié ne peut pas valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi.

laquelle le salarié s'engage à accepter une modification ultérieure de son contrat – par exemple, une clause de mobilité assortie d'une sanction du refus du salarié par la rupture de son contrat de travail[336]. Ici, le refus se rapproche de la notion de renonciation.

C'est la même logique de protection du salarié, qui est à l'œuvre dans l'hypothèse où ce dernier voudrait refuser l'application de l'article 1224-1 du Code du travail, qui s'applique dès lors qu'il y a « transfert d'une entité économique autonome, constituée d'un ensemble de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre et dont l'identité est maintenue ». C'est une disposition d'ordre public (Cass. Soc. 27 juin 2002). Cet article a originellement été conçu pour protéger les salariés en cas de transfert[337]. La protection justifie qu'un changement d'employeur puisse être imposé au salarié. La loi de 1928 dont est issu le texte vise à faire primer l'intérêt général sur la volonté individuelle du salarié, de manière automatique[338]. D'autres justifications ont ensuite étoffé le recours à cet article : la protection des intérêts « immatériels » liés à la cession, c'est à dire le transfert effectif des « travailleurs du savoir » ; l'évitement éventuel du régime du licenciement pour motif économique, dont l'article L.1224-2 constitue parfois l'antichambre en forme d'externalisation de la procédure pour le cédant... Toujours est-il que l'effet translatif automatique qu'impose la lettre de l'article L. 1224-1 s'impose au salarié comme à l'employeur, sans que le refus soit envisagé. Le salarié qui outrepasserait son application en refusant le transfert supporterait l'imputation de la rupture, considérée comme une démission. Même, le salarié qui persisterait dans ce refus de transfert pourrait se voir reprocher une faute grave susceptible de licenciement sans indemnités de rupture. Par une fiction toute juridique, le Juge et la Loi regarde la relation de travail comme *continue*. Dès lors le refus de transfert s'apparente à une insubordination et à une inexécution de la prestation de travail.

Pourtant, plusieurs raisons militent en faveur d'une revalorisation du droit de refus dans cette hypothèse. Nous nous penchons dessus, en espérant pouvoir en dégager un modèle plus large qui justifie un droit au refus absolu, tout en protégeant le salarié d'une renonciation à ses propres droits. D'abord, on sait que le comité d'entreprise n'intervient pas dans ce genre d'opération[339], ce qui laisse en retrait les représentants du salarié ; un renforcement de la volonté individuelle

[336] Cass. Soc. 19 mai 2004, n°02-43.252.
[337] Hors du cas de transfert d'une telle entité, l'article ne peut pas s'appliquer. Il n'y a pas automaticité du transfert des contrats de travail. L'employeur retombe dans « l'ornière » de la modification des contrats de travail, qu'il ne peut pas imposer à ses salariés. Il devra recueillir leur accord au préalable. S'il ne le fait pas, les salariés transférés pourront réclamer leur réintégration. (Cass. Soc., 10 octobre 2006). L'article L 1224-2 est déclaré « inapplicable » rétroactivement par le Juge, car « par le transfert litigieux, la société avait éludé les droits et garanties dont les salariés auraient bénéficié en cas de licenciement pour motif économique ; la cour d'appel a ainsi caractérisé la faute commise au regard d'une exécution loyale des contrats de travail dont elle a réparé les conséquences préjudiciables, distinctes de celles des ruptures ».
[338] Cass. Soc 14 décembre 2004 : « 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. »
[339] Cass. Soc. 14 mars 2006.

serait donc bienvenu. Ensuite, comme le souligne A. Supiot : « les travailleurs ne sont pas à vendre », et le principe de la liberté du travail devrait justifier que le salarié ait un droit de refus de son nouvel employeur, puisque l'idée d'un remplacement « transparent » pour la partie salariée est artificielle, ne serait-ce que parce que le cessionnaire renégociera la couverture conventionnelle, et donc touchera aux conditions de travail des salariés cédés. La chambre sociale elle même reste très prudente quant à l'application de cet article en cas de réticences ou d'oppositions des salariés transférés, ce qui permet de protéger leur refus[340]. Et puis, une brèche a bien été ouverte à sa volonté dans un arrêt du 11 mars 2003 : la chambre sociale a reconnu au salarié licencié le droit de refuser le changement d'employeur, dès lors que le cessionnaire ne lui propose de passer à son service qu'après l'expiration du préavis. Mais ici, le salarié reste tributaire du transfert et des conditions que lui proposera le cessionnaire ; s'il fait marque de résistance, ce sera pour fermer les portes de son entreprise, et ouvrir celles de Pôle emploi[341]. Enfin, citons la position de la Cour de justice de l'Union européenne, qui alimente les débats doctrinaux en France. Elle a estimé[342] que la directive du 14 février 1977 « ne saurait être interprétée comme obligeant le travailleur à poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire. Une telle obligation mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur ». En d'autres termes, la porte est laissée ouverte quant à l'éventualité d'un droit au refus par le salarié, du transfert de son contrat de travail au cessionnaire. Octroyer un droit d'opposition dans ce contexte « n'entrouvrirait pas la porte à une renonciation individuelle du salarié à ses droits », mais permettrait « plutôt d'interdire qu'il soit soumis à des obligations qu'il n'a pas librement choisies et qui sont la conséquence inévitable et automatique de la règle de maintien avec le cessionnaire » (A. Supiot[343]).

Nous pensons qu'ouvrir au salarié le droit de refuser l'application de ses propres droits ou les propres clauses de son contrat pourrait être utile dans certaines hypothèses. On a vu que le contrat de travail était un bouclier protecteur du refus du salarié, mais que ce bouclier tendait à s'éroder. Pourquoi ne pas renverser cette évolution ? Prenons ainsi le refus du salarié à l'application d'une clause de son propre contrat de travail, une clause de mobilité. Il s'agit bien d'un refoulement du droit des contrats, mais la solution apparaît particulièrement opportune

[340] Ainsi, dans un arrêt daté du 10 octobre 2006, la chambre sociale a pu décider que « s'ils révèlent l'existence d'une opposition collective de salariés au remplacement d'un concessionnaire de l'exploitation d'un service public par un autre, ces motifs sont impropres à caractériser le refus individuel de chaque salarié de la poursuite de son contrat de travail avec le nouvel employeur lors du transfert effectif de l'entité économique, lequel refus, s'il est établi, produit les effets d'une démission ».

[341] La solution est même déroutante : l'offre tardive de poursuite du contrat après un licenciement ou la modification du contrat de travail, par le cessionnaire, ne sont pas sanctionnées par le Juge : le salarié n'aurait que « le droit » de refuser le transfert. C'est le même raisonnement qui est vraisemblablement à l'oeuvre lorsque le Juge décide que lorsque le salarié est licencié à l'occasion d'un transfert d'entreprise, par le cédant, ce dernier bafoue les dispositions de l'article L. 1224-1. Dans cette hypothèse, et si le salarié n'a pas poursuivi *malgré tout* son contrat avec le cessionnaire, il se voit alors offrir une forme de droit au refus de travailler... pour le cessionnaire. (Cass. Soc. 13 mai 2009).

[342] CJCE, 24 janv. 2002, aff.C 51/100,CJCE 16/12/1992 aff.C-132/91, CJCE, aff.C-171/94.

[343] A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l'envers de l'article L.122-12 alinéa 2) », *Droit social* 2006. pp. 264-273.

dans un contrat à exécution successive, dont il semble cohérent de préserver la souplesse au regard des changements fondamentaux qui affecteraient la « partie faible » - par exemple par une vie de famille développée depuis la conclusion de la clause. D'ailleurs, n'est ce pas la solution que met en œuvre le Juge, lorsqu'il paralyse la mise en œuvre d'une clause contractuelle qui serait incompatible avec d'impérieuses obligations familiales ou avec l'exercice d'une activité professionnelle salariée ou indépendante[344] ? Sans l'étendre à ses droits fondamentaux – le risque d'une négociation à l'amiable en forme de renonciation pure et simple existant bel et bien – peut-être que la solution pourrait être envisagée pour d'autres clauses ou d'autres dispositions conventionnelles et contractuelles à laquelle le salarié ne souscrit plus. C'est ce qu'estime en un sens la Cour : le salarié est toujours en mesure de *renoncer* à un droit, ou à une garantie qu'il retirerait de son contrat de travail, au bénéfice d'une disposition qu'il aurait contractualisée avec son employeur. Dans ce cas, le renoncement doit être individuel (la volonté est préservée), excluant ainsi toute renonciation résultant d'un accord collectif (en vertu du principe de faveur). Le consentement doit en outre être clair et non équivoque[345].

En revanche, le refus de ses droits fondamentaux est plus encadré ; gardons en mémoire que selon l'article L. 1121-1du Code du travail, le consentement d'un salarié à une mesure ou à une clause qui porte atteinte à ses droits fondamentaux est sans incidence sur le contrôle de cette atteinte, ni même sur le contenu de ce contrôle. En toute hypothèse, le Juge contrôlera que la mesure répond aux exigences de justification et de proportion sus évoquées. Mais par là même, le droit positif ne légitime-t-il pas justement l'atteinte aux droits fondamentaux du salarié ?

5. Individualisation et préqualification des conséquences du refus

Depuis plus d'une décennie, il nous semble que l'on assiste à un renouveau de la sanction du refus individuel, particulièrement en cas de refus de se voir appliquer un accord collectif. En consacrant l'émergence d'un licenciement hybride, confondant sanction du refus et conséquences de l'inapplicabilité de la norme conventionnelle, le droit ouvre une brèche nouvelle au refus illégitime face au nouveau « pouvoir » conventionnel. L'origine de cette évolution doit probablement être trouvée dans les Lois Aubry I et II, concernant le refus d'application d'un accord collectif de réduction du temps de travail.

La Loi Aubry II prévoit ainsi que le refus du cadre autonome de se voir appliquer un forfait annuel en jours prévu par un accord collectif de réduction du temps de travail peut constituer un motif de licenciement entrant dans le champ d'application de l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000. Cet article prévoit en effet que lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur

[344] Cass. Soc. 14 octobre 2008, n°07-40.523.

[345] Cass.Soc. 25 janv. 1989.

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 »[346]. Il est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel (entretien préalable, lettre de licenciement, indemnités, possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié, existence d'une cause réelle et sérieuse…). Là où la solution semble contradictoire, c'est qu'à défaut de comporter l'indication de l'accord collectif, la lettre de licenciement n'est pas valable ; le licenciement est alors sans cause réelle et sérieuse[347]. Or, s'il s'agit d'un licenciement individuel, alors le licenciement doit être motivé par le refus de modification du contrat, et ne pourrait pas alors trouver son origine première dans l'accord collectif. En soutenant que la lettre de licenciement doit néanmoins faire mention de l'accord collectif, le Juge induit l'idée qu'il s'agit bien d'un licenciement *hybride :* fondé sur le refus d'un accord collectif aboutissant, *de facto*, dans la modification du contrat. Une partie de la doctrine y est favorable. M. Morand[348] propose d'élargir cette solution à tout accord collectif ; le refus du salarié entraînerait un licenciement personnel pour un motif non économique. En conséquence, le contrat de travail serait « préservé » dans son rôle de créateur d'avantages nouveaux ou d'adaptation. Il s'agirait de consacrer la primauté de l'accord collectif.

C'est sans aucun doute cette même logique qui est à l'œuvre dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (transposé dans la loi du 14 juin 2013). Dans sa première mouture, l'ANI prévoyait qu'en cas de refus d'application des accords collectifs de maintien de l'emploi et accords de mobilité interne, il y aurait licenciement pour motif personnel. Si l'on estimait que l'accord collectif s'impose au contrat mais ne s'y incorpore pas, et qu'il suspend les dispositions contractuelles touchées par les dispositions de l'accord (soit la rémunération et la durée du travail, ressortissant du socle contractuel), le licenciement personnel fondé sur le refus du salarié était discutable. Dans sa version finale, le refus du salarié à un accord de maintien de l'emploi est un licenciement économique individuel dont la cause réelle et sérieuse est « attestée » par l'accord collectif, mais le refus du salarié n'entraine pas l'obligation de mettre en œuvre les obligations législatives et conventionnelles résultant d'un licenciement collectif pour motif économique (art. 18 de l'ANI). A contrario, le refus de la mobilité interne entraine un licenciement pour motif personnel assorti des garanties du licenciement économique. Dans la dernière mouture de l'ANI, la cause du licenciement ne réside donc ni dans le refus exprimé par le salarié, ni dans la proposition de modification du contrat de travail, mais dans la cause de celle ci. Elle reprend ainsi une jurisprudence existante[349]. C'est cette solution qui ressort de l'article 18 de

[346] Ainsi, « le refus par un ou des salariés d'une modification de leur contrat de travail, en application d'un accord collectif de réduction du temps de travail, doit s'analyser en un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique » (Soc. 15 mai 2006, 4 arrêts : n° 03-48.027 ; 04-41.935 ; 04-40.504 et 05-42.946).
[347] Cass. soc., 15 mars 2006, n°04-40.504
[348] M. Morand, E. Dockès, « Elargir le champ et la force du contrat », sur « faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ?», *Revue de droit du travail* 2007, pp. 147-149
[349] Soc. 12 oct. 2004, n°02-42.980 : « pour débouter le salarié de ses demandes d'indemnités, l'arrêt retient que le refus par le salarié d'un changement d'affectation impliquant un changement de résidence, s'analyse en un motif

l'ANI[350]: le refus n'est pas la cause du licenciement ; la cause n'est pas non plus la proposition d'accord à l'accord collectif, mais les dispositions de l'accord collectif lui même, voire les difficultés économiques. Or, puisque la cause est non-inhérente à la personne du salarié, le licenciement doit nécessairement se faire motif économique[351]. Alors l'ANI trouve une parade en qualifiant la rupture de licenciement *individuel* pour motif économique. Dans ce cas, la rupture est « artificielle » : elle ne peut pas avoir un caractère personnel, à moins qu'il s'agisse de moralisation et non de motivation juridique.

La rupture repose sur la capacité du salarié à arbitrer entre son licenciement inévitable, et les concessions que lui impose l'accord collectif. Si le salarié prend l'initiative de la rupture en démissionnant, il perd la « protection » du licenciement qu'il obtiendrait en refusant. Le refus n'est pas fautif[352], mais sanctionne juridiquement tout de même ce refus, dans la qualification de licenciement individuel et la perte des protections attachées au licenciement collectif. Il y a en tous cas hybridation entre une cause distanciée (l'accord voire le diagnostic préalable) et un refus individuel, sous la forme d'un opportunisme juridique qui floute la protection que garantit le droit du travail en cas de licenciement économique (reclassement, intervention des représentants du salarié...). En outre, la préqualification de la rupture permet de retirer au Juge son pouvoir d'appréciation de la cause réelle et sérieuse de rupture du contrat de travail. Tout cela aboutit à un renversement du droit à l'emploi, qui peut désormais jouer en défaveur du salarié individuellement récalcitrant. En quelque sorte, il y a « mise au ban » du collectif de travail de celui qui refuse de sacrifier son individualité sur l'autel du sacro saint « emploi ». Le refus du salarié est délégitimé par les conséquences qu'il emporte, son licenciement «individuel» à défaut d'être personnel.

On l'a vu, le refus illégitime du salarié tend à prendre de l'ampleur. Même lorsque le droit considère que ce refus est légitime, le salarié qui refuse la mesure qui lui est imposée ou suggérée s'expose, lorsque la proposition atteint le socle contractuel, à un licenciement. L'employeur confronté au refus de son salarié n'a qu'une alternative : renoncer à son projet initial ou bien licencier (Cass. Soc. 5 mars 1997). Cette bipolarisation des sanctions du refus impactent nécessairement son recours par le salarié. Alors l'effectivité du droit au refus est toute relative. En outre, le droit actuel pêche par les confusions qu'il opère implicitement entre la sanction du refus et celle de la mesure initiale. Là où la mesure est socialement « juste » (par

personnel et non en un motif économique ; Attendu cependant, que le licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail a une nature économique lorsque cette modification a une cause économique, peu important les motifs du refus ».

[350] Contra. MEDEF projet d'accord, 19 oct. 2012.

[351] Article 1er, Directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

[352] « Pour autant, celle ci est imputable à la signature par l'employeur de l'accord collectif dont résulte cette mise en case. Le rejet de l'accord étant l'expression d'une liberté méconnue au salarié, il ne saurait, non plus, être regardé comme fautif. La rupture qui s'en suit ne peut donc davantage etre considérée comme disciplinaire » (H.-J Legrand, précit.).

exemple, « au nom de l'emploi »), le refus ne l'est pas. Là où la mesure est illicite ou illégale, le refus le devient. Le refus intervient dont comme processus de sanction individuel d'un manquement à un intérêt supérieur.

On l'a vu, la sanction du refus dépend d'une appréciation extrêmement circonstanciée, sous le contrôle a posteriori du Juge. C'est ce qui nous conduit à détailler en une Section II nos propositions pour un droit consacré au refus (Section II).

Section II. Propositions pour un droit consacré au refus

Remarques préliminaires

Plusieurs remarques préliminaires doivent être faites en introduction de cette dernière Section, davantage prospective. D'abord, nous savons que disposer d'un droit et d'une liberté n'aboutit pas à la même protection juridique. Là où la *liberté de refuser* existe dans le droit du travail français, le droit n'est pas consacré. Les deux notions ne disposent pas d'une même protection devant le juge, d'une même résistance aux atteintes possibles par le pouvoir de l'employeur. Le droit d'expression et la liberté d'expression par exemple, ne recouvrent pas le même régime, la même protection, les mêmes sanctions de leur abus. Or en droit du travail français, et si cela n'est pas consacré par des textes, le salarié dispose indéniablement d'une certaine liberté – du moins physique – de refuser. Cela ne veut pas dire qu'il en a le droit : le refus est cantonné, examiné, blâmé, nié dans de nombreuses hypothèses.

Ensuite, il est apparu assez clairement qu'on pouvait distinguer deux niveaux de refus. D'une part, le droit au refus pouvait être conçu comme un revers obligé de toute atteinte de l'employeur ou des représentants du salarié (via la négociation collective) à ses droits. C'est ce que nous appellerions un droit de refus *en négatif*. D'autre part, on pouvait envisager l'avènement d'un droit au refus général, outil de rééquilibrage de la relation contractuelle, qui permette de « re-civiliser » les rapports de travail, c'est à dire un droit de refus absolu. Cette hypothèse, qui existe en germe de la solution Raquin en offrant au salarié contractant le droit de refuser toute modification de son contrat, pourrait être étendue et surtout davantage protégée. Ce serait même salutaire alors que les faits contredisent aujourd'hui l'exercice du refus, offert de manière parcellaire au salarié[353]. Nous pensons, précisément, que le droit au refus doit être relié à l'exigence de respect de la dignité du salarié, telle qu'introduite dans le Code du travail par la loi du 17 janvier 2002. La réflexion permet de redonner au droit du travail une place nouvelle dans

[353] A titre d'exemple : « la question du travail du dimanche sur la base du volontariat pose un réel problème. L'expérience montre qu'un salaré ne peut pas véritablement refuser de travailler quand son entreprise le lui demande » (CFTC, Liaisons Sociales 2007, Bref Social, n°14914 du 16 juillet 2007).

le monde économique, et dans la gestion d'entreprise. P. Durand[354] nous dit que : « la signification essentielle du droit du travail est d'ordre moral. La société moderne n'admet pas que le travail soit traité comme un bien matériel, soumis à la loi du marché. Les rapports de travail sont soumis à un droit spécial, parce qu'ils engagent la personne du travailleur ». Ne faut-il pas (sur ce point précis) renouer avec cette conception du droit du travail ? Prendre à revers la « moralisation » rampante du droit du travail, pour en faire un outil au service des subordonnés ? Et faire du refus non plus seulement *le* subordonné d'une atteinte à un droit – fondamental ou non – mais un droit en lui-même ?

L'un dans l'autre, l'articulation d'un niveau supérieur de droit au refus accompagné d'une exigence de respect de la personne humaine au travail, comme douée de raison, conduisent à évoquer la possibilité d'un *droit fondamental au refus*. Ce dernier pourrait être considéré comme un droit fondamental dont la liberté d'expression[355], affirmée par l'article 10 de Convention européenne des droits de l'Homme, constituerait la face renversée. Ce droit nouveau supposerait une capacité de résistance, de critique. Comprise *lato sensu*, la solution conduirait à rendre le droit au refus indisponible à la volonté même des parties.

En nous cantonnant à l'hypothèse simple d'un droit au refus comme re-contractualisation du droit du travail, peu d'obstacles juridiques entraveraient cette réforme. Dans l'hypothèse d'un encadrement sérieux de ce droit (qui ne peut pas devenir un pouvoir arbitraire de refus indépendamment de la bonne foi et de la loyauté dans l'accomplissement du contrat), ce droit nouveau permettrait d'asseoir un équilibrage de la relation de travail, sans pour autant remettre en cause le pouvoir de gestion de l'employeur.

Nous nous intéresserons donc dans cette dernière Section à l'information sur le droit au refus comme voie vers le refus conscient (A), et à la construction d'un droit au refus en forme de recontractualisation de la relation de travail (B).

A. L'information sur le droit au refus : une voie vers le refus conscient

Il ressort de l'ensemble de cette étude que le droit au refus reste peu effectif en l'état, trop souvent antichambre au licenciement du salarié (1). Nous nous interrogerons ainsi sur le rôle que pourra jouer l'information dans l'effectivité du refus du salarié (2) avant d'envisager la création d'une obligation générale d'information sur le droit au refus du salarié (3).

1. Un droit au refus peu effectif en l'état : une « antichambre » au licenciement

[354] P. Durand, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t.1. P 113.

[355] Cass. Soc. 14 décembre 1999 : « 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 ».

« L'inégalité de poids sur le marché se caractérise par l'absence de solution équivalente pour le partenaire qui se trouve, en pratique, obligé de contracter avec telle entreprise aux conditions fixées par elle. Certes, en théorie, il existe bien une alternative entre accepter ou refuser. Mais les conséquences d'un tel refus seraient d'une ampleur économique et sociale telle qu'en fait, l'alternative n'existe pas »[356]. Cette assertion a elle seule résume le défi énorme que devra relever le droit au refus dans un contexte juridique de subordination, et dans une conjoncture économique houleuse.

Le droit n'encourage pourtant pas encore véritablement cet essor de la volonté individuelle, au delà du fait. P. Adam écrit que : « la volonté individuelle est *encouragée* plus que *libérée* »[357]. C'est ce qui ressort du droit existant, et que nous avons tenté de démontrer dans le courant de ce mémoire – une valorisation de l'individualité et de la personne douée de raison, mais une liberté toute relative en raison des conséquences attachées à ces expressions de la volonté (voir *supra*). Il est vrai que là où le droit accorde au salarié la capacité de se prononcer (donner son accord) sur un projet qui l'affecte, ce n'est pas pour autant pour en protéger le refus qui viendrait à être exprimé. Il apparaît souvent que « le prétendu pouvoir donné au consentement du salarié devient ainsi la façon la plus efficace pour se débarrasser du droit du travail et pour assurer une « flexibilisation » généralisée » (M. Fabre-Magnan[358]).

D'abord, lorsque le salarié refuse une modification de son contrat de travail, la valeur du droit au refus est sujette à discussion dès lors que l'employeur dispose toujours, en aval, de son pouvoir de direction... et donc de son pouvoir de licencier. Bien sûr, aujourd'hui, le refus ne peut pas justifier en tant que tel le licenciement du salarié. Mais la Cour invite les juges à rechercher si « le motif de la modification constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement »[359]. Même, le Juge encourage cette bipolarisation des conséquences du refus en n'offrant à l'employeur que deux possibilités : renoncer à son projet initial ou licencier le salarié. Selon la formule consacrée de la chambre sociale de la Cour de Cassation[360] : « 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 ». Alors le droit au refus devient un droit renversé (un droit artificiel), qui joue au détriment du salarié pris au piège de son propre *vouloir*. Dans l'hypothèse où l'employeur déciderait d'appliquer tout de même la mesure qu'il a offerte au salarié (une modification des tâches qu'il lui confie par exemple), il ne pourrait pas reprocher au salarié une faute, et donc ne pourrait pas le licencier pour ce motif, au

[356] V. Labordes, *Les contrats déséquilibrés,* t.1, Thèse, PUAM, Aix-Marseille 2000. p.241.
[357] P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », *in* La volonté du salarié, précit.
[358] M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », *Droit ouvrier*, juillet 2012, n° 768. p. 459.
[359] Cass. Soc. 10 décembre 1996.
[360] Cass. Soc. 13 juillet 2004, n°02-43.015.

risque de se voir condamner devant les prud'hommes. La solution prétorienne n'invite donc pas à valoriser l'expression du refus. Cette dernière, appréciée de manière circonstanciée, a posteriori sous l'œil du Juge, n'offre pas les garanties d'une sécurité juridique suffisante au salarié[361].

Or, « reconnaître au salarié un droit au refus implique que ce refus ne soit pas l'antichambre du licenciement » (P. Lokiec [362]). Pourquoi ne pas modifier les conséquences du refus, pour le faire mûrir en dehors du seul licenciement – en pensant à la démission ou à la rupture conventionnelle ? Surtout, pourquoi ne pas envisager la possibilité où le refus du salarié entraînerait la continuation du contrat aux conditions antérieures, sauf trouble manifeste ou motif économique ? Nous voulons ici mettre en question la capacité du salarié à ne pas voir rompre le lien contractuel, en dépit du refus au changement qu'il a manifesté (nous nous pencherons sur cette hypothèse *infra*).

Par ailleurs, et sans nous y attarder, retenons que la procéduralisation manifeste des cas existants de refus[363] handicape *de facto* l'expression d'une volonté du salarié. Nous l'avions développé en Partie 2, en traitant du droit de retrait. Là où la procéduralisation pouvait s'avérer garante d'une pureté de la volonté du salarié, elle l'enferme dans un carcan juridique rendant délicate son expression dans certaines situations de travail, et son élargissement à l'ensemble de la relation d'emploi. De ce point de vue, tolérer que le refus puisse être exprimé de manière protéiforme – écrit, oral, email... - avec un éventuel accompagnement d'un délégué du personnel, pourrait s'avérer simplificateur, et favorable à l'éclosion de manifestations de refus. Ce n'est pas cette voie qui a été choisie par les signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 : « l'accord détermine le délai et les modalités de l'acceptation ou du refus du salarié » précise l'article 7 de l'Annexe ; la solution favorisant cet éclatement des normativités évoqué en Partie 1.

On évoquera, enfin, la mise à l'écart du rôle du Juge dans la protection qu'il garantissait au salarié. Cette mise en retrait, également particulièrement marquée dans les lignes de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (ANI), paralyse indéniablement la « capacité » de refus du salarié, car enserrée dans des délais restreints de contestation et une qualification des sanctions au refus d'ores et déjà préétablie par la loi. A ce titre, la loi du 14 juin 2013 dispose que les actions relatives à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail (autres que celles relatives au paiement du salaire) se prescrivent désormais par 2 ans. Comment le salarié qui aurait refusé une mesure avant d'être licencié pourrait-il valablement y trouver son compte ?

[361] H.-K Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », Droit ouvrier juin 2005, p. 242 : « 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 ».
[362] P. Lokiec, « Refuser », *in* La volonté du salarié, précit.
[363] Temps donné, délai de réflexion, forme de l'expression du refus (exprès, lettre, accompagné d'un délégué du personnel ou non...).

Surtout, là où le droit au refus nous semble profondément lacunaire est qu'il n'est pas assorti d'une obligation d'information dont l'employeur serait débiteur, en faveur d'une expression libre du salarié. Ainsi, « certes, s'agissant d'éléments par nature contractuels, la pratique relative à ces éléments est contractualisée, et le salarié est en droit de s'opposer à leur modification unilatérale. Mais le sait-il ? La connaissance de ce droit (et donc sa mise en œuvre) par le salarié est souvent illusoire en ce qu'elle implique, d'une part, sa conscience de la distinction entre la forme et la substance du contrat et, d'autre part, sa connaissance des subtilités jurisprudentielles dans l'élaboration du socle contractuel »[364].

Il est en effet fréquent en droit du travail que l'application d'une mesure à un salarié donné soit uniquement subordonnée à l'information de son application. Mais il n'existe pas d'information sur la possibilité de refus d'application de cette mesure, voire sur les conséquences engendrées dans le rapport de travail. Tout au plus le législateur prévoie que le consentement du salarié doit être exigé pour l'application de certains dispositifs d'aménagement des conditions de travail (travail de nuit, passage d'un temps plein à temps partiel...). De la sorte, il avait été jugé dans un arrêt de la chambre sociale daté du 27 juin 2002 que l'employeur pouvait se prévaloir d'une disposition de la convention collective instituant une obligation de mobilité, à la seule condition que cette disposition se suffise à elle-même, dès lors que le salarié a été informé de l'existence de la convention collective au moment de son engagement, et mis en mesure d'en prendre connaissance. Rien n'indiquait l'existence d'un droit d'information sur le refus du salarié de cette application voire mise en œuvre de ladite clause de mobilité.

Pourtant, cette exigence existe bel et bien lorsque le pouvoir de l'employeur touche aux droits fondamentaux du salarié. Elle pourrait donc être aisément étendue à d'autres hypothèses. Ainsi, dans un arrêt en date du 11 février 2009[365], la chambre sociale décidait que l'employeur ne peut « sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord, et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer, et d'exiger la présence d'un témoin ».

2. Le rôle de l'information dans l'effectivité du refus.

« En effet le savoir lui-même est pouvoir », écrit F. Bacon en 1597[366]. L'assertion est particulièrement vraie dans notre cas. Le salarié ne pourrait se prévaloir d'un pouvoir réel dans l'expression de ce refus qu'à condition de connaître la valeur, les conséquences de sa volonté

[364] N. Collet-Thiry, précit.
[365] Cass. Soc. 11 février 2009, n°07-42.068.

[366] Sir Francis Bacon, *Meditationes Sacrae* (1597), XI, *De haeresibus*, in *Exemplum Tractatus de Fontibus Juris and other latin pieces of Lord Bacon* (tr. anglaise par James Glassford), Waugh & Innes, 1823, p. 191.

exprimée. En effet, dans l'hypothèse fréquente où le refus peut entraîner un licenciement, il devient particulièrement essentiel de garantir la teneur du refus. Cela doit passer par une information sur l'existence de ce droit au refus, et une information sur les conséquences du refus, permettant au salarié d'en peser le pour et le contre dans un délai de réflexion suffisant.

Plusieurs éléments du droit du travail laissent à penser que le droit à l'information reste encore extrêmement nébuleux en faveur du salarié pris individuellement. En effet, ce dernier s'est surtout vu reconnaître un droit *indirect* d'information sur les questions touchant à la situation et à la gestion de l'entreprise (Article L.2323-27 et suivants du code du travail). Une certaine transparence en la matière fait désormais l'objet d'un consensus, tant au niveau national que communautaire (ainsi de la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne).

Pour l'heure, le droit du travail se cantonne à une canalisation du droit à l'information par les représentants du salarié. C'est par la procédure obligatoire d'information-consultation du comité d'entreprise, et sur des questions précises uniquement[367], que s'organise l'obligation d'information dont l'employeur est débiteur. Auquel cas, l'effectivité de la procédure est contrôlée. Il faut que l'information-consultation permette aux élus de comprendre le projet de l'employeur dans l'ensemble de ses aspects et implications. S'ils estiment que cette information est insuffisante, ils peuvent parfaitement refuser de donner un avis sur la question en jeu. Si l'employeur ne respecte pas son obligation d'information-consultation ou le fait de manière irrégulière, les représentants au comité d'entreprise peuvent saisir le Juge des référés pour obtenir la suspension des opérations pour lesquelles ils auraient dû être informés et/ou consultés. En effet, le manquement de l'employeur pourra être qualifié de délit d'entrave – et le cas échéant, l'employeur pourrait être condamné au civil (dommage-intérêts) et au pénal (un an d'emprisonnement et/ou une amende de 3750 euros). L'existence et la protection de l' « effet utile » de l'information sont donc cantonnées aux relations collectives de travail[368].

Dans la relation individuelle de travail en revanche, le salarié ne peut se prévaloir que de manière extrêmement parcellaire, d'un droit à l'information famélique qui correspond davantage à une obligation de publication ou d'enregistrement. Ainsi de l'information obligatoire sur la convention collective applicable ou sur le règlement intérieur. L'information n'est pas comprise dans un sens

---

[367] C. trav., art. L. 2323-1, L. 2323-2, L. 2323-4 à L. 2323-6, L. 2323-12, L. 2323-15, L. 2323-19, L. 2323-21 à L. 2323-24, L. 233-26, L. 2323-44, L. 2323-45 et L. 2323-56.
Reste que cette obligation pourrait bien faire l'objet d'un rétrécissement significatif… Au nom de la sacro-sainte simplification, et de la compétitivité du marché de l'emploi. Voir la Communication de la Commission européenne, « Programme pour une réglementation affûtée et performante : situation actuelle et perspectives », 18 juin 2014, COM (2014) 368 final.

[368] I. Schömann, S. Clauwaert, W. Warneck, « l'Information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne – Transposition de la directive 2002/14/CE », Rapport, ETUI-REHS, 2006. 52 p.
Dans le sens d'un contrôle de l'effet utile de l'obligation d'information-consultation : CA Versailles, 7 mai 1997.

« actif », elle n'est pas faite en amont du projet de l'employeur. Elle se fait a posteriori sur les conséquences d'une réorganisation que le salarié doit reconnaître.

En outre, le droit ne prévoit que dans des cas hypothétiques le contrôle de l'effectivité du droit au refus – essentiellement le droit de retrait. Or, en l'absence de raisonnement préalable et conscient sur les conséquences de son action – dans une optique utilitariste du droit au refus - ce dernier se trouve privé d'une grande partie de son pouvoir juridique. Il peut même se retourner contre le salarié, devenir un droit à revers et se faire instrument de pression sur le salarié. Aujourd'hui, le droit français n'institue que de manière sporadique, la sanction de l'employeur en cas d'absence d'information du salarié sur sa faculté de refus. Elle existe par exemple pour les droits à la retraite ; en cas de licenciement économique ; en cas de modification disciplinaire de son contrat[369]. Mais la solution n'est pas généralisée.

Pourrait-on aller plus loin, et annuler un refus lorsqu'il n'a pas été formulé en toute connaissance de cause ? Pourrait-on faire de l'employeur le débiteur d'une obligation d'information sur le droit au refus du salarié ? Moyennant un contrôle précis et in concreto, par le Juge, des risques évidents de « pression morale », de « dol », ou de violence, cette obligation d'information ne serait-elle pas possible ?

3. Vers une obligation générale d'information du salarié sur son droit au refus

La solution la plus adéquate permettant une effectivité accrue du refus du salarié serait d'abord la conception d'une obligation générale d'information du salarié sur ce droit. Cette information sur le droit de refus d'une proposition de modification, sur le modèle de ce que prévoit le droit de la consommation au titre de la protection de la partie faible au contrat[370], renouerait avec la logique historique du droit du travail : rééquilibrer la répartition « naturelle » du pouvoir dans la relation de travail. P. Lokiec suggère ainsi d'aller vers une obligation d'information du droit de refuser, à l'appui de la jurisprudence communautaire qui ouvre d'ores et déjà la voie en ce sens (CJCE, 8 avril 2001, Wolfgang Lange c/ Georg Schünemann GmbH, affaire C-350/99). En l'espèce, une question préjudicielle était posée au Juge communautaire concernant l'interprétation de la directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Selon ses propres termes, la directive vise à « mieux protéger les travailleurs salariés

[369] C'est désormais sur les épaules de l'employeur que repose l'obligation d'informer le salarié de sa capacité de refus de la sanction modificatrice du contrat de travail (Cass. Soc. 28 avril 2011, n°09-70.619).
[370] Article L. 111 du Code de la consommation : « I. - Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien. (…) Le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché. Cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur, avant la conclusion du contrat (…) En cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations ».

contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits et à offrir une plus grande transparence sur le marché du travail »[371]. La CJCE avait retenu que le salarié devait être informé de l'impossibilité de son refus.

Avec cette réforme du droit au refus, il s'agirait d'assurer la bonne foi dans les relations contractuelles (art. 1134 du code civil), sans que cela porte atteinte au pouvoir de direction et de sanction de l'employeur. En outre, cette solution aurait un mérite : articuler l'action individuelle et l'action collective, chacune remplissant un objectif spécifique. Ce doublage de la défense de l'intérêt collectif avec un droit de refus individuel serait l'occasion non seulement de légitimer sur le terrain l'action des représentants des salariés, mais encore de repenser le rôle de l'individu dans la « collectivité de travail », dans laquelle ses intérêts ne peuvent pas toujours se fondre parfaitement. Il s'agirait de redynamiser le rôle confié aux syndicats - « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs *qu'individuels*, des personnes mentionnées dans leurs statuts »[372] - en redoublant ce droit d'information et de refus. Cela permettrait de s'assurer de l'exacte protection des intérêts des salariés plutôt que d'y voir une mise en retrait de leur propre pouvoir d'alerte / de réunion d'intérêts collectifs. La refonte de la « démocratie sociale » trouvera-t-elle un renouveau dans les démembrements du collectif, à savoir les expressions individuelles du vouloir ? Loin de voir dans cette obligation d'information sur le droit au refus une dénégation du rôle fondamental de la représentation collective d'entreprise, nous pensons qu'une alliance utile de ces deux modes d'expression permettrait de prévenir une individualisation radicale en forme d'éparpillement et de désaffection à l'égard du collectif.

C'est cette recontractualisation, fruit de l'individualisation manifeste des relations d'emplois, qui fera l'objet de notre intérêt dans un (B) : « pour un droit au refus comme recontractualisation de la relation de travail ».

B. Pour un droit au refus comme recontractualisation de la relation de travail

« Dans ces conditions, n'est-il pas judicieux de consacrer un droit commun de refus du salarié ? » s'interroge H.-K Gaba. C'est ce que nous pensons, idée que nous avons tenté d'appuyer en faisant état du droit actuel. Nous pensons aussi que cette réforme de la place du salarié subordonné dans la relation contractuelle ne serait pas nécessairement complexe, par exemple en s'appuyant sur les rouages civilistes dont est historiquement issu le droit du travail français.

« Le droit civil et le droit du travail ont finalement la même raison d'être, qui est de « civiliser »

[371] Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, considérant n°2.
[372] Article L2131-1 du code du travail.

les relations sociales, c'est à dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force »[373]. En outre, l'article L 1221-1 du Code du travail stipule que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ». Ces deux piliers – les racines civilistes et civilisatrices du droit du travail, peuvent être invoqués pour revendiquer un droit au refus, manifestation d'une recontractualisation du travail.

Bien sûr, lorsque l'on se place du côté du droit commun des contrats, il n'y a pas de consécration textuelle d'un droit au refus pour les contractants. En revanche, il y a bien toujours un droit de refuser toute modification des termes du contrat, proposée par l'autre partie contractante. Si le droit du travail cantonne strictement l'exercice de ce droit au refus, c'est pour satisfaire à l'effectivité du pouvoir de direction, émanation directe de la liberté constitutionnelle d'entreprendre.

Or, dans un contrat de travail marqué par l'existence d'un pouvoir de fait et juridique de l'employeur, le droit au refus serait une contrepartie logique et nécessaire qui permettrait de reciviliser le contrat. Le refus serait non seulement droit naturel du contractant ; mais encore protection nécessaire en vue d'une re-civilisation du pouvoir dans l'entreprise. Nous verrons que cette valorisation de l'accord des volontés (1) peut se faire moyennant un encadrement juridique adéquat, appuyé sur les racines civilistes du droit d travail – la bonne foi - (2) et d'un renouveau des sanctions et de la protection judiciaire du refus (3).

1. Re-« civiliser » le droit du travail : valoriser l'accord des volontés

Nous avons vu en Partie 2 que le contrat de travail était un des fondements historiques du droit au refus, fondement aujourd'hui en voie d'érosion. Nous proposons donc une recontractualisation *individuelle* du droit du travail, qui permette non seulement de contrebalancer la contractualisation collective aujourd'hui à l'oeuvre, mais encore de renforcer la part de la volonté salariée face au pouvoir de l'employeur. Cette idée s'appuie sur celle selon laquelle le contrat de travail est la figure de base de l'ordonnancement des relations du travail, « le support et l'architecte principal du rapport d'emploi ». A rebours d'une conception institutionnelle du rapport de travail (Paul Durand[374]) selon laquelle le rapport ne naît pas d'un contrat et ne donne aucune prise à l'accord des parties, nous estimons avec M. Gourves, que « dès lors que les parties sont convenues d'une convention, elles s'engagent l'une envers l'autre. Il en découle ensuite que le respect de la parole donnée sur ce qui a été convenu implique que seul le « mutuus dissensus » puisse défaire ce qui a été fait par « mutuus consensus » (...) »[375].

[373] A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », Droit social n°6, juin 1990. p. 487.
[374] P. Durand, Traité de droit du travail, t. 1, Paris, Dalloz 1947.
[375] M. Gourves, Thèse, précit.

Renouveler le droit au refus en renouant simplement avec une vision civiliste de la relation contractuelle aurait d'abord le mérite de dépasser l'hostilité entre les deux disciplines travailliste et civiliste[376], malgré les dangers que recouvrent les greffes juridiques « ex nihilo ». Loin de *re-patrimonialiser* le travail, c'est à dire de réduire la relation de travail à une « location de force de travail » (contrat de louage), nous pensons qu'une recontractualisation pourrait permettre de personnaliser le rapport d'emploi, au lieu d'en faire le seul réceptacle des volontés combinées de l'employeur et d'un collectif *instrumentalisable*.

Ce mouvement global tendant à faire une place au choix individuel du salarié trouverait ici un écho opportun, puisqu'en effet il apparaît que « la volonté individuelle du salarié, longtemps réduite à une fiction, ou du moins fortement bridée, semble gagner en intensité et en visibilité au sein du droit du travail et du rapport d'emploi (…). Il s'agit plutôt d'un mouvement d'affermissement, qui se dessine par une série de glissements, par touches successives et progressives, en relief d'une configuration générale du droit du travail traditionnellement fondée sur la protection du salarié, partie faible au contrat, et sujet soumis au pouvoir de l'employeur »[377]. Il s'agit bien d'une poursuite d'une logique de lissage des conditions d'exercice et de « maniabilité » de l'outil contrat, entre la partie salariée et la partie employeur. Alors que les conditions d'exercice du droit au refus s'avèrent en pratique – plus qu'en droit – de plus en plus complexes, le droit du travail œuvre à la mise en valeur d'un salarié-individu volontaire. C'est à n'en pas douter une forme de contractualisation du droit du travail, non pas dans le sens d'un affermissement du lien contractuel, puisqu'ici le double mouvement de *conventionalisation* et de flexibilité interne du contrat conduisent à sa fragilisation, mais en tant que rapprochement des conditions de réalisation du contrat de travail sur le modèle d'un contrat de droit commun à exécution successive.

Suivons alors l'Abbé Sieyès [378] qui soulignait qu' « il faut donc s'arrêter aux seules relations qui puissent légitimement lier les hommes entre eux, c'est à dire à celles qui naissent d'un engagement réel. Il n'y a point d'engagement s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants. Donc, point d'association légitime si elle ne s'établit sur un contrat réciproque, volontaire et libre de la part des co-associés ». Donc, l'obligation est légitime si acceptée, et par des cocontractants à égalité[379]. Mais cela doit aussi se dérouler dans l'exécution de la prestation

[376] « Du côté civiliste, le droit du travail a été soupçonné d'être un droit de classe – celui de la classe ouvrière – qui minerait l'unité du droit civil, et donc de la société elle-même : tandis que du côté « travailliste », était nourri le soupçon inverse, selon lequel c'est le droit civil qui serait un droit de classe : le droit de la classe capitaliste et salariante » (A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Droit social* n°6 juin 1990, p. 487).
Voir également : A. Jeammaud, *Le Droit Capitaliste du travail,* PUG, Coll. Critique du droit, 1980.

[377] M. Gourves, Thèse, précit. p. 408

[378] Abbé Siéyès, « Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen », lue les 20 et 21 juillet au Comité de la Constitution.

[379] Contra. G. Scelle: le contrat de travail est un « acte-condition » qui entraine l'activation d'un ensemble de droits et obligations qui n'ont pas été expressément formés par les parties ; il les engage dans une relation dont l'asymétrie est proclamée.

de travail. En ce sens, recontractualiser la relation de travail aurait également pour mérite d'assurer le respect de l'intangibilité des conventions (art.1134[380] du code civil) et donc le respect de l'économie générale des contrats de travail. Ce faisant, le droit au refus du salarié assurait l'efficience d'une « sécurité juridique » recherchée[381], sans pour autant nécessairement contraindre la liberté contractuelle et la nécessaire flexibilité dans un contrat à exécution successive – il faudrait toujours autoriser les parties au contrat de travail à définir les termes de leur échange. Seulement, le contrôle du respect de l'article 1134 assurerait l'effectivité de l'accord librement consenti en respectant « l'esprit de la convention » qui ne peut être celui d'une soumission assumée au pouvoir de gestion de l'employeur, en dépit de l'instauration de clauses de variabilité en ce sens. N'est-ce pas déjà ce que prône le Juge en assurant la protection des éléments relevant du « socle » contractuel contre la modification unilatérale par l'employeur ? La recontractualisation opèrerait rééquilibrage des relations de travail[382].

Pour H.-K. Gaba[383], la procéduralisation du refus se ferait alors en trois étapes successives : la notification écrite motivée du changement ou de la modification envisagée ; le déclenchement d'un temps de concertation, de réflexion, forme de délai de prévenance suffisant permettant au salarié de « se faire une raison » ; la décision définitive, motivée et écrite du salarié.

Dans ce cas, la *recivilisation* que nous appelons de nos vœux ferait sortir le contrat d'une instrumentalisation par la plus forte des parties contractant, et éviterait d'en faire « un outil d'exploitation, dont l'unique objet serait de légitimer et par là même de renforcer le pouvoir patronal (…) de telle sorte qu'il serait possible de parler de « piège contractuel » ayant pour effet d'entériner le principe de soumission »[384]. Obligé à la motivation de ses décisions, l'employeur devrait justifier son pouvoir, le rationaliser, pour éviter de voir saper son pouvoir de direction par le droit de refus du salarié. Le droit au refus, « outil de prévention des conflits »[385], permettrait de contourner le contrôle *a posteriori* et moyennant donc, recours en justice, qui rend aujourd'hui ineffectif le droit au refus du salarié.

Par ailleurs, nous avons vu qu'aujourd'hui, le droit au refus dépend de l'objet en cause, de sa destination (le contrat, les droits fondamentaux, la santé, etc.), mais pas de la *nature* ou des *objectifs* de la décision à laquelle le salarié entend s'opposer – sauf à considérer le contrôle de

---

380 Art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

381 V. Pontif, *Sécurité juridique et droit du travail*, Thèse, Paris X Nanterre. 2011.

382 Pour une vision plus nuancée de ce qu'opère la contractualisation : H. Charmettant, précit. « A travers l'ambivalence des conséquences de la contractualisation de la relation de travail, c'est le traitement inégal des salariés qui s'accroit, du fait même que ces nouvelles pratiques contractuelles peuvent favoriser la situation de certains et défavoriser celle des autres »

383 H.-K Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », Droit ouvrier juin 2005, p. 242.

384 N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination*, Thèse Université Paris II Panthéon Assas. 2012.

385 H.-K Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », Droit ouvrier juin 2005, p. 242.

proportionnalité comme un droit au refus direct. En faisant du droit au refus un démembrement immédiat du régime contractuel, le contrôle des atteintes à ce droit au refus pourrait justement permettre de renverser cette perspective « au compte-goutte ». Alors, le Juge serait fondé à contrôler le droit au refus lui-même, son exercice en fonction de l'objectif attaché au projet proposé au salarié : motif économique, réorganisation, sanction disciplinaire... Il est certain que cela n'irait pas sans risques. Il n'est pas impossible qu'il y ait là une brèche permettant justement à l'employeur de disposer d'un passe-droit empêchant l'exercice d'un droit au refus dès lors, par exemple, que la compétitivité de l'entreprise est en jeu. Mais cette solution permettrait d'inverser l'analyse de la volonté du salarié : il ne s'agirait plus seulement de tolérer le refus dans des cas exhaustivement désignés, mais d'ouvrir un droit au refus au salarié contractant dès lors qu'il s'avère proportionné face aux objectifs poursuivis par la mesure qu'il conteste.

Cette solution, qui attacherait le droit au refus à la qualité de partie au contrat, serait non plus liée au seul socle contractuel – dont on a vu les lacunes – mais à la qualité même de contractant. La distinction entre conditions de travail et contrat de travail serait mise à l'écart, pour ouvrir le champ d'un droit au refus élargi, autonome et relevant du statut de salarié. Il reposerait sur sa volonté, et non pas sur le contenu de son contrat.

On s'écarte alors de la solution selon laquelle le droit au refus pourrait être un droit fondamental ; cette solution serait salutaire et ouvrirait un droit au refus élargi, puisque le jeu de l'article L 1121-1 du code du travail en protégerait la teneur. En retenant une conception absolue du droit au refus, que nous avons évoquée à plusieurs reprise dans ce mémoire, alors le refus serait définitivement reliée à la volonté du salarié seul, et non pas du contractant doté d'un bagage contractuel éventuellement peu fourni.

2. Un encadrement du refus par la bonne foi

Revenons à notre hypothèse; celle d'un droit au refus en forme de recontractualisation de la relation individuelle de travail. Moyennant un encadrement juridique adéquat, qui permette le contrôle de la bonne foi et d'absence d'abus dans l'exercice de ce droit par le salarié, ce droit au refus permettrait de rééquilibrer les conditions de recours au contrat, par l'une et l'autre partie. L'objectif de « flexisécurité » serait alors parfaitement rempli. Ce mouvement juridique redonnerait au contrat son caractère régulateur de la relation d'emploi.

« La bonne foi figure parmi les notions jugées les plus fécondes et les plus prometteuses du

droit privé », écrit C. Vigneau[386]. Introduite via l'article L 1222-1 dans le code du travail[387] - « le contrat de travail est exécuté de bonne foi » - elle reprend l'article 1134 alinéa 3 du code civil, aux termes duquel : « les conventions (...) doivent être exécutées de bonne foi ». Précisément, souligne D. Mazeaud[388], la bonne foi «implique que chaque partenaire fasse preuve d'une certaine constance dans son comportement, notamment lorsque son attitude a fait naitre une confiance légitime dans l'esprit de son interlocuteur » ; il s'agit bien de faire « pénétrer la règle morale dans le droit positif »[389], en prenant en compte l'intérêt de l'autre partie au contrat – l'employeur. En effet, en tant que contrat synallagmatique, mettant à la charge des parties des obligations réciproques, le contrat de travail fait du salarié et de l'employeur les créanciers et tout à la fois les débiteurs des engagements qu'ils ont conclus.

Côté salarié, la bonne foi permet de s'assurer de l'exécution loyale de la prestation de travail, et offre au Juge la capacité de sanctionner le comportement du salarié lorsque cela est impossible sur le seul fondement d'une autre disposition légale, d'une règle conventionnelle ou des termes du contrat. Elle permettra de caractériser un usage déloyal du contrat, une méconnaissance de « l'esprit » de l'accord conclu par les parties. C'est une pondération à l'exercice systématique et désincarné de la relation contractuelle, qui autrement ne laisse pas – dans le texte – place à l'interprétation des comportements des cocontractants sauf faute. Cette manifestation d'un pouvoir retrouvé du salarié cocontractant dans l'exercice de la relation de travail serait dès lors encadrée par cette exigence « comportementale ».

C'est ainsi que dans un arrêt daté de 1982[390], la chambre sociale s'était implicitement emparée du concept de bonne foi pour sanctionner une expression du refus du salarié. En l'espèce, un salarié avait refusé de terminer le déchargement d'un camion dans lequel restaient deux colis, au motif qu'il était au terme de son horaire de travail. Son comportement avait été qualifié de mauvaise foi, et sanctionné par son licenciement.

Auquel cas, cet outil juridique « flexible », ouvert[391], permettrait d'encadrer le droit au refus, dès lors non susceptible d'arbitraire. Parce que non définie précisément par le droit positif, la bonne foi permettrait d'embrasser résolument une multitude d'hypothèses dans lesquelles, au delà de son droit au refus, de son contrat, de sa vie personnelle, le salarié a objectivement fait

[386] C. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Droit social* n°7/8 juillet-août 2004, p. 706. Elle fait d'ailleurs partie des projets de réformes du droit des contrats sur lesquelles planche le Gouvernement actuel (Programme National de Réforme 2015).
[387] Loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.
[388] D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *in* « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999, sous la direction de Ch. Jamin.
[389] G. Ripert, « La règle morale dans le droit positif », LGDJ 4e ed. 1949. n°157.
[390] Cass. Soc. 7 juillet 1982.
[391] « La texture ouverte de la notion de bonne foi, caractéristique du standard, permet en effet au Juge d'aménager les droits et les obligations des parties au contrat de travail en vertu de considérations le plus souvent extra-juridiques » (C. Vigneau, précit.).

preuve de mauvaise foi dans l'exécution de sa prestation de travail. Si exiger du salarié un « altruisme absolu négateur de ses propres intérêts »[392] irait à contre-sens d'un droit au refus solide, exiger du salarié un comportement normal, et respectueux de ses engagements semble parfaitement réalisable, sans pour autant en faire une « obligation » à part entière[393]. Elle serait tout à fait bienvenue dans une « relation de confiance dans laquelle la bonne foi contractuelle (…) revêt la plus forte intensité ». Fréquemment utilisée pour encadrer les dérives éventuelles du pouvoir de l'employeur[394], elle permettrait une mobilisation efficace du Juge pour contrôler, a posteriori, la bonne exécution du contrat de travail par le salarié doté d'un droit au refus.

Restent les critiques tenant à la teneur floue de la bonne foi, et donc propice à confusion avec la notion d'abus. En dépit de ces débats doctrinaux, il nous semble que cet outil juridique issu du droit commun des contrats trouverait une place intéressante dans le contrôle du droit au refus.

En étendant le contrôle judiciaire du droit au refus, l'introduction de la bonne foi pose justement la question du rôle du Juge dans la protection de la volonté du salarié.

3. Renouveau de la sanction et de la protection judiciaire du refus

Cette étude a été l'occasion de constater que le refus du salarié lui ouvrait, dans le meilleur des cas, droit au licenciement, avec la procédure et les protections afférentes. Sauf, bien sûr, à ce que l'employeur renonce à son projet initial.
Comme l'écrit justement F. Favennec-Héry[395] : « 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 ». Selon nous, cette remarque pourrait être valable dans tous les cas où le refus du salarié s'avère anesthésié dans ses effets *voulus* car produisant la rupture du contrat de travail. Ne peut-on pas envisager d'autres issues à l'expression du refus du salarié ? Puisqu'il est indéniable que le contrat de travail doit relever d'une protection juridique particulière par rapport à tout autre contrat de droit commun (contrat de vente ou de transport par exemple), en ce qu'il touche à la survie des personnes, ne peut-on pas écarter la solution unique du licenciement ?

D'autre part, même si la rupture doit être consommée pour des raisons diverses – notamment économiques -, peut-on considérer d'autres alternatives au licenciement ? Ce dernier, rupture à l'initiative de l'employeur, est-il juridiquement satisfaisant lorsqu'il résulte d'une proposition de

[392] M. J. Mestre, « Bonne foi et équité : même combat », RTDC 1990 p.652.
[393] Sur les débats doctrinaux quant à la qualification d'obligation de bonne foi ou non, voir : R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats, rôle actuel et perspectives,* Thèse Paris II 1992, p.125.
[394] En ce sens, par exemple : Cass. Soc. 10 mai 2006, n° 05-42210.
[395] F. Favennec-Héry, « Modification du contrat : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS juin 2003, p. 459.

l'employeur, certes, mais d'une confrontation à la volonté du salarié, négative ? On comprend bien les vertus protectrices évidentes du droit du licenciement, par rapport à une prise d'acte ou à la démission du salarié. En soutenant la thèse de l' « homo economicus » raisonnable, il serait pourtant envisageable de revenir à la rupture comme démission, quitte à priver le droit au refus de ses effets… renversé en élément de variabilité faisant craindre les pressions de l'employeur pour obtenir du salarié le refus à une disposition.

Reste la voie inexplorée de la rupture conventionnelle[396] : ne pourrait-elle pas être redynamisée ? Dans le droit actuel, connaissant d'avance ce qui l'attend en cas de refus, le salarié ne fait qu'ouvrir la porte du licenciement, par laquelle l'employeur le priera de quitter les lieux de travail. En supposant que le salarié est un individu doué de rationalité, il semblerait cohérent de se poser la question d'une requalification de la rupture du contrat de travail, dont le licenciement est juridiquement artificiel selon nous. La rupture conventionnelle, sujette à de houleux débats tant elle apparaît avant tout comme un instrument de détournement du licenciement pour motif économique[397], pourrait potentiellement trouver un nouvel intérêt dans l'hypothèse d'un désaccord fondamental entre employeur et salarié sur la continuation de la relation de travail. En outre, cette solution aurait la vertu d'éviter un licenciement pour motif personnel (évidemment culpabilisant), ou une démission (qui accentuerait les risques de pressions sur le salarié, et déchargerait sur lui le coût de la rupture au bénéfice de l'employeur, pouvant potentiellement proposer au salarié une offre qu'il se verrait obligé de refuser).

Enfin, que serait un véritable droit au refus sans une protection judiciaire complète, selon des délais de prescription et un pouvoir d'appréciation in concreto de ses expressions ? Nous avons eu l'occasion de souligner dans ce mémoire (voir *supra*), que la volonté du salarié devait jouir d'un degré de vérifiabilité suffisant pour écarter les risques de pressions morales d'une part, l'arbitraire contraire à une gestion cohérente de l'entreprise, de l'autre.

Or, « on ne peut se fier à la volonté du salarié prêt à tout consentir » écrit M. Fabre Magnan. C'est ce qui justifie l'encadrement judiciaire étroit, la recomposition du scenario interne au salarié qui a conduit à la prise de telle ou telle décision. Cette remarque vaut parfaitement pour l'accord ou le consentement du salarié. Elle est en revanche moins frappante dans l'hypothèse du refus du salarié, étant donné les conséquences actuelles attachées à cette expression de sa volonté. Il s'agit pour le Juge de s'assurer que cette décision de refus a bien été prise en toute conscience de cause, décision a priori moins suspecte que l'acte de volition d'acceptation, qui rencontre la

[396] Article L1237-11 du code du travail : « L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties ».
[397] R. Dalmasso, B. Gomel, D. Meda, E. Serverin, « Des ruptures conventionnelles vues par les salariés : à la recherche des raisons de rompre », revue de l'IRES n°74, 2012-3.

décision de l'employeur ou la volonté collective traduite dans l'accord collectif.

Pour éviter de tomber dans des considérations beaucoup trop étendues dans le cadre de ce mémoire, sur l'existence d'une volonté non contrainte ou non, l'absence de vice dans le refus pourrait être contrôlée à l'aide des outils traditionnels du droit civil : abus de pouvoir ; dol ; violence. Le salarié a-t-il refusé l'application d'un régime qui lui était objectivement plus favorable ? Sans doute le dol doit être envisagé. A-t-il refusé une prime ou une mutation en forme de promotion, fruit d'une décision unilatérale de l'employeur ? Sans doute faut-il s'assurer que l'information a été parfaite ; que la vie privée du salarié justifie un tel refus. Le processus de volition sera donc décomposé « ex post » (T. Sachs), en mobilisant la théorie classique des vices du consentement. Le Juge s'attachera à vérifier que les conditions dans lesquelles le salarié a pris sa décision ont été favorables au mûrissement de sa décision. Dans d'autres hypothèses, il ne s'agira pas d'une contextualisation mais d'une recherche des raisons qui ont poussé le salarié à refuser : les juges examinent « si les faits invoqués par le salarié permettent de justifier sa décision » (T. Sachs). C'est que la volonté permet ici d'être une « technique d'imputation (…) une manière de mettre au compte du salarié les conséquences de certains de ses actes ».

Faut-il finalement interroger la qualité du refus ? La volonté doit elle être passée au scan de l'œil « objectif » du juriste, pour s'assurer de la véracité, de la réalité de l'expression de la volonté du salarié ? Le salarié peut il refuser contrairement à son intérêt et donc, ne pas voir se dérouler les conséquences logiques de son refus (refus impossible, *supra*) ? A contrario, doit-on offrir juridiquement à certaines expressions du refus une protection particulière, parce qu'elles ressortent d'une volonté plus manifeste – par exemple, protéger le refus justifié pour des raisons familiales, et non par simples convenances personnelles ? Philosophiquement, cette graduation du refus est tout à fait discutable. Hobbes n'écrit-il pas : « il n'y a aucune raison pourquoi ce que l'on fait par crainte doive être de moindre force que ce qu'on fait par avarice. Car l'un aussi bien que l'autre rend l'action volontaire » ? Dans telle hypothèse, et transposé en droit du travail, les raisons du refus n'importent pas : ce qui compte est uniquement l'expression claire et expresse de ce refus.

Hobbes toujours considère qu'il faut analyser le problème à l'envers : ne pas s'intéresser au refus mais aux manifestations du pouvoir qui s'exercent sur la volonté individuelle. Alors, la qualité du refus sera juridiquement analysée en fonction des circonstances extérieures, de l'environnement du refus. Par exemple, le salarié qui acceptera (ou refusera) une mutation, un reclassement, dans un contexte fragilisé de l'économie de l'entreprise (signature d'un accord de maintien de l'emploi, plan de départ volontaire « pur » par exemple), verra sa manifestation de volonté dotée d'une force juridique moindre.

Au final, ce qui ressort de ce mémoire est l'incroyable vitalité juridique et sociale dont le droit au refus du salarié parerait la relation de travail, propre à de multiples « modernisations » sous la forme de lois ou d'accords nationaux interprofessionnels. Ainsi, « on sera porté à penser que la valorisation de la volonté du salarié, loin d'annoncer la fin du salariat, pourrait être au contraire l'occasion d'une forme de renaissance »[398].

[398] M. Gourves, Thèse, précit.

Conclusion

En nous intéressant à la problématique du refus du salarié, on se heurtait au mur de la subordination juridique dont celui-ci doit répondre, en application de son contrat. En projetant l'idée d'un droit « fondamental » au refus, on remettait nécessairement en cause la hiérarchie et le pouvoir qui inhibent la volonté du salarié. Ne peut-on pas, plus en avant, voir alors dans ce sujet le germe d'un dépassement du contrat de travail salarié ? Ne peut-on pas penser à une refonte complète du lien contractuel, au delà du critère de la subordination ? Le salariat correspond historiquement à l'institution de deux statuts hiérarchiquement différents, reconnus par la loi, alors que la Révolution française avait posé un strict principe d'égalité. Il institue *de facto* une inégalité entre les travailleurs, la protection prenant le canal d'une subordination consentie ; d'un pouvoir de direction qui oblige[399]. Les réflexions d'une partie de la doctrine autour d'un contrat de travail « unique » englobant tous les travailleurs (sens communautaire), salariés ou non, « faux-indépendants », salariés intérimaires ou à temps partagé[400], portés[401], irait dans le sens d'une meilleure protection de tous les travailleurs, à condition bien sûr de ne pas grignoter sur les droits préexistants accordés au salarié. Selon nous, ces propositions pourraient parfaitement asseoir une réforme du Code du travail vers un droit au refus élargi, contractuel, au profit de tout cocontractant exécutant une prestation de travail en échange d'une rémunération. La volonté du « salarié » serait toujours préservée.

N'est-ce pas de toute façon ce qu'institue le droit en autorisant les forfaits-jours, forme assouplie de contrat de travail assise sur l'autonomie du salarié, qui dispose de son temps de travail ? La réduction du nombre d'échelons dans les classifications, la promotion du volontariat, du « partenariat » entre « collaborateurs », n'est-elle qu'une réactivation du régime libéral de responsabilité selon lequel chacun serait récompensé selon ses mérites et ses fautes[402]. ? Dans tous ces exemples, la distinction hiérarchique est atténuée voire effacée ; le refus peut, du moins en principe, être exprimé. La « *désinstitutionalisation* de la relation d'emploi » (H. Charmettant) trouverait alors un débouché équitable dans la promotion d'un droit au refus au sein d'un contrat de travail remanié.

Bien sûr, la promotion d'un droit au refus doit nous garder de proclamer une égalité stricte entre salarié et employeur, puisque c'est là que réside le pouvoir de fait, non bridé par le droit[403]. Il

[399] C'est évidemment particulièrement marqué dans le cadre de la responsabilité de l'employeur en cas d'accident ou de maladie professionnelle. Ainsi de la formule de F. Ewald : « toute supériorité oblige » (François Ewald, *L'état providence,* Paris, Grasset, 1986, p 101, 608 p).
[400] Article L. 1251-1 du code du travail.
[401] Article L. 1251-64 du code du travail.
[402] E. Albert et Daniel Nguyen Nhon, *N'obéissez-plus !,* Editions d'organisation, 2001, 212 p.
[403] « C'est paradoxalement de l'établissement d'une hiérarchie, proclamant d'emblée l'inégalité entre les individus, qu'il faut plutôt attendre que la justice émerge. Mais, c'est à la condition que les différences de rang hiérarchique, et leur portée en termes de prérogatives, soient justifiées et ces justifications soient reconnues. Autrement dit, que soit instaurée une 'autorité légitime' » (Charmettant)

faut se méfier de l'antienne juridique qui tend à dépersonnaliser la relation de travail comme une opération d'échange entre individus (force de travail contre rémunération). A trop objectiver le travailleur, on lui fait perdre sa capacité de résistance comme personne. Un double mouvement de cantonnement par le droit du pouvoir de fait de l'employeur, et de promotion d'un équilibrage entre les parties au contrat individuel de travail serait pourtant, semble-t-il, l'issue la plus *juste* possible.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

A. Traités et manuels

P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation du salarié-individu*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t.42, 2005.

G. Auzero, E. Dockès, J. Pélissier, *Droit du travail,* 26e ed., Précis Dalloz, 2012.G. Borenfreund, *Syndicats et droit du travail,* Dalloz 2008, 99 p.

P. Durand et R. Jaussaud, « Traité de droit du travail », Tome premier, Librairie Dalloz, 1947

E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°20.

Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 2 : *Le mirage de la justice sociale,* 1976.

A. Jeammaud, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail*. Précis Dalloz 2006, 23ème édition.

P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ 2004.

G. Lyon-Caen*, Le droit du travail, une technique réversible,* Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1995

Pierre-René Rodière, *L'articulation et la hiérarchie des normes en droit du travail français.*

Alain Supiot, *Le discours de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, éditions du Seuil, 2010.

Alain Supiot, *Droit du travail,* Que sais-je ? N°1258, PUF 2011, 128 p.

Alain Supiot, *Critique du droit du travai*, PUF, Coll. « Les Voies du droit », 1994.

Ph. Waquet, *L'Entreprise et les Libertés du salarié*, Liaisons, 2003.

B. Dictionnaires, encyclopédies et répertoire

G. Cornu, *Vocabulaire juridique*.

O. Pfersmann, *Dictionnaire de la culture juridique,* PUF, p. 1528.

J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, « Les grands arrets de droit du travail », Dalloz 2004, p. 193

II. Ouvrages spéciaux

A. Thèses

G. Bredon, *L'évolution de la notion de subordination juridique comme critère du contrat de travail,* Thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), 1998.

N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination,* Thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), 2012.
N. Claude, *La variabilité du droit du travail*, Thèse Université d'Angers, 2010.
B. Dabosville, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer,* Thèse Paris Ouest-Nanterre La Défense, 2011.
A. Fabre, Le régime du pouvoir de l'employeur, Thèse Université Paris X, 2006.
M. Gourves, *La volonté du salarié dans le rapport de travail*, Thèse Université Lyon 2, 2010.
A. Huygens, *La violence économique,* Thèse Lille II, 2001.
P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Thèse, Coll. Bibliothèque de Droit privé, n°408, 2004.
C. Mathieu, *La vie personnelle du salarié*, Thèse Université Lyon II 2004, p. 217 et s.
S. Nadal, *Genèse, actualité et avenir de la négociation collective en tant que source du droit social*, Thèse Universté Paris X, Nanterre, 2006.
A. Teissier, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), 1997.

B. Ouvrages collectifs

Sous la direction d'A. Lyon-Caen, *L'essor du vote dans le droit des relations professionnelles,* Dalloz 2011.
Sous la direction d'A. Lyon-Caen, *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation,* Dalloz, 2008.
Sous la direction de Tatiana Sachs, *La volonté du salarié*, 2012.

C. Mélanges

A. Arseguel, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *in Mélanges dédiés au Président Michel Despax*. Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401-427.
A. Jeammaud, « La place du salarié-individu dans le droit du travail français », in *Le droit collectif du travail. Études en hommage à Hélène Sinay,* Peter Lang, Francfort, 1993, p. 347-368.
T. Aubert-Monpeyssen, « Les libertés et les droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », *in Mélanges dédiés au Président Michel Despax,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 261.
Les aspects collectifs du droit du travail, Mélanges offerts à H. Sinay, 1994, p. 348.

D. Numéros spéciaux de revues

« Le pouvoir de l'employeur », travaux coordonnées par A. Jeammaud, Semaine sociale Lamy, supplément n°1340, 11 février 2008.
« Les périmètres du droit du travail », sous la direction d'A. Jeammaud, Semaine sociale Lamy, supplément n° 1494, 30 mai 2011.

« 13 paradoxes en droit du travail », sous la direction de Ph. Waquet, Semaine sociale Lamy, supplément n°1508, 10 octobre 2011.
« Droit du travail et pratiques du management. Interdépendance, domination, contournement ou complémentarité ? » Semaine sociale Lamy, supplément n°1576, 18 mars 2013.
« La modification de la relation contractuelle », numéros juridiques Liaisons Sociales, juillet 2012.

III. Articles, études et chroniques

P. Adam, « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », RDT 2011, p. 116.
P. - H. Antonmattei, A. Derue, M. Morand et F. More, « Premières observations sur l'avant - projet de loi rela tif à la sécurisation de l'emploi », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1573.
P. - H. Antonmattei , « Les éléments du contrat de travail », Dr. Soc. 1999 p 330 et suiv.
J. Barthélémy, « Le référendum en droit social », Dr. Soc. 1993, 95.
J.-M. Béraud, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », Dr. Ouvrier 1997. 529.
M. Bonnechère, Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail, Dr.ouv. 1994, p.173.
G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », Dr. Soc. 1991. 685.
G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. Ouvrier 1997. 514.
G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 429
D. Boulmier, «L'expression majoritaire des salariés de l'entreprise, lie-t-elle la minorité ? » Chr. Semaine Sociale Lamy n° 873 p 5 et suiv.
A. Bousigues, Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique, Dr.soc. 1991, p.279.
A. Braun, « L'ANI tente de briser la capacité de résistance des salariés », Semaine Sociale Lamy 2013, n° 1568, p. 9.
F. Champeaux, « Le droit de retrait entre attraction et répulsion », Semaine Sociale Lamy n°1548 27 août 2012.
Y. Chagny et P. Rodière, « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? » RTD 2007. 216.
G. Couturier, « Salarié détaché dans une filiale. Obligation de s'expliquer sur des faits accomplis pendant le détachement (non) », *Droit social* 1988. p 195.
G. Couturier, « l'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective », Semaine Sociale Lamy 2012, n°1534.
G. Couturier, *La rémunération, élément du contrat de travail*, Droit social 1998, n°6, p. 523-527

E. Dockès, M. Morand, « faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? » RDT, 2007. 144.
E. Dockès, La réciprocité des dispositions dans la convention collective, Dr. ouvr. 1997, p. 508.
E. Dockès, « Consécration de la nature contractuelle du salaire », RJS 1998, p. 168
M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », Dr. Ouvrier 2012. 459.
F. Khodri-Benamrouche, «Les contraintes procédurales », *in* Le pouvoir de l'employeur, Supp. Semaine sociale Lamy, 11 février 2008, p. 61-67.
O. Levannier-Gouël, « La retenue immédiate sur salaire est-elle compatible avec le droit de retrait ? », Semaine Sociale Lamy n°1548 27 août 2012.
M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi* n°84. Oct. 2000. P. 47.
M.-L Morin, « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », Revue Internationale du travail, volume n°144. 2005. pp. 5-30.
P. Morvan, «Application conventionnelle de l'article L.122-12 et accord du salarié:plaidoyer pour un revirement», JCP S 2006 n°49 p 1964.
Sophie Nadal, « Egalité en droit du travail, quelques réflexions », *in* L'égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives, sous la direction de Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi. 2000. pp. 211-226.
F. Favennec-Hery, « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », RJS 2001, p. 940 ;
A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995. 573.
S. Frossard, « La réaction de l'employeur à la faute du salarié », in Analyse juridique et valeurs en droit social – Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2004, p. 231, spécial. p. 243 et s
J.-Y. Frouin, « Mutation géographique occasionnelle au-delà d'un même secteur géographique ou d'une clause de mobilité géographique : conditions de validité », RDT avr. 2010, p. 226
A. Gardin, Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes, RJS 8-9/09, p.599.
J-M Gasser, Le droit de retrait dans le secteur privé, RJS 6/06, p.463
F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? » Sem. soc. Lamy 2012, n° 1569, p. 4
F. Guiomard, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in Droits fondamentaux et droit social, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p.61.
M. Henry, « Salaire : "le tout contractuel" fait de la résistance », Dr. Ouv. 2009, p. 316
A. Jeammaud, « Les conventions collectives de branche, déclin ou renouveau ? », CEREQ, Etude n°65, nov. 1993, p. 130.
T. Katz, « La négociation collective et l'emploi », LGDJ, 2007.
G. Lachaise, « Le droit de retrait des salariés de leur poste de travail », JCP E 1991, I, 88 ; M. Grévy, Les procédures d'urgence, Dr.soc. 2011, p.764.
J.-M Lattes, « Le corps du salarié dans l'entreprise ». In: Mélanges dédiés au Président Michel

Despax. Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, p. 333-357
H.-J. Legrand, « Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » entre deux « frontières » de la négociation collective ? », *Droit social*, n°3, mars 2013, p. 245.
A. Lepage, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », Dr. Soc. 2006, p. 364.
A. Lyon-Caen, « Actualité du droit du travail », Dr. Soc. 1988. p. 540.
A. Lyon-Caen, « Le maintien dans l'emploi », Dr. Soc. 1996. p. 655.
G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », Dr. Ouv. 1951, p. 1 (réédité Dr. Ouv. 2004, p. 52).
N. Moizard, « Des mises à l'écart flagrantes du droit international et européen », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1569, p. 12
M. Morand, « Aubry II : quand la loi légitime le licenciement », Sem. soc. Lamy n° 943, p. 7
J. Mouly, « Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hotel Le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire (Pour un revirement de jurisprudence) », Dr. soc. 2002, p. 955
C. Nicod, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », in « Le pouvoir de l'employeur », dir. A. Jeammaud, Sem. Soc. Lamy, suppl n°1340 du 11 février 2008.
F. Petit, « Le référendum électronique est-il voué à l'échec ? « JCP S 2010, n°15, p.15.
C. Radé, « Les limites du tout contractuel », Droit social 2000, n° 9/10, p. 828-831
C. Radé, « Haro sur le contrat. A propos de la prohibition des clauses de variation dans les contrats de travail », Dr. Soc. 2001, p. 517
J-E. Ray, « Vies professionnelles et vies personnelles », Dr. Soc. 2004, p. 5
J. Rivero, « Les libertés publiques dans l'entreprise », Dr. Soc. 1982. 421.
P. Rémy, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit fraçnais », RDT 2012. 133.
T. Sachs, « Vers un droit du marché du travail », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1569, p. 11.
J.-C Sciberas, « Les paradoxes du contrat et de l'accord collectif », Semaine Sociale Lamy supplément, n°1508, 10 octobre 2011, p. 85.
M.A Souriac-Rotschild, « Regards sur le référendum », p 88 et suiv.
M.-A Souriac-Rotschild, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? Dr. Soc. 1997. 1061.
M.-A Souriac-Rotschild, M. Morand, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? », RDT 2012, p. 194.
A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre. En finir avec l'envers de l'art. L 122-12 al. 2 », Dr. Soc. 2006. 264.
A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. 2000, p. 131.
A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », Droit social, n°6 juin 1990. p. 485.
A. Supiot, « Fragments d'une politique législatives du travail », Dr. Soc. n° 12, déc. 2011, p.

1151-1161.
B. Teyssié, « Modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise », Droit social 1986, p. 852
O. Tissot, « Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », Dr. Soc. 1995, p. 972
P.-E Tixier, « Les mutations de la négociation collective. Le cas de la France », *Négociations,* 2007/2 n° 8, p. 103-119.
G. Trudeau, « Le refus d'exécuter un travail dangereux : aux confins du droit des sciences sociales », *Sociologie et sociétés* vol. 18, n°2, 1986. p. 87-88.
C. Vigneau, « Contrat et individualisation dans la relation de travail », Dr. Ouvrier 2009, p. 175.
C. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. Soc. 2004, p. 706.
P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS mai 1999. 383.
P. Waquet, « Libertés et contrat de travail », RJS 2009. 347.
P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », Dr. Soc. 2004, p. 23
P. Waquet, « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », Dr. soc. 1999, p. 566.
S. Yannakourou, l'Etat, l'autonomie collective et le travailleur, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1995, p. 231.

IV. Rapports, études

Reconstruire le dialogue social, Institut Montaigne, Rapport, juin 2011.
G. Soury, « La protection du salarié : jurisprudence récente relative au droit disciplinaire dans l'entreprise », Etudes sur le thème de la protection de la personne, Cour de cassation. 2000.

VI. Sites internet

http://www.persee.fr/
http://www.istravail.com/
http://www.legifrance.gouv.fr/
http://www.vie-publique.fr/
http://www.courdecassation.fr/
http://www.dalloz.fr/
http://lamyline.lamy.fr.faraway.u-paris10.fr/
http://www.lexisnexis.fr/
http://www.chronique-ouvriere.fr/
http://www.ituc-csi.org/
http://www.la-bas.org/