



HAL
open science

Le salarié du 21e siècle

Marjolie Renaudeau

► **To cite this version:**

| Marjolie Renaudeau. Le salarié du 21e siècle. Droit. 2020. dumas-03365712

HAL Id: dumas-03365712

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03365712>

Submitted on 11 Jan 2022

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

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



**UNIVERSITÉ
DE REIMS
CHAMPAGNE-ARDENNE**

UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE

MÉMOIRE

Présenté en vue d'obtenir

MASTER II - DROIT DES AFFAIRES

DROIT DES PME/PMI

2019/2020

Le salarié du XXIème siècle

Marjolie RENAUDEAU

Sous la direction de : **Madame Asli MORIN-GALVIN**

REMERCIEMENTS

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma reconnaissance.

Mes premiers remerciements vont à ma Directrice de mémoire Madame Asli MORIN-GALVIN. Je la remercie de m'avoir orientée dans mes recherches, conseillée et encadrée tout au long de la réalisation du mémoire.

Je tiens à remercier Monsieur Emmanuel BROCARD, Directeur de ce Master, pour son soutien et son investissement au cours de cette année universitaire.

Je tiens également à remercier toutes les personnes de mon entourage et connaissances qui m'ont aidée et soutenue du premier au dernier jour. Je remercie tout particulièrement mes parents pour leur précieuse relecture et correction de mon mémoire.

Et enfin, j'adresse toute ma reconnaissance à l'ensemble du corps enseignant pour la qualité de leur formation. Je remercie également Monsieur Romain GOUGELET, le gestionnaire de ce Master, pour ses précieux conseils et qui a toujours été présent face aux difficultés rencontrées par les étudiants.

A tous ces intervenants, je présente mes remerciements, mon respect et ma gratitude.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	1
SOMMAIRE	2
Principales abréviations	3
INTRODUCTION	4
Partie 1 : La relation contractuelle au XXIème siècle fondée sur une conception classique du salarié sous l'autorité de son employeur	16
Titre 1 : La subordination du salarié au travers du contrat de travail et de la négociation collective.	16
Chapitre 1 : Le lien de subordination juridique réel critère de définition du contrat de travail ?	16
Chapitre 2 : L'importance croissante de la négociation collective	23
Titre 2 : L'évolution des pouvoirs de l'employeur se modernisant au gré de la société actuelle	32
Chapitre 1 : Les formes traditionnelles du pouvoir de l'employeur	32
Chapitre 2 : Les nouvelles formes du pouvoir de l'employeur dans l'ère du XXIème siècle	38
Partie 2 : La relation contractuelle du XXIème siècle fondée sur une conception moderne du salarié en quête d'autonomie	47
Titre 1 : L'acquisition d'une autonomie par le salarié	47
Chapitre 1 : L'aménagement de son temps de travail	47
Chapitre 2 : L'aménagement de son lieu de travail	53
Titre 2 : Les conséquences de l'autonomie du salarié	59
Chapitre 1 : La nécessité de définir les frontières entre l'entreprise et la vie personnelle, extraprofessionnelle	59
Chapitre 2 : Les difficultés apportées par la notion d'autonomie du salarié au XXIème siècle	65
Bibliographie	73
Index alphabétique	79
Tables des matières	82

Principales abréviations

CA : Cour d'Appel

Cass : Cour de cassation

CEDH : Convention européenne des droits de l'Homme

Ch : Chambre

Civ : Civile

CJUE : Cour de Justice de l'Union européenne

CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

Cons : Conseil

CrEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

CSE : Comité social et économique

DIRECCTE : Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

P. : Page(s)

Prud'h : Prud'hommes

RGPD : Règlement général sur la protection des données

TIC : Technologies de l'information et de la communication

Soc. : Social(e)

INTRODUCTION

1. « A la première objection, tirée du principe de la liberté du travail, l'on répond qu'il est faux de parler de liberté, de contrat librement accepté par l'ouvrier ; que l'ouvrier, lorsqu'il traite avec le patron, n'est ni libre ni indépendant, puisqu'il n'a pas d'avances, qu'il engage ses services pour vivre et faire vivre les siens ; tandis que l'industriel, ayant ses capitaux, peut toujours amener ou plutôt contraindre l'ouvrier à accepter ses conditions, quelques léonines quelles puissent être ! ».¹ En 1894, le Professeur Pic décrit cette inégalité dans la relation de travail. Il en ressort une dépendance de l'ouvrier à l'égard du patron, l'idée d'une subordination d'une personne à une autre se profile dès cette époque.

2. Traditionnellement, le contrat de travail n'est pas défini ni par le Code du travail ni par le Code civil mais l'article L1221-1 du Code du travail dispose que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun dont il est originaire.

3. Durant de longues années, il a fallu se référer au droit civil s'agissant du contrat de travail puisqu'il était qualifié de contrat de louage. Aujourd'hui encore réside des traces de ses origines. En vertu de l'article 1708 du Code civil, il existe deux types de louage : celui des choses défini à l'article 1709 du Code civil et le louage d'ouvrage défini à l'article 1710 du Code civil puis précisé par l'article 1779 du Code civil qui énonce trois espèces principales. La première espèce de louage énoncée par l'article est « le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ». Ici une ambiguïté peut être relevée puisque l'on dirait que ce qui est loué est le corps et non la force de travail de l'ouvrier. L'article dispose « le louage des gens de travail » et non pas le louage « par » les gens de travail de sorte que cela peut porter à confusion.

Ce que l'on dénomme aujourd'hui contrat de travail était autrefois qualifié de louage de services,² consistant à louer ses services et étant une variété de louage des choses dans le Code civil. Concernant le louage d'ouvrage, il s'agit du contrat d'entreprise actuel dans lequel ce qui est payé est le résultat et non pas le travail fourni.

4. L'idée originelle de la notion de contrat de travail, qui se retrouve également quand on qualifiait de louage de services, est la force de travail évoquée par le Professeur Lyon-Caen,³ puis ultérieurement par le Professeur Revet.⁴ L'employeur avec son pouvoir de direction se servait de la force de travail de l'ouvrier comme une chose louée pour atteindre le résultat escompté. Le travailleur donnait à bail ses « services » au profit de « l'employeur » qui était comme un locataire de cette force de travail. En contrepartie de cela, il fournissait au travailleur un « loyer ».⁵ Par ce mécanisme de location, on comprend aisément que la propriété des fruits du travail revient au locataire c'est-à-dire à l'employeur. Il ne transite pas par le patrimoine du bailleur, le salarié.

5. Il ressort de ce mécanisme qu'il existe d'une part, une autonomie de la volonté des deux parties d'être liées par un tel contrat. D'autre part, une subordination⁶ d'une

¹ P. Pic, « Traité Élémentaire De Législation Industrielle », Première partie. Législation Du Travail Industriel, Paris Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Edition de 1894, pages 300/301

² Article 1780 du Code civil

³ G. Lyon-Caen, Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale, LGDJ, 1955, n° 227

⁴ T. Revet, « L'objet du contrat de travail », Droit social 1992, p.859

⁵ Article 1711 du Code civil

⁶ Y. Aubrée, « Contrat de travail : existence – Formation », Répertoire de droit du travail, janvier 2014, actualisé en 2019 « En acceptant les termes de l'offre que lui avait proposée ce locataire [...] le travailleur se soumettait,

partie envers une autre puisque le travailleur est soumis aux instructions du maître, du locataire de sa force de travail, alors que par principe, la conclusion et l'exécution de ce contrat reposait sur une situation égalitaire. Cela constitue une des limites du droit civil pour régir les relations de travail, qu'il conviendra d'examiner par la suite.

6. La force de travail du travailleur était donc louée et cette force était fondée sur la propriété, il y avait une conception patrimoniale. Le professeur Supiot nous énonce que « *la force de cette conception patrimoniale de la relation de travail vient justement de ce qu'elle parvient à faire du travail un bien négociable (i.e. une marchandise), tout en conférant au travailleur la qualité de sujet de droit (i.e. d'homme libre)* ». ⁷ Derrière cela il réside une séparation de la personne du travailleur et de sa force de travail. Les Professeurs Revet ⁸ et Supiot le soulignent, si les deux n'étaient pas dissociés juridiquement, la cause serait l'engagement de sa personne et la rémunération aurait pour objet « *l'entretien de cette personne* ». Dès lors on ne serait plus en présence d'un contrat, « *mais d'un traitement, d'un statut conféré à la personne.* » ⁹ Par ailleurs, la personne ne peut également pas être traitée comme une chose c'est pourquoi sa force de travail doit être séparée de l'homme. Ainsi, le travail est un bien dont le travailleur est titulaire et il peut décider de le négocier. C'est la conception patrimoniale de la relation de travail faisant du travail, une marchandise, et du travailleur, un sujet de droit.

7. Progressivement, la référence au concept civiliste de contrat de louage de service a été remplacée par l'appellation « contrat de travail ». En 1900, Paul Pic écrit « *nous tenons pour acquise la dénomination de contrat de travail qui tend de plus en plus à passer dans le langage courant, et que plusieurs législations étrangères ont consacré* ». ¹⁰ Le législateur utilise cette dénomination pour la première fois dans la loi du 28 juillet 1901 ¹¹ puis en 1905. ¹² Ce changement sera renforcé par la naissance du Livre 1^{er} du premier Code du travail le 28 décembre 1910. ¹³ Toutefois, les termes de contrat de louage et de contrat de travail vont se juxtaposer jusqu'à une loi du 2 janvier 1973 ¹⁴ qui vient insérer dans le Code du travail une partie « contrat de travail » ; articles L120-1 et suivants du Code du travail dans sa version de 1973.

8. La création d'un Code du travail vient marquer la distinction entre le droit civil et le droit du travail. ¹⁵ Se pose alors la question évoquée par le Professeur Supiot « *Pourquoi un droit du travail ?* ». ¹⁶ En effet, le « contrat de travail » est avant tout un

de sa propre volonté, pendant la durée du contrat de bail, à l'autorité du locataire, et s'engageait à exécuter, conformément à ses directives, instructions ou ordres, le « travail » que celui-ci lui avait commandé. Cette *soumission au pouvoir du maître* [...] plaçait donc ce travailleur dans un état de subordination juridique vis-à-vis de ce dernier. »

⁷ A. Supiot, « Critique du droit du travail », Presses Universitaires de France, 2011

⁸ Selon T. Revet, le salarié est le sujet et l'objet de droit, il y a nécessairement une dissociation juridique, la dissociation physique n'étant pas possible. « L'objet du contrat de travail », Droit social 1992, p.859

⁹ A. Supiot, « Critique du droit du travail », Presses Universitaires de France, 2011

¹⁰ Paul Pic, Les lois ouvrières. Paris, 1900, p. 615

¹¹ Loi du 18 juillet 1901 qui garantit leur emploi aux réservistes et territoriaux appelés à accomplir leur période d'instruction militaire

¹² Loi du 21 mars 1905 attribuant aux tribunaux ordinaires l'appréciation des difficultés qui peuvent s'élever entre l'administration des chemins de fer de l'État et ses employés à l'occasion du contrat de travail

¹³ Promulgation de la loi portant codification des lois ouvrières qui donne naissance au premier Code du travail. Promulgation du livre 1^{er} du Code du travail et de la Prévoyance sociale qui porte sur les conventions relatives au travail

¹⁴ Loi n° 73-4 du 2 janvier 1973 relative au Code du travail

¹⁵ Précisons que la première raison d'être du droit du travail était la protection des enfants qui devenait nécessaire en raison de l'emprise physique qui résultait du louage de leurs services.

¹⁶ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », Droit social 1990 p.485

contrat pouvant être régi par le droit des obligations. Tel fut le cas durant de nombreuses années lorsqu'il était qualifié de contrat de louage. Le droit du travail et le droit des obligations ont la même raison d'être qui est de « civiliser » les relations sociales.¹⁷ Mais ces deux droits n'ont pas les mêmes impératifs, dans le droit civil, « *le sujet de droit est maître de son corps et de sa volonté* ». ¹⁸ Or ce n'est pas le cas en droit du travail qui essaie d'assurer la sécurité physique des individus assujettis et de leurs conférer des droits alors qu'ils sont soumis à la volonté d'autrui.

Le Professeur Supiot répond à cette question en invoquant des raisons structurelles et conjoncturelles du droit du travail. Tout d'abord il expose que le droit civil ne permet pas de gérer des situations dans lesquelles les individus n'ont pas la maîtrise de leur corps, il faut protéger la sécurité physique des personnes à l'intérieur des entreprises, tel est le cœur du droit du travail. Ensuite, il montre « l'incapacité du droit civil des obligations à appréhender une relation dominée par l'idée de subordination d'une personne à une autre ». ¹⁹ La subordination est la caractéristique propre au contrat de travail. Le droit du travail permet de rééquilibrer cette subordination du travailleur en encadrant et en limitant les pouvoirs des patrons. Par ailleurs, le droit du travail prend en compte le « collectif » pour protéger le travailleur. Dès lors, si sa protection est assurée par le biais du contrat individuel conclu avec son employeur, elle passe aussi par le collectif tel illustré par les droits individuels qui s'exercent collectivement et qui permettent aux salariés de faire valoir leurs droits. Il en est de même de la négociation collective ou des syndicats qui permettent de réduire cette subordination.

Les secondes raisons qu'il invoque sont d'ordres conjoncturels. D'une part, le droit du travail permet de comprendre et de s'adapter aux changements économiques et sociaux. On peut voir cela au travers de trois tendances qu'il décrit ; celle de l'individualisation, de la déconcentration et de la dualisation. D'autre part, il invoque le rôle des juges qui est d'appliquer les lois. S'ils doivent accompagner les changements, c'est en veillant à ce que les relations de travail restent des relations civilisées. Avoir un droit du travail est nécessaire, il permet de pallier les insuffisances du droit civil des obligations qui ne peut pas être adapté aux spécificités du droit du travail. S'il est normal de s'en inspirer et si des principes civilistes²⁰ vont s'imposer, il faut pour autant des règles adaptées aux particularismes de ce droit.

9. Au début du XXème siècle, utiliser la notion de contrat de travail devient un premier pas pour s'extraire des concepts civilistes et pour commencer à protéger les travailleurs face aux abus des employeurs. Selon le Professeur Thierry Revet « *le contrat de travail a donc pour objet la force de travail : fournir un travail en situation de subordination, c'est « fournir » la force de travail* ». ²¹ La subordination du travailleur et la force de travail perdurent. Le Professeur Revet développe l'importance de la notion de subordination pour définir le contrat de travail. Il parle d'« *impérialisme de la subordination* ». ²² Il analyse les relations entre le « travail » et la « subordination » et selon lui, ces deux éléments sont l'objet du contrat de travail. Le salarié est subordonné

¹⁷ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », Droit social 1990 p.485

¹⁸ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », Droit social 1990 p.485

¹⁹ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », Droit social 1990 p.485

²⁰ L'article 1221-1 du Code du travail le rappelle expressément lorsqu'il dispose que le « contrat de travail est soumis aux règles de droit commun ». Le contrat de travail reste un accord de volonté (article 1101 du Code civil), il est soumis au principe de liberté contractuelle. Mais aussi au principe de bonne foi (articles 1104 du Code civil et L1222-1 du Code du travail s'agissant de l'exécution)

²¹ T. Revet, « L'objet du contrat de travail », Droit social 1992, p.859

²² T. Revet, « L'objet du contrat de travail », Droit social 1992, p.859

à l'employeur seulement dans son travail. A ce titre, il parle du travail au sens premier c'est-à-dire lorsque la force du travail du salarié est en action. La force de travail que le salarié met à la disposition de l'employeur a une nature personnelle. Cette force qui fait l'objet de la prestation du salarié est son corps, sa personne, mais le corps est hors commerce cela signifie qu'une convention dont l'objet serait le corps humain devrait être nulle. Le contrat de travail est une exception à ce principe. C'est la liberté du travail qui le permet puisque le travail se conçoit par la force de travail donc elle doit pouvoir faire l'objet d'un contrat, être commercialisée, à défaut il ne pourrait y avoir de contrat de travail.

Ainsi, la force de travail peut être commercialisée et se dissocie du sujet qu'est le salarié. Selon le Professeur Revet, cette dissociation s'opère par la subordination juridique qui ne peut toutefois affecter toute la personne car le salarié est le sujet et l'objet de droit, mais si toute la personne devient la force de travail, alors il n'y a plus de sujet, plus de contrat tel précédemment évoqué, il est nécessaire d'avoir une dissociation juridique entre le salarié et son travail.

S'agissant du Professeur Supiot, il évoque le sujet de droit comme volonté et l'objet de droit comme corps physique. Ce n'est donc pas la personne toute entière, il estime que le salarié peut encore garder ses opinions, sa vie privée, ses engagements politiques ou religieux lors de l'exécution de sa prestation de travail.

10. « *En droit positif, la relation individuelle de travail reste qualifiée de relation contractuelle où s'échange deux prestations : le travail et le salaire. Cette relation reste soumise au principe de liberté contractuelle et au caractère synallagmatique du contrat, un s'engage à effectuer un travail et l'autre partie à fournir un salaire en contrepartie du travail.* »²³ Se pose alors la question des caractères du contrat de travail.

11. Comme il vient d'être énoncé, c'est avant tout un contrat synallagmatique²⁴ puisque les cocontractants, soit le salarié et l'employeur, ont des obligations réciproques ; une partie s'oblige à fournir le travail et à verser le salaire convenu et l'autre partie s'engage à effectuer le travail fourni. Ensuite il est à titre onéreux²⁵ puisque chaque partie s'engage en raison de l'avantage qu'elle entend obtenir en contrepartie de l'exécution de ses propres obligations. Il s'agit également d'un contrat à exécution successive²⁶ car il s'exécute dans le temps, de manière continue ou échelonnée et cela qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée.²⁷ Un autre caractère important ; c'est un contrat intuitu personae, chaque partie conclut le contrat en considération de l'autre cocontractant.

Sur la question de savoir si le contrat est de gré à gré ou d'adhésion, cela suscite plus d'interrogations. Si autrefois, sous la dénomination de louage de services il paraissait plus approprié de parler de contrat d'adhésion car le travailleur n'avait en réalité que peu de liberté pour négocier ses conditions d'emploi ; aujourd'hui, avec la pratique, il est qualifié de contrat de gré à gré malgré la réglementation d'ordre public. En effet, la liberté contractuelle des parties est réelle, elles peuvent négocier les conditions du contrat de travail.

²³ A. Supiot, « Critique du droit du travail », Presses Universitaires de France, 2011

²⁴ Article 1106 nouveau du Code civil suite à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Article 2

²⁵ Article 1107 nouveau du Code civil

²⁶ Article 1111-1 nouveau du Code civil

²⁷ Article 1221-2 du Code du travail, la forme normale et générale du contrat de travail étant à durée indéterminée.

Et enfin, il s'agit d'un contrat commutatif²⁸ bien que ce caractère ne fasse pas l'unanimité. Un contrat commutatif est un contrat dans lequel les obligations des deux parties sont équivalentes. A cet égard, le juge judiciaire a pu considérer le contrat de travail comme un contrat commutatif et devant être annulé en vertu de l'article L632-1 du Code de commerce.²⁹ Toutefois d'autres auteurs comme Monsieur Boubli considèrent que le contrat de travail n'est ni commutatif ni aléatoire. Il le caractérise comme « *un contrat 'synallagmatique juridiquement inégalitaire', catégorie singulière dont il est le seul exempté* ». ³⁰ Il affirme cela en se fondant sur le lien de subordination juridique qui est le caractère constitutif du contrat de travail.

12. La subordination est un critère propre au contrat de travail aux côtés de deux autres critères, la rémunération et la prestation de travail. Puisqu'il n'y a pas de définition du contrat de travail, c'est la jurisprudence qui est venue préciser ces notions.

Concernant la rémunération, un salaire minimum légal est requis. Toutefois, le juge peut requalifier une relation contractuelle ou non, en relation de travail fondée sur un contrat de travail. Le critère de la rémunération sera soumis à l'appréciation des faits pour être qualifié et établi comme tel. Une rémunération minimale ou des avantages en nature peuvent suffire pour remplir ce critère. Par exemple, a été requalifié en contrat de travail, un contrat liant un sportif professionnel à son club. Le sportif percevait des frais mensuels de déplacements qui ont été requalifiés comme une rémunération. La rémunération, la prestation de travail et la subordination étaient réunis de sorte qu'il existait un contrat de travail.³¹ Toutefois il ne suffit pas que la rémunération soit qualifiée de salaire pour caractériser l'existence d'un contrat de travail.³²

13. S'agissant de la prestation de travail, elle implique un travail effectif et personnel qui s'accomplit à titre professionnel. Le salarié doit exécuter le travail déterminé par l'employeur et si l'employeur ne fournit pas de travail ou à défaut de prestation de travail effective, le contrat de travail est fictif. De plus, toutes les activités ne sont pas considérées par la jurisprudence comme un travail ; en effet, la finalité de l'activité va permettre de distinguer ce qui relève du travail. Ainsi, ne constitue pas un travail, une activité dont l'objectif est spirituel.³³ Toutefois, la Cour de cassation entend de manière large cette notion de travail, pour autant, la présence d'une prestation de travail reste nécessaire. La participation à une émission de télé-réalité soit, un contrat de télé-réalité, a été requalifié en contrat de travail. Mais une réserve peut être émise puisque la subordination a eu un rôle prépondérant dans cette requalification.³⁴

14. En effet, le lien subordination semble être le critère décisif de la qualification de contrat de travail. Dans l'arrêt Ile de la tentation,³⁵ le premier moyen du pourvoi énonce expressément qu'aucun travail n'avait été fourni de la part des participants, ils devaient seulement perpétuer sous les caméras, leur mode de vie privée, livrer leur

²⁸ Article 1108 nouveau du Code civil

²⁹ « Un contrat de travail conclu pendant la période suspecte et comportant des obligations excessives pour l'employeur est nul », CA Paris, 1er avril 2010 : Jurisdata n°2010-021183 ; Commentaire par G. Blanc « Contrat commutatif : contrat de travail », Revue des procédures collectives n° 5, Septembre 2011, comm. 132

³⁰ B. Boubli, « Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXIe siècle », Jurisprudence Sociale Lamy, N° 35, 4 mai 1999

³¹ CA Paris, 18^{ème} ch. C, 17 novembre 2005, n°05-00.210.

³² Cass. soc., 5 février 1992, n°89-41.791, Inédit

³³ Cass. Assemblée plénière, du 8 janvier 1993, 87-20.036., Publié au bulletin

³⁴ Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 à 08-40.983 / 08-41.712 à 08-41.714 ; Cass. civile, soc, 25 juin 2013, 12-13.968, Publié au bulletin

³⁵ Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 à 08-40.983 / 08-41.712 à 08-41.714

intimité de la vie quotidienne. Cependant la Cour de cassation montre qu'il y avait une subordination qui pesait sur eux de sorte qu'il existait un contrat de travail.

La subordination est une spécificité du contrat de travail et a suscité des interrogations quant à sa nature. Il s'est posé la question de savoir s'il s'agissait d'une subordination économique ou d'une subordination juridique. La subordination économique, défendue par Paul Cuhe,³⁶ consiste à faire l'origine des ressources du travailleur dont il dépend, le critère principal pour déterminer la qualité de salarié. Ainsi, est soumise au droit du travail toute personne dont ses moyens de subsistance dépendent entièrement ou pour la majorité, d'une rémunération versée par une autre personne, c'est la dépendance économique. Mais la Cour de cassation s'est rapidement positionnée le 6 juillet 1931,³⁷ elle exclut la subordination économique et considère que la subordination doit être juridique.

15. A ce propos, le Professeur Supiot dira que « *la caractérisation du contrat de travail n'est pas à rechercher alors dans le couple - profit/dépendance économique -, mais dans le couple - autorité/subordination -. A la perspective fonctionnelle et inductive d'ajustement de la notion de contrat de travail aux besoins de protection est préférée une perspective formelle et déductive, qui fait dériver la qualification du contrat du constat de la soumission d'une partie aux ordres de l'autre* ». ³⁸ Le salarié est soumis à l'autorité de son employeur et cette subordination est juridique. Durant de longues années, il était fait référence au critère du service organisé pour caractériser le contrat de travail. Le service organisé « *renvoie à tout cadre déterminé par l'employeur pour exercer la prestation de travail* ». ³⁹ L'intégration dans un service organisé fut présentée comme une alternative possible au critère de la subordination et comme pouvant suffire à elle seule pour qualifier de contrat de travail. ⁴⁰ Désormais ce critère n'a plus la même portée depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1996⁴¹ qui est venu définir le lien de subordination juridique, il suppose d'identifier un triple pouvoir de l'employeur. Il a un pouvoir de direction c'est-à-dire le pouvoir de donner des ordres et des directives qui peuvent porter tant sur le cadre général d'organisation du travail que sur la façon dont le travail est accompli. Le deuxième est un pouvoir de contrôle c'est-à-dire de surveiller le salarié durant l'exécution du contrat. Et troisièmement, l'employeur a un pouvoir de sanction, il peut sanctionner son salarié s'il commet une faute, un manquement à ses obligations. L'arrêt précise que le travail au sein d'un service organisé peut être un indice du lien de subordination quand l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. Si autrefois il pouvait suffire pour qualifier de contrat de travail, aujourd'hui ce n'est qu'un fort indice. ⁴²

16. Il faut comprendre que la qualification de contrat de travail entraîne des conséquences importantes et en tout premier lieu elle va permettre de qualifier une partie d'employeur et l'autre de salarié. Il n'y a pas de définition légale du salarié mais dans sa définition la plus simple, classique, le salarié « *est une personne qui perçoit un salaire*

³⁶ P. Cuhe, « La définition du salarié et le critère de la dépendance économique », DH, 1932, Chr., 104

³⁷ Cass. Civ. 6 juillet 1931, Arrêt Bardou, DP, 1931, 1, 121, note P.Pic

³⁸ A. Supiot, « Critique du droit du travail », Presses Universitaires de France, 2011

³⁹ E. Jeansen, Fasc. 17-1 : Salariat. – Définition, JurisClasseur Travail Traité, mis à jour le 22 janvier 2019

⁴⁰ Exemples Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 18 juin 1976, 74-11.210, Publié au bulletin ; Cass. soc., 16 avril 1992, 90-11.296, Publié au bulletin

⁴¹ Cass. Soc 13 novembre 1996, n°94-13.187, publié au bulletin

⁴² Exemple d'indice de subordination : fournir le matériel nécessaire et le personnel pour exercer la prestation de travail, Cass. soc., 30 janvier 1980, 78-41.036, Publié au bulletin

dans le cadre d'un contrat de travail ». ⁴³ Ainsi, tout part du contrat de travail qui va entraîner l'application des dispositions du Code du travail, des différentes sources du droit du travail et la compétence du Conseil de Prud'hommes pour tout litige qui viendrait à apparaître à l'occasion de ce contrat. Toutes ces conséquences vont être soit entraînées par les parties lors de la conclusion du contrat de travail, soit par les juges lorsqu'ils procèdent à des requalifications.

17. En effet, les juges ont un rôle important dans la caractérisation du contrat de travail. D'une part, ils ont précisé les contours de la notion à défaut de définition légale donnée par le législateur ; d'autre part, ce sont eux qui vont rechercher si les critères de qualification sont remplis et effectuer, le cas échéant, des requalifications lorsque ce sera nécessaire. Ils tiennent ce rôle de l'article 12 du Code de procédure civile, fondement du principe de l'indisponibilité contractuelle. En vertu de ce principe, les juges du fond ont la faculté de restituer aux faits leur exacte qualification. Les arrêts de la Cour de cassation l'énoncent expressément, « *la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire M. X... au statut social* », ⁴⁴ puis ensuite par cet attendu fondamental et repris dans de multiples arrêts, « *l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention* ». ⁴⁵ Cette requalification faite par les juges du fond résulte de leur pouvoir souverain et va permettre de caractériser un contrat de travail lorsque les critères seront réunis ou a contrario, considérer qu'il n'existe pas de contrat de travail entre les parties. En effet, il existe des contrats voisins à ce dernier qu'il convient de différencier.

18. Premièrement, on peut distinguer le contrat de mandat du contrat de travail. Le mandat est régi aux articles 1984 et suivants du Code civil, c'est un contrat de représentation qui permet « à un contractant, le mandataire, d'accomplir des actes juridiques à la place et dans l'intérêt d'un autre, le mandant ». ⁴⁶ Ils pourraient être confondus puisque dans ces deux contrats, une personne accomplit des actes dans l'intérêt d'autrui. Le mandataire accomplit des actes juridiques et peut éventuellement accomplir des actes matériels lorsqu'ils sont l'accessoire de l'acte juridique. Le salarié quant à lui accomplit le plus souvent des actes matériels mais certaines professions peuvent être amenées à accomplir des actes juridiques ou encore, lorsque le salarié a reçu une délégation pour représenter l'entreprise. Ces contrats ont un deuxième trait commun, le salarié et le mandataire agissent dans l'intérêt d'autrui et ne supportent pas les risques de l'activité ou de l'opération. Troisièmement, ils peuvent tout deux être à titre onéreux. Si cela est certain pour le contrat de travail, il faut préciser pour le contrat de mandat qu'il est par principe à titre gratuit mais les parties peuvent prévoir une rémunération. ⁴⁷ Et enfin, le salarié et le mandataire sont tous deux soumis à un pouvoir de contrôle ; l'employeur en vertu de son pouvoir de direction, de contrôle et de sanction et le mandant en vertu de l'article 1993 du Code civil qui dispose que le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion. Néanmoins, le mandataire n'est pas un salarié, en effet, le mandataire dispose d'une certaine indépendance, il est libre de choisir les moyens pour réaliser l'objet du mandat, il n'est pas subordonné au mandant. En cas de subordination, les juges procéderont à une requalification en contrat de travail. ⁴⁸

⁴³ Définition du dictionnaire Larousse

⁴⁴ Cass. Assemblée plénière, 4 mars 1983, numéros 81-15.290, 81-11.647, Publié au bulletin

⁴⁵ Cass. Soc., 17 avril 1991, Bull. 1991, V, n° 200, n° 88-40.121 ; Cass. Soc., 19 décembre 2000, n°98-40.572, publié au bulletin

⁴⁶ E. Jeansen, Fasc. 17-1 : Salariat. – Définition, JurisClasseur Travail Traité, mis à jour le 22 janvier 2019

⁴⁷ Cass. 1ère civ., 4 mai 2012, n° 11-10.94, Publié au bulletin

⁴⁸ Cass. soc., 8 décembre 1961, Publié au bulletin

19. Deuxièmement, il convient d'évoquer la distinction entre le mandat social et le contrat de travail. Le mandataire social est une personne physique mandatée par un employeur personne morale. Le mandataire social est donc le représentant de l'employeur pour les actes liés à la gestion de l'entreprise. Par principe, le mandataire n'est pas subordonné au mandant, il n'est pas lié par un contrat de travail. Ainsi, lorsque l'on parle d'un individu ayant simplement la qualité de mandataire social, il n'est pas un salarié et il ne sera pas pris en considération dans le raisonnement. Toutefois, un mandat social peut être cumulé avec un contrat de travail, les deux qualités ne sont pas incompatibles,⁴⁹ pour cela des conditions doivent être remplies. Le contrat de travail doit avoir une cause licite. L'intéressé doit recevoir une rémunération distincte, il faut que les fonctions du salarié correspondent à un emploi effectif, elles doivent être distinctes des prestations effectuées au titre du mandat social et enfin il faut que les fonctions soient exercées dans un état de subordination.⁵⁰ En l'absence de lien de subordination, le contrat de travail n'existe pas.⁵¹ Si une des conditions fait défaut, le contrat de travail est suspendu durant l'exercice du mandat social.⁵² Des conditions spécifiques vont être requises dans certaines sociétés, notamment les sociétés à responsabilité limitée,⁵³ les sociétés en nom collectif,⁵⁴ les sociétés en commandite⁵⁵ et les sociétés anonymes.⁵⁶

20. Troisièmement, il faut évoquer le contrat de société qui écarte aisément la notion de salarié. En effet, lors de la dissolution de la société, les associés sont tenus de contribuer aux pertes ce qui exclut la qualité de salarié.⁵⁷ Ce dernier n'est pas soumis aux risques inhérents à l'activité de la société et ne profite pas directement des bénéfices de la société. Pour requalifier le contrat de société en contrat de travail, il faudra d'abord prouver la fictivité du contrat de société par le défaut d'affectio societatis et ensuite il faudra prouver l'existence d'un lien de subordination dans la relation entre la société et l'associé apparent.⁵⁸

21. Quatrièmement il faut parler du contrat de franchise, c'est un contrat par lequel un commerçant, le franchiseur, met à la disposition d'un autre commerçant indépendant, le franchisé, son savoir faire et lui concède le droit d'utiliser ses signes distinctifs. Le franchisé est par principe indépendant, il assure lui-même la direction de son entreprise, il assume seul les risques liés à l'exploitation de l'entreprise. Il dispose d'un fonds de commerce et de sa propre clientèle. Cependant, s'il s'avère que le franchiseur impose par exemple des prix à la revente, des méthodes de vente obligatoire, que son assistance est

⁴⁹ Exemples Cass. soc., 19 octobre 1978, 77-13.338, Publié au bulletin ; Cass. soc., 16 mai 1990, 86-42.681, Publié au bulletin

⁵⁰ Cass. soc., 5 février 1981, 79-14.798, Publié au bulletin

⁵¹ Cass. soc., 1 décembre 1993, 91-43.371, Inédit

⁵² Cass. soc., 12 décembre 1990, 87-40.596, Publié au bulletin

⁵³ Le gérant associé majoritaire qui détient plus de la moitié des parts du capital social de la société ne peut pas cumuler son mandat social avec un contrat de travail en raison de l'absence du lien de subordination ; ainsi jugé par la Cass. soc., 7 février 1979, 77-11.841, Publié au bulletin

⁵⁴ L'article L221-1 du Code de commerce dispose que « les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales » de sorte que la Cour de cassation en déduit qu'ils ne peuvent pas être liés à la société par un contrat de travail. Cass. soc., 14 octobre 2015, 14-10.960, Publié au bulletin

⁵⁵ De même pour les commandités, gérants associés, ils ont la qualité de commerçant et ne peuvent pas cumuler avec les fonctions de salarié.

⁵⁶ Exemple pour les sociétés anonymes, le cumul des fonctions de salarié et la qualité d'administrateur ne sera permis que lorsque l'intéressé est d'abord salarié et ensuite qu'il acquière un mandat social, articles L225-22 et suivants du Code de commerce

⁵⁷ Cass. soc., 1er juin 1972, 71-40.404, Publié au bulletin

⁵⁸ Cass. soc., 10 juillet 2002, 00-42.734, Inédit

trop intrusive et qu'il en résulte une subordination du franchisé envers le franchiseur, alors le contrat de franchise pourra être requalifié en contrat de travail.⁵⁹

Aux côtés de ces contrats voisins qui peuvent être requalifiés en contrat de travail et ainsi donner la qualité de salarié ; il existe d'autres formes d'emploi qui peuvent donner lieu à des requalifications.

22. En effet, de nos jours, de nouvelles formes d'emploi s'installent en raison de la volonté d'autonomie des travailleurs ; ils ne sont pas liés avec leur cocontractant par un contrat de travail et tel est le cas notamment des travailleurs indépendants. Cette notion existe depuis de nombreuses années et était autrefois encadrée par le contrat de louage d'ouvrage.⁶⁰ Désormais on le dénomme contrat d'entreprise qui a pris un essor particulier au XXI^{ème} siècle. En 1990, le Professeur Lyon-Caen distingue l'activité du travailleur indépendant de celle du salarié « *l'activité du travailleur indépendant met en œuvre son propre patrimoine, celle du salarié met en œuvre le patrimoine d'autrui* », ⁶¹ la distinction est d'ordre patrimoniale.

Le contrat d'entreprise « *est la convention par laquelle une personne s'oblige contre rémunération à exécuter un travail de façon indépendante et sans représenter son cocontractant* ». ⁶² Le contrat d'entreprise et le contrat de travail ont des éléments communs, dans ces deux contrats, une partie s'engage à effectuer au profit de l'autre, une prestation de travail. Ils sont en principe à caractère intuitu personae, ⁶³ et conclus à titre onéreux. ⁶⁴ Toutefois, ce sont bien des contrats distincts et ces deux types de contrats ne peuvent jamais se cumuler entre les mêmes parties. En effet, le critère déterminant pour distinguer le salarié et le travailleur indépendant est que le premier est subordonné à son employeur tandis que le second ne l'est pas envers le donneur d'ouvrage. Le travailleur indépendant travaille en toute indépendance, il a l'initiative de ses décisions. Dans certaines circonstances, la frontière entre les deux est fine et c'est ce qui peut entraîner une requalification du contrat d'entreprise en contrat de travail, situation des plus récentes par l'arrêt du 4 mars 2020⁶⁵ qui sera abordé par la suite. Un second élément permet de les différencier, il s'agit de leur responsabilité. Le salarié est tenu envers son employeur d'une obligation de moyen dans l'exécution de son travail tandis que le travailleur indépendant est tenu, en principe, d'une obligation de résultat et il engage sa responsabilité si l'objectif n'est pas atteint. La responsabilité du travailleur indépendant est à nuancer. En effet, lorsque l'entrepreneur effectue des prestations d'ordre intellectuel, des activités de soins ou encore des activités d'organisation, il sera tenu d'une obligation de moyens. En revanche, lorsque la prestation porte sur une chose, l'entrepreneur promet que l'ouvrage qu'il réalise remplisse la fonction à laquelle il est destiné. Ainsi, l'entrepreneur sera tenu d'une obligation de résultat. ⁶⁶ Sa responsabilité pourra être engagée si le résultat n'est pas atteint à moins que l'entrepreneur établisse une cause exonératoire de responsabilité. S'agissant de l'obligation de moyens, il faudra

⁵⁹ Cass. soc., 18 janvier 2012, 10-16.342, Inédit

⁶⁰ Article 1779 du Code civil

⁶¹ G. Lyon-Caen, « Le droit du travail non salarié », Paris, Edition Sirey 1990, 208 pages. Citation extraite de A. Supiot, « Critique du droit du travail », Presses Universitaires de France, 2011

⁶² Contrat d'entreprise, Fiches d'orientation, février 2020

⁶³ Pour le contrat de louage d'ouvrage, l'intuitu personae est unilatéral au profit du maître d'ouvrage sauf s'il y a une volonté claire et non équivoque des parties de lui conférer ce caractère au maître d'œuvre, Cass. civ. 3, 4 novembre 2004, 03-13.988, Inédit

⁶⁴ Pour le contrat d'entreprise : « le contrat d'entreprise n'est soumis à aucune forme particulière et est présumé conclu à titre onéreux », ainsi jugé par la Cass. civ. 3, 17 décembre 1997, 94-20.709, Publié au bulletin

⁶⁵ Cass. soc., 4 mars 2020, 19-13.316

⁶⁶ D. Gibirila, « Synthèse – Louage d'ouvrage et d'industrie : entreprise et sous-traitance », LexisNexis, mis à jour le 30 avril 2019

rapporter la preuve d'une faute d'exécution.⁶⁷ Le travailleur indépendant n'est donc pas un salarié c'est pourquoi il ne sera pas pris en compte dans cet écrit.

23. La France différencie de longue date le contrat de travail du contrat d'entreprise, les salariés des travailleurs indépendants et cette distinction est opérée par divers pays. Il convient d'aborder brièvement l'articulation de ces notions dans les pays voisins de la France.

24. En Allemagne cette distinction passe notamment par la codification de la définition du contrat de travail dans le Code civil allemand le 1^{er} avril 2017. Cette définition reprend la jurisprudence du Tribunal Fédéral du travail (Bundesarbeitsgericht). Désormais inscrit à l'article §611a BGB,⁶⁸ le contrat de travail est défini comme obligeant le salarié au service d'une autre personne à effectuer un travail dans une dépendance personnelle. Cette dernière relève de la liberté du salarié d'organiser ses horaires de travail, d'être lié par des instructions ou encore de la nature de l'activité. L'article dispose que l'employeur doit verser la rémunération convenue au salarié. Selon Barbara Gomes,⁶⁹ ce « *lien de dépendance personnelle* » est similaire à notre notion française de la subordination juridique et notamment en ce que la dépendance économique ne permet pas à elle seule de caractériser la situation de travailleur salarié. De plus, elle précise que les juges allemands vont vérifier si le travailleur est soumis au pouvoir de direction de l'employeur lorsqu'ils vont rechercher l'existence d'une dépendance personnelle. Le système allemand a une catégorie intermédiaire entre le travail salarié et le travail indépendant, ce sont les Arbeitnehmerähnliche Personen.⁷⁰ D'origine prétorienne, cela renvoie aux personnes indépendantes mais qui se situent dans une situation de dépendance économique de sorte que certaines dispositions du droit du travail vont s'appliquer. Cette catégorie se situe à mi chemin entre les travailleurs indépendants qui sont exclus de la législation du travail et les travailleurs salariés qui y sont totalement soumis. Cette notion permet de protéger une personne qui reçoit le principal de sa rémunération d'une seule personne, qui en dépend économiquement même si elle effectue son travail de manière indépendante.

25. Au Royaume-Uni il n'y a pas de Code du travail, ainsi le droit repose essentiellement sur la jurisprudence et les lois adoptées par le Parlement. La conséquence est que le contrat est un élément fondamental dans la relation entre l'employeur et le salarié. Le contrat doit être précis, complet, il ne doit pas être ambigu. L'Employment Rights Act de 1996 précise que le salarié doit recevoir par écrit les éléments essentiels du contrat⁷¹ et il indique les éléments dont le salarié doit être informé.⁷² Cet acte vient distinguer un « employee » d'un « worker ». ⁷³ L'« employee » est un salarié défini comme étant une personne qui travaille en vertu d'un contrat de

⁶⁷ D. Gibrila, « Synthèse – Louage d'ouvrage et d'industrie : entreprise et sous-traitance », LexisNexis, mis à jour le 30 avril 2019

⁶⁸ §611a Arbeitsvertrag Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

⁶⁹ B. Gomes, « Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants », Etude comparée en droit allemand, espagnol français, italien et anglais, Rapport remis à l'Organisation Internationale du Travail Bureau International de Paris, Décembre 2017

⁷⁰ Décrit par Barbara Gomes dans son rapport précité. Cette notion d'origine prétorienne a été repris par le législateur en 1974 dans une loi Tarifvertragsgesetz relative à la négociation collective.

⁷¹ Section 1 Statement of initial employment particulars (1) of the Employment Rights Act 1996, Site legislation.gov.uk

⁷² Section 1 Statement of initial employment particulars (3) of the Employment Rights Act 1996, Site legislation.gov.uk

⁷³ Section 230 (1) et (3) of the Employment Rights Act 1996, Site legislation.gov.uk

travail. Les « workers » quant à eux sont des travailleurs, ce sont « *des personnes qui exécutent leur activité professionnelle par le recours à un contrat de travail, mais aussi plus largement, toute personne qui offre une prestation de travail personnelle au profit d'une autre personne, et qui n'est, en vertu des termes du contrat, ni un client, ni un consommateur, de l'activité à laquelle correspond le travail de l'individu.* »⁷⁴ Ils fournissent personnellement un travail au service d'une autre personne, ils n'exploitent pas leur entreprise mais ne sont pas pour autant des « employees ». Toutefois ils se distinguent des travailleurs indépendants car les « workers » sont dans une situation de dépendance économique qui justifie qu'ils bénéficient de certaines règles du droit du travail.⁷⁵

26. En droit italien, le contrat de travail est expressément défini à l'article 2094 du Code civil italien. En vertu de cet article, est subordonné l'employé qui accepte de collaborer dans une entreprise en contrepartie d'une rémunération, en effectuant un travail intellectuel ou manuel sous la dépendance et la direction de l'entrepreneur. On retrouve dans cette définition, l'idée du lien de subordination de l'employé envers son employeur. Le salarié est à distinguer des autres travailleurs, Madame Gomes nous énonce qu'il existait trois catégories de travailleurs : le travail salarié, le travail indépendant et le travail parasubordonné.⁷⁶ Aujourd'hui il semble qu'il existe quatre catégories de travailleurs en Italie avec désormais les co.co.per qui sont des travailleurs autonomes dans l'exécution de leur travail mais assujettis à des contraintes de types organisationnelles. Toutefois des dérogations sont prévues par l'article 2.1 du Jobs Acts ou peuvent être prévues par la voie de la négociation collective.⁷⁷

27. En Espagne, la distinction est également opérée. Il existe une législation du travail composée de lois et de décrets relatifs à l'emploi et regroupée dans la « Guia Laboral ». ⁷⁸ Les conditions des travailleurs salariés sont règlementées dans le Statut des travailleurs.⁷⁹ Une loi de 2007⁸⁰ vient régir le statut des travailleurs autonomes et notamment en introduisant une sous catégorie, les travailleurs autonomes économiquement dépendant.⁸¹ C'est une nouvelle forme de travail entre les salariés et les indépendants et la loi va permettre de l'encadrer.

28. On constate que dans tous ces pays il existe d'un côté les salariés, de l'autre les travailleurs indépendants et ils prévoient un statut intermédiaire entre les deux. A contrario, en France il n'existe pas un statut intermédiaire général. On a d'un côté les salariés et de l'autre les travailleurs indépendants qui pourront voir leur contrat requalifié en contrat de travail par les juges. Toutefois pour les dirigeants de sociétés, il existe un régime dit des travailleurs assimilés-salariés qui vont leur permettre de se voir octroyer le bénéfice de protections du droit du travail, la possibilité d'être affilié au régime général de la Sécurité sociale. Ce ne sont pas de vrais salariés, ils ne sont pas

⁷⁴B. Gomes, rapport précité

⁷⁵ Décision Byrne Brothers (Formwork) Ltd v Baird 2002

⁷⁶ Travail parasubordonné renvoie aux travailleurs autonomes mais économiquement dépendants. Il passait par la notion de collaboration coordonnée continue, puis remplacé par la loi Biagi du 14 février 2003 par le contrat de projet qui va lui-même être supprimé par le Jobs Act adopté en 2014

⁷⁷ B. Gomes, « Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants », Etude comparée en droit allemand, espagnol français, italien et anglais, Rapport remis à l'Organisation Internationale du Travail Bureau International de Paris, Décembre 2017

⁷⁸« Règlementation du travail », France Diplomatie, Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères ; Le Gui Laboral est un guide de travail qui est publié par le ministère de l'Emploi et de la Sécurité sociale espagnole

⁷⁹ Dit le Estatuto de los Trabajadores approuvé et publié le 14 mars 1980

⁸⁰ Loi LETA (Ley del Estatuto del trabajo autónomo) du 11 juillet 2017

⁸¹ Dit TRADE (Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente)

liés par un contrat de travail ni dans une relation de subordination de sorte qu'il faut les écarter pour la suite de l'écrit. Au même titre, il convient de ne pas impliquer les dirigeants soumis au régime des travailleurs non-salariés.

29. La relation de travail est certes contractuelle, les parties peuvent négocier le contrat de travail, l'aménager mais il y a des règles à respecter ; notamment l'ordre public absolu⁸² dont les parties ne peuvent déroger et cela de manière plus ou moins favorable. Il n'est pas possible d'y porter atteinte car il touche les droits fondamentaux de l'homme, ses libertés individuelles et collectives. A côté il y a l'ordre public social qui peut faire l'objet de dérogations par conventions ou accords collectifs sous la condition que ce soit plus favorable aux salariés. Ce que les parties au contrat de travail devront aussi respecter ce sont les conventions et accords collectifs qui ont un caractère erga omnes c'est-à-dire qu'ils vont s'appliquer à tous les salariés de l'entreprise même ceux qui ne sont pas syndiqués. Cette position n'est pas la même dans tous les pays tels qu'en Finlande ou en Norvège car pour que les accords collectifs s'appliquent aux salariés, il faut qu'ils soient syndiqués.

30. Au XXI^{ème} siècle, on constate que notre société évolue et cela entraîne une modification des relations de travail. Autrefois le travail était manuel. A ce titre Paul Pic énonça « *l'industrie, dans son acception économique la plus large, est l'ensemble des travaux productifs de l'homme, ou, plus exactement l'ensemble des travaux de l'homme appliqués à la matière ; par opposition aux travaux intellectuels ou scientifiques, qui peuvent contribuer puissamment sans doute à la création de la valeur, mais qui ne la créent pas directement* ». ⁸³ Ce qui était reconnu était le travail en industrie, c'est lui qui entraînait de la création de valeur. A cette époque, la subordination du salarié à son employeur était plus facile à déterminer puisque le salarié devait suivre strictement les directives, respecter les horaires de travail sous la supervision de son employeur.

31. Progressivement le travail intellectuel s'est développé et l'émergence des nouvelles technologies a favorisé son expansion. Le droit du travail a dû s'adapter à ces évolutions, il est passé d'une finalité sociale à une finalité économique.⁸⁴ En conséquence, si le droit du travail et le travail ont changé, le salarié aussi et il aspire à de nouvelles attentes dans la sphère professionnelle. Aujourd'hui le salarié est plus libre et autonome dans son travail de sorte qu'il paraît plus difficile de parler de subordination. Les nouvelles technologies ont un impact très important en droit du travail, elles entraînent une modification de la relation de travail entre le salarié et l'employeur, elles augmentent le rythme de travail car il faut aller de plus en plus vite et cela est facilité par les nouveaux moyens de communication. Elles impactent aussi le contrôle des salariés ainsi que leur vie personnelle puisqu'elles leur permettent d'être toujours connectés. Ainsi, le salarié d'autrefois qui effectuait notamment un travail manuel et en recherche de droits n'est pas le même que le salarié d'aujourd'hui qui fait face à l'émergence des nouvelles technologies et à l'accroissement du travail intellectuel et il ne sera pas le même que le salarié de demain en recherche de nouveaux droits et d'aménagements au gré de l'évolution de l'économie, de la société. Ainsi la question peut être posée :

⁸² Article L2251-1 du Code du travail

⁸³ P. Pic, « Traité élémentaire de législation industrielle, Première partie, Législation du travail industriel », Paris, La librairie générale de droit et de jurisprudence, Edition de 1894

⁸⁴ B. Géniaut, C. Giraudet, C. Mathieu « Les ouvrages de droit du travail des années cinquante », Droit ouvrier, septembre 2003

Comment caractériser le salarié au XXIème siècle en France ?

Le salarié du XXIème siècle se caractérise tant dans sa relation avec l'employeur que par sa propre personnalité. C'est pourquoi il convient dans une première partie d'aborder la relation contractuelle au XXIème siècle fondée sur une conception classique du salarié sous l'autorité de son employeur, pour dans une seconde partie aborder la conception moderne du salarié du XXIème siècle en quête d'autonomie.

Partie 1 : La relation contractuelle au XXIème siècle fondée sur une conception classique du salarié sous l'autorité de son employeur

La relation contractuelle qui lie l'employeur et le salarié est fondée d'une part, sur un lien de subordination du salarié envers son employeur et d'autre part, par l'existence du pouvoir de direction de l'employeur. C'est pourquoi, il convient d'aborder dans un premier temps la subordination du salarié (Titre 1), puis dans un second temps envisager l'évolution des pouvoirs de l'employeur qui se modernisent au gré de la société (Titre 2).

Titre 1 : La subordination du salarié au travers du contrat de travail et de la négociation collective

La jurisprudence érige le lien de subordination comme réel critère pour définir le contrat de travail au XXIème siècle (chapitre 1). Cependant, force est de constater que cette subordination passe aussi par le biais d'accords collectifs, raison pour laquelle sera ensuite abordé l'importance croissante de la négociation collective (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le lien de subordination juridique réel critère de définition du contrat de travail ?

Les nouvelles formes de travail amènent à se questionner sur la définition du contrat de travail et, plus particulièrement, sur les notions de « subordination » et de « dépendance économique ». Ainsi il sera traité dans un premier temps la distinction entre le lien et l'état de subordination (section 1) ; puis dans un second temps il sera évoqué la distinction entre la subordination juridique et la dépendance économique (section 2).

Section 1 : La distinction entre le lien et l'état de subordination

La distinction entre les notions de lien et d'état de subordination est essentielle puisqu'il va en résulter la qualification d'un contrat de travail. C'est pourquoi il convient de voir la distinction entre ces deux notions (§1), puis ensuite parler de l'état de subordination comme réel critère utilisé (§2).

§1 : La distinction des notions de lien et d'état de subordination

32. Au sens figuré, un lien est ce qui unit une chose à une autre. En droit du travail, le lien de subordination juridique a été défini par l'arrêt Société Générale en date du 13 novembre 1996⁸⁵ énoncé précédemment. La Cour de cassation va utiliser la

⁸⁵ Cass. Soc 13 novembre 1996, n°94-13.187, publié au bulletin « *que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ». La chambre

méthode du faisceau d'indices pour regarder s'il existe une subordination et de ce fait qualifier l'existence d'un contrat de travail.

En réalité, la question qui se pose est de savoir si ce lien permet réellement de créer cette relation ou bien plutôt, que ce lien de subordination va émaner du contrat de travail, et non l'inverse, c'est-à-dire que c'est le contrat de travail qui ressort du lien de subordination. Cette idée est exposée par Monsieur Géniaut qui énonce que « *le lien de subordination peut se concevoir comme un effet du contrat de travail : ce lien se trouve engendré par le contrat* ». ⁸⁶ Ce lien de droit serait une conséquence de la relation entre l'employeur et le salarié, il va entraîner des droits et des obligations qui vont s'imposer aux parties.

33. S'agissant du mot « état », en droit privé, il « *désigne une manière d'être d'une personne physique ou d'une personne morale* ». ⁸⁷ Cet état de subordination renvoie à l'examen des faits, à la situation qui entoure deux ou plusieurs personnes.

Pour un certain nombre d'auteurs, cet état de subordination va permettre de caractériser un contrat de travail. C'est ce qu'il ressort de la pensée de Monsieur Jeammaud « *si tout contrat de travail engendre un lien (évidemment « juridique ») de subordination, l'existence d'un état de subordination conditionne la qualification de contrat de travail* » ⁸⁸. Cela apparaît également avec le Professeur Dockès qui exprime que « *c'est la subordination de fait qui permet la qualification de contrat de travail et que la subordination de droit est, elle, un effet de cette qualification* » ⁸⁹. Ainsi lorsqu'il énonce « *la subordination de fait* » il renvoie à l'état de subordination qu'il définit comme étant la cause du contrat de travail et qui fait référence au pouvoir de fait de l'employeur. Ensuite lorsqu'il parle de « *subordination de droit* » il fait référence au lien de droit qui pour lui, d'une part est un effet du contrat de travail et d'autre part, renvoie au pouvoir de droit de l'employeur. Le pouvoir de droit est un pouvoir juridique reconnu par le droit et accordé à l'employeur. En vertu de ce pouvoir, il pourra édicter des commandements valides qui vont s'imposer aux salariés. On le distingue du pouvoir de fait dans lequel « *une personne peut être amenée à obéir même si elle n'y est pas juridiquement contrainte* » ⁹⁰, ce pouvoir caractérise un état de subordination.

Toutefois, le Professeur Dockès considère que la qualification de contrat de travail peut dépendre tant d'un lien de droit que d'un état de fait. ⁹¹

Pour affirmer cela, les auteurs se fondent sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation étudiés ci-dessous.

§2 : L'état de subordination, réel critère utilisé

34. « *Seule importe la subordination constatée dans les faits, ou, en d'autres termes, l'« état de subordination »* ». ⁹² Certes les juges du fond emploient le terme de

sociale vient définir le lien de subordination, pour cela il faut que l'employeur ait un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction envers son salarié

⁸⁶ B. Géniaut, « Le contrat de travail et la réalité ». Dalloz, Revue de droit du travail 2013 p.90

⁸⁷ Dictionnaire juridique par S. Braudo

⁸⁸ A. Jeammaud, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt *Labbane* », Droit social 2001. 227, spéc. n° 13, p. 234

⁸⁹ E. Dockès, « Notion de contrat de travail ». Semaine Sociale Lamy, n°1494, 30 mai 2011

⁹⁰ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020 33ème édition, p269

⁹¹ E. Dockès, « Notion de contrat de travail ». Semaine Sociale Lamy, n°1494, 30 mai 2011

⁹² G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020 33ème édition, p271

« lien de subordination », mais en réalité, il s'agit de la subordination constatée dans les faits qui permet de requalifier en contrat de travail. Les juges ne vont pas se fonder sur les clauses du contrat ni sur sa dénomination, ils vont regarder s'il existe une subordination dans les faits, dans la pratique entre les parties. Cet examen des faits est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. Comme il l'a été mentionné précédemment, ils tirent cette faculté d'apprécier les faits de l'article 12 du Code de procédure civile. En effet, les juges du fond sont tenus de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux* ». ⁹³ Pour restituer l'exacte qualification il est nécessaire d'apprécier les éléments de faits. A contrario, la Cour de cassation ne juge qu'en droit, c'est-à-dire qu'elle a pour rôle de dire si les juges du fond ont fait une bonne application des règles de droit ou si l'application est erronée. ⁹⁴ Dans ses arrêts, la Cour de cassation rappelle régulièrement l'appréciation souveraine des juges du fond.

35. On remarque qu'en 1983, la Cour de cassation avait déjà fait référence à la pratique pour qualifier un contrat de travail, « *la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire M.X au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail* ». ⁹⁵ Elle parle ici de « conditions d'accomplissement ».

Par la suite, la prise en compte des conditions de fait va être plus marquante. C'est notamment par un arrêt de 1991 qui énonce que « *l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à la convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* ». ⁹⁶

36. L'arrêt Labbane du 19 décembre 2000 va reprendre cela dans son chapeau. ⁹⁷ Dans cet arrêt la Cour de cassation fait expressément référence à la notion d'état de subordination. En effet, elle juge qu'au regard des conditions présentes dans le contrat ainsi que les conditions générales, le locataire était dans un « *état de subordination à l'égard du 'loueur'* », de sorte qu'un contrat de travail était dissimulé sous l'apparence d'un contrat de location. L'important est la subordination constatée dans les faits c'est-à-dire l'état de subordination et non pas le lien de subordination pour que le contrat de travail soit caractérisé. La preuve porte sur les conditions effectives de travail.

37. L'attendu précité ainsi que la définition du lien de subordination de l'arrêt de 1996 vont être repris dans un arrêt du 28 novembre 2018 dit Take Eat Easy. ⁹⁸ Pour affirmer que le coursier était soumis au lien de subordination, la Cour de cassation contrôle la motivation des juges du fond et dans le cas d'espèce, censure l'arrêt d'appel. En effet, les juges du fond n'ont pas caractérisé l'existence d'un lien de subordination alors qu'ils constataient que l'application était dotée d'un système de géo-localisation du coursier de sorte que le rôle de la plateforme n'était pas limité à la mise en relation du restaurateur, du coursier et du client. ⁹⁹ Mais également, ils écartent la qualification de contrat de travail alors qu'ils constataient un pouvoir de sanction de l'employeur. Dans

⁹³ Article 12 du Code de procédure civile

⁹⁴ « *Son rôle est de dire s'ils ont fait une exacte application de la loi au regard des données de fait, déterminées par eux seuls, de l'affaire qui leur était soumise et des questions qui leur étaient posées.* », « *Le rôle de la Cour de cassation* », Site internet « courdecassation.fr »

⁹⁵ Cass. Assemblée plénière, 4 mars 1983, numéros 81-15.290, 81-11.647, Publié au bulletin

⁹⁶ Cass. Soc., 17 avril 1991, Bull. 1991, V, n° 200, n° 88-40.121

⁹⁷ Cass. Soc., 19 décembre 2000, n°98-40.572, publié au bulletin

⁹⁸ Cass. Soc. 28 novembre 2018, n°17-20.079

⁹⁹ Note explicative relative à l'arrêt n°1737 de la Chambre sociale du 28 novembre 2018 (17-20.079)

l'arrêt de la Cour de cassation, le système de géolocalisation paraît être l'élément déterminant pour établir le lien de subordination,¹⁰⁰ soit le pouvoir de contrôle de l'exécution de la prestation. Toutefois le pouvoir de sanction est aussi mis en avant de sorte que dans l'arrêt, la Cour de cassation paraît se suffire de deux critères pour établir le lien de subordination. Cela permet de s'adapter aux nouvelles formes de travail fondées sur plus d'autonomie laissée aux travailleurs. Précisions également que le fait que le travailleur conserve une grande liberté dans le choix de la durée et de l'organisation de son temps de travail, ne permet pas à lui seul d'écarter le lien de subordination.

Ainsi, lorsqu'il existe un lien de subordination, tel le dispose l'article L. 8221-6 II du Code du travail, cela permet de renverser la présomption du grand I du même article et de caractériser l'existence d'un contrat de travail. Une fois encore, ce qui est pris en compte sont les conditions effectives de travail, c'est la subordination dans les faits qui permet de caractériser l'existence d'un contrat de travail, qui permet de déterminer un lien de subordination.

38. Pour autant, bien que l'on puisse avoir des doutes sur le réel critère du contrat de travail, la Cour de cassation vient faire taire toutes les questions dans sa décision du 4 mars 2020 dans laquelle elle décide de requalifier en contrat de travail, la relation contractuelle entre un chauffeur et la société Uber.¹⁰¹ Le Doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Jean-Guy Huglo énonce que la décision du Conseil constitutionnel du 20 décembre 2019¹⁰² qui déclare « *inconstitutionnel l'article 44 de la loi LOM en ce qu'il remet en cause le pouvoir de requalification du juge lorsqu'il constate « un état de subordination juridique »*. Nous considérons ainsi que le critère du lien de subordination juridique est sanctuarisé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. »¹⁰³ C'est pourquoi, le lien de subordination juridique n'est pas remis en cause face à l'état de subordination juridique dans la décision du 4 mars 2020.

La Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur les critères de définition du contrat de travail qui, dans notre modèle économique actuelle, avait suscité des interrogations en doctrine. En effet, une partie majoritaire considérait qu'il aurait été adéquat de modifier les critères en examinant la dépendance économique. Les juges de la Cour de cassation ont été sensibles à cet argumentaire pour les raisons exposées ci-après.

Section 2 : La distinction entre la subordination (juridique) et la dépendance (économique)

« *Subordination et dépendance sont deux notions liées : une personne en situation de faiblesse obéit plus facilement... Il s'agit toutefois bien de notions différentes* ». ¹⁰⁴ Une fois cela exprimé, il convient de définir les termes de « subordination » et de « dépendance » pour les différencier (§1). Il faut ensuite se questionner sur une éventuelle évolution ? (§2)

¹⁰⁰ « *Comme j'ai déjà eu l'occasion de vous le dire (Semaine sociale Lamy n°s 1842-1843, p. 3), la motivation de l'arrêt Take Eat Easy était sur ce point involontairement ambiguë. La géolocalisation y était perçue comme un élément conduisant à constater l'existence d'un lien de subordination. En réalité, il n'en est rien.* » Jean-Guy Huglo, doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation : « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », Semaine Sociale Lamy, N° 1899, 16 mars 2020

¹⁰¹ Cass. soc., 4 mars 2020, 19-13.316

¹⁰² Conseil constitutionnel Décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019

¹⁰³ Jean-Guy Huglo, doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation : « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », Semaine Sociale Lamy, N° 1899, 16 mars 2020

¹⁰⁴ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020 33ème édition, p.269

§1 : La distinction des notions de subordination et de dépendance

39. Dans le langage courant ; la subordination est définie comme la « *situation de quelqu'un qui dépend, dans ses fonctions, de l'autorité de quelqu'un d'autre* ». ¹⁰⁵ En droit du travail la subordination juridique a été définie par l'arrêt de 1996 précédemment cité et peut se résumer à l'exercice par l'employeur, d'un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction à l'égard du salarié. Traditionnellement, elle est présentée comme étant le principal critère du contrat de travail qui permettrait de le distinguer des autres contrats. L'arrêt de 1996 vient préciser que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice de subordination lorsqu'un employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution. Cette notion concerne principalement des professions dont l'activité s'exerce de manière indépendante.

40. Cependant au XXIème siècle, cette position qui fait de la subordination juridique le critère du contrat de travail semble s'atténuer et la subordination juridique tend à être présentée comme « un élément de qualification du contrat de travail » ¹⁰⁶ et non comme son critère principal.

41. Concernant la notion de dépendance économique, elle fait référence à une infériorité dans le rapport économique. La dépendance économique « *vient de l'importance qu'une relation économique a, pour des parties, comparativement à l'importance qu'elle a pour l'autre partie* ». ¹⁰⁷ Il en ressort ici une inégalité économique dans la relation puisqu'une partie va dépendre de l'autre et cela de façon non réciproque. Dans une seconde définition il est dit que « *la dépendance économique repose sur le fait de tirer la majeure partie de ses revenus d'une même relation contractuelle et de consacrer tout son temps à cette relation* ». ¹⁰⁸ Deux idées sont essentielles ici, d'une part que la majeure partie des revenus provient d'une seule relation contractuelle, et d'autre part que cette relation occupe tout le temps de la partie recevant des revenus. A contrario, le Professeur Dockès considère qu'il peut y avoir une dépendance économique lorsque qu'une partie en tire une part relativement faible de ses revenus. ¹⁰⁹

Au début du XXIème siècle, il y a eu des réflexions sur la notion de salarié en s'intéressant notamment à la notion de dépendance économique. En effet, jusqu'à cette date le salarié est défini comme soumis à son employeur par un lien de subordination portant sur l'exercice du pouvoir lui-même. ¹¹⁰ Il s'est alors posé la question de savoir si la notion de dépendance économique pouvait définir le contrat de travail et ainsi entraîner la qualité de salarié. Cette solution fût écartée par l'arrêt Bardou en date du 6 juillet 1931 ¹¹¹ qui rejette la notion de dépendance économique comme critère de définition du contrat de travail.

¹⁰⁵ Dictionnaire Larousse

¹⁰⁶ C. Radé, « Des critères du contrat de travail, Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », Droit Social 2013, Dalloz, p.202

¹⁰⁷ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020 33ème édition, p269

¹⁰⁸ E. Jeanssen, Fasc. 17-1 : SALARIAT. – Définition, Date du fascicule : 1er Février 2016, Date de la dernière mise à jour : 22 Janvier 2019,

¹⁰⁹ « La dépendance économique peut toucher celui qui ne tire d'une relation qu'une part relativement faible de ses revenus ». E. Dockès, « Notion de contrat de travail ». Semaine Sociale Lamy, n°1494, 30 mai 2011

¹¹⁰ T. Lahalle, « Le salarié » dans « Notions et normes en droit du travail », sous la direction de Bernard Teyslié, Editions Panthéon-Assas, 2016

¹¹¹ Cass. Civ. 6 juillet 1931, Arrêt Bardou, DP, 1931, 1, 121, note P.Pic

Ainsi, ce serait la subordination juridique qui serait un critère de qualification du contrat de travail. Cependant, la subordination juridique des siècles précédents n'est plus la même de celle d'aujourd'hui et sera sûrement différente de celle à venir. C'est pourquoi, comme l'a évoqué le Professeur Radé, il convient de se questionner sur le point de savoir si les critères de qualification du contrat de travail sont encore adaptés à la réalité économique et sociale actuelle.¹¹²

§2 : Une éventuelle évolution ?

42. De nos jours, la relation de travail entre un salarié et un employeur n'est plus la même et cela notamment car le travail a lui-même changé. Certes le travail ouvrier perdure encore, mais le travail intellectuel devient de plus en plus important. Il y a une croissance de métiers dans lesquels une indépendance est nécessaire.

43. Déjà en 1995, le Professeur Ray parlait d'une inadaptation des critères traditionnels de la subordination juridique.¹¹³ Pour exprimer cela, il se fonde premièrement sur des raisons d'efficacité de la subordination. Selon lui « *mobiliser des cerveaux ne peut reposer sur le pouvoir disciplinaire* », mais aussi qu'il devient plus compliqué d'infliger une sanction à un cadre. Deuxièmement, il se fonde sur des raisons de légalité en évoquant que les libertés publiques dans l'entreprise ont conduit à adopter une subordination plus légère.

Ainsi, la subordination juridique ne paraît plus correspondre à notre temps, mais elle est toujours définie comme étant un critère pour caractériser le contrat de travail. En réalité, on pourrait soutenir que le lien de subordination existe mais en dehors du contrat de travail tel affirmé par le Professeur Radé¹¹⁴ et Monsieur Boubli.¹¹⁵ Autrement dit, la subordination juridique ne constituera pas un critère du contrat de travail, elle en serait un effet pour reprendre le raisonnement antérieur.

44. Pour illustrer que le lien de subordination n'est plus dans le contrat de travail, Monsieur Boubli s'appuie sur le fait que le salarié peut négocier les conditions de son engagement mais qu'en réalité les facteurs déterminants, lors de la négociation, se trouvent hors du contrat de travail, de la relation entre un employeur et un salarié. Il énonce que certes il existe des modalités d'exécution des obligations contractuelles mais que celles-ci ne peuvent caractériser une subordination juridique et qu'on retrouve cela dans divers autres contrats. Monsieur Boubli s'interroge également sur « *la résistance du lien de subordination juridique à l'épreuve du télétravail* ».¹¹⁶ En effet, l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction, de contrôle et de sanction semble plus compliqué lorsque le salarié n'exerce pas son travail au sein de l'entreprise. Et enfin, il remet en cause le critère du lien de subordination du fait que l'employeur ne peut plus modifier seul le contrat de travail, son pouvoir de direction ne se trouve pas tant dans le contrat de travail mais davantage dans les conditions de travail qu'il peut modifier unilatéralement.

¹¹² C.Radé, « Des critères du contrat de travail, Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », Droit Social 2013, Dalloz, p.202

¹¹³ J-E. Ray, « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », Droit social 1995 p.634

¹¹⁴ C.Radé, « Des critères du contrat de travail, Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », Droit Social 2013, Dalloz, p.202

¹¹⁵ B. Boubli, « Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXIe siècle », Jurisprudence Sociale Lamy, N° 35, 4 mai 1999

¹¹⁶ B. Boubli, article précité

45. Partant de ce postulat, le Professeur Radé, a déterminé que le critère de l'intégration économique serait le plus adapté pour définir le contrat de travail aux côtés d'autres éléments de qualification. Il considère que « *le contrat de travail est donc à la fois le lieu d'expression des intérêts économiques de chacune des parties (flexibilité d'un côté, sécurité de l'autre) et le moyen de réaliser un projet économique commun (contribuer à une même activité économique profitable pour les deux parties)* ». ¹¹⁷ En effet, la relation entre l'employeur et le salarié s'organise autour du terme « économique ». L'employeur fournit une activité au salarié et en assume les risques économiques. Le salarié n'a pas à assumer les pertes de l'activité, l'existence d'un contrat de travail est incompatible avec les mécanismes de participation aux pertes. ¹¹⁸

46. Selon le Professeur Dockès, au regard de la jurisprudence, les notions de dépendance et de subordination sont complémentaires. Il envisage différentes hypothèses dans lesquelles un travailleur est subordonné sans être dépendant ou a contrario, il est dépendant sans être subordonné. Il démontre alors que la prépondérance de l'un permet de pallier la faiblesse de l'autre pour caractériser l'existence d'un contrat de travail. En revanche, une totale indépendance économique alors qu'il existe une subordination caractérisée exclut la qualification de contrat de travail. Il en est de même pour une absence totale de subordination alors qu'il existe une forte dépendance économique. ¹¹⁹

Pour lui, la dépendance économique ne peut être le seul critère de définition du contrat de travail. En effet, il énonce qu'« *il reste à noter qu'à la différence du pouvoir, la dépendance ne peut être qu'un lien de fait, elle ne peut être un lien de droit. Il en résulte que l'état de subordination peut être dual, mais que la subordination juridique ne le peut* ». ¹²⁰ Il propose de redéfinir la notion d'état de subordination afin d'y inclure la dépendance et l'obéissance, et ainsi en faire le critère unique de définition du contrat de travail.

47. On constate que la doctrine penchait majoritairement pour une modification des critères de définition du contrat de travail afin de l'adapter aux nouvelles formes de travail. Toutefois, par son arrêt du 4 mars 2020, ¹²¹ la Chambre sociale met fin à toutes ces questions et elle vient entériner les critères traditionnels. La Cour de cassation considère que la Cour d'Appel de Paris en janvier 2019 ¹²² a légalement justifié sa décision. Dans cet arrêt les juges du fond vont reprendre chaque élément de contexte pour en faire ressortir l'existence d'éléments de contraintes et de sanctions. Pour faire cela, les juges vont s'appuyer sur les stipulations du contrat de prestation de services, les éléments de la charte, les règles fondamentales Uber. Ainsi, les juges vont reprendre les éléments caractéristiques du lien de subordination et caractériser l'existence d'un pouvoir de direction, d'exécution de la prestation et de sanction. En caractérisant ce lien de subordination, cela permet de renverser la présomption de non salariat de l'article L.8221-6 I du Code du travail.

Le Professeur Pasquier ¹²³ expose que la subordination naît lorsqu'il y a un système de contrôle qui peut donner lieu à des sanctions. Dans l'arrêt *Take eat easy*, le

¹¹⁷ C.Radé, article précité

¹¹⁸ Cass. soc., 21 avril 1961, Publié au bulletin, Publication n°437

¹¹⁹ E. Dockès, « Notion de contrat de travail ». Semaine Sociale Lamy, n°1494, 30 mai 2011

¹²⁰ E. Dockès, « Notion de contrat de travail ». Semaine Sociale Lamy, n°1494, 30 mai 2011

¹²¹ Cass. soc., 4 mars 2020, 19-13.316

¹²² CA Paris, pôle 6, ch. 2, 10 janvier 2019, N° RG 18/08357

¹²³ « *Point n'est besoin de chercher un nouveau critère au contrat de travail. Point n'est également besoin de prétendre que les configurations de contrôle diffèrent d'une application à l'autre. Dès lors qu'un système de contrôle est assorti de mécanismes de sanction, la subordination naît, le contrat de travail apparaît. La subordination qualifiante se décline alors en deux facettes : l'une, personnelle, faite d'ordres, de directives, et*

travailleur avait des obligations de connexion à certaines périodes de la semaine et pouvait être sanctionné en cas de non connexion. A contrario, dans l'affaire Uber ce n'est pas le cas, le chauffeur qui ne se connecte pas pendant un certain moment n'est pas sanctionné, c'est pourquoi il existe un lien de subordination entre le chauffeur et la société Uber uniquement lors de la connexion à la plateforme et cela va être confirmé par la décision de la Cour de cassation.

48. Ensuite par cet arrêt la Cour de cassation dénonce la fictivité du statut du travailleur indépendant. Cela est tout à fait inédit dans une économie où le modèle du travailleur indépendant était en pleine croissance et dont les risques n'étaient pas mesurés. Certes, cela permet davantage de souplesse mais de l'autre côté il y a des inconvénients pour ces travailleurs qui ne sont pas protégés notamment en cas d'accident durant l'exécution de leur prestation.

49. Le doyen à la Chambre sociale de la Cour de cassation, Jean-Guy Huglo¹²⁴ affirme à propos de cet arrêt que la dépendance économique a clairement été écartée comme critère de définition du contrat de travail mais également comme indice. Il explique cela par la notion de travailleur définie par la CJUE¹²⁵ qui est « *une notion autonome qui correspond à notre définition du lien de subordination juridique* ». Si la Cour de cassation avait changé de position, il y aurait eu deux critères qui auraient coexisté : d'un côté, celui de la notion de travailleur et donc de subordination juridique, de l'autre côté le critère de la dépendance économique. La seconde explication est celle de la décision du Conseil constitutionnel précitée venant préserver le lien de subordination juridique. Jean-Guy Huglo affirme ensuite « *Il me semble à cet égard que les critères de la subordination juridique sont désormais figés et n'évolueront pas du fait des contraintes résultant de l'application du droit de l'Union européenne et de la décision du Conseil constitutionnel que je viens d'évoquer.* »¹²⁶ Ainsi, c'est le droit du travail le plus classique qui est appliqué et dont les questions quant à sa définition avec les nouvelles formes de travail sont résolues. Il devenait nécessaire de se positionner sur le sort des travailleurs de ce type de plateforme qui en réalité semblait encore plus subordonné qu'un salarié.

Le contrat de travail est un élément essentiel dans la relation entre un employeur et un salarié, cependant il y a également les conventions collectives qui occupent une place importante.

Chapitre 2 : L'importance croissante de la négociation collective

La négociation collective a pris une place croissante au XXI^{ème} siècle (section 1). Elle va aboutir à la conclusion d'accords qui vont s'imposer au sein de l'entreprise de sorte qu'il a été nécessaire d'articuler les accords collectifs avec les contrats de travail et les autres engagements pris par l'employeur (section 2).

de sanction ; l'autre, managériale, faite de contrôle, d'évaluation et de sanction. Entre les deux, pas de différence de nature, mais de manière de faire » T. Pasquier « Les plateformes numériques dans la tourmente : À propos de l'arrêt Uber rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 janvier 2019 », Semaine Sociale Lamy, n°1845, 21 janvier 2019

¹²⁴ Jean-Guy Huglo, doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation : « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », Semaine Sociale Lamy, N° 1899, 16 mars 2020

¹²⁵ Dans les directives du 4 novembre 2003 (n° 2003/88 sur le temps de travail) et du 12 juin 1989 (n° 89/391 sur la sécurité et la santé au travail),

¹²⁶ Jean-Guy Huglo, doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation, article précité

Section 1 : La place importante de la négociation collective

La négociation collective a évolué avec les lois (§1), elle s'est développée progressivement et porte aujourd'hui sur des thèmes fondamentaux (§2). Elle a pris une place essentielle au sein des entreprises et cela s'exprime tout particulièrement par le dialogue social (§3).

§1 : L'évolution de la négociation collective avec les lois

50. Traditionnellement, la négociation collective s'effectue entre les organisations patronales et les organisations syndicales. La conclusion de conventions collectives est née de la pratique dans le but de restaurer sur le plan collectif, un équilibre dans la relation entre l'employeur et le salarié, afin de compenser l'inégalité économique et juridique qui résulte du contrat de travail.¹²⁷ Cependant, en France, la négociation collective se heurtait au principe d'effet relatif des contrats¹²⁸ du droit civil selon lequel un contrat ne peut créer d'obligations qu'entre les parties à ce dernier. C'est la raison pour laquelle l'importance de la négociation collective est arrivée tardivement et s'est faite progressivement.

51. Le point de départ du changement aura lieu avec les réformes Auroux de 1982 qui avaient pour objectif de renforcer la protection des salariés et de leurs représentants. L'idée de ces lois étaient de privilégier la négociation collective et le dialogue social entre l'employeur et les représentants du personnel afin qu'ils trouvent un équilibre pour atteindre « *une performance globale* ». ¹²⁹ En matière de négociation collective, ce sera la loi du 13 novembre 1982¹³⁰ qui sera fondamentale puisqu'elle va introduire dans le Code du travail, une obligation annuelle de négocier dans l'entreprise sur les salaires, sur la durée effective et sur l'organisation du temps de travail. Cette obligation est prévue tant au niveau de la branche qu'au niveau de l'entreprise. En effet, il existe différents niveaux de négociation collective. Dans un premier temps, les conventions collectives s'étaient développées au niveau de la branche, il s'agit de négociations collectives entre des organisations représentatives des salariés et des employeurs qui appartiennent à une même branche d'activité, ils opèrent sur le même marché.¹³¹ Il y a également les accords nationaux interprofessionnels qui avaient une place importante. Ils visent l'ensemble des branches et des entreprises sur le territoire. Ensuite il y a les conventions collectives conclues au niveau d'une profession et ainsi s'appliquent à une catégorie spécifique de salariés. Et enfin, il y a des conventions conclues au niveau de l'entreprise qui, nous le verrons ensuite, prennent désormais une place prépondérante.

La troisième loi Auroux de 1982 précitée, apporte une autre innovation essentielle permettant de conclure au niveau de l'entreprise, des accords qui sont dérogoratoires aux dispositions plus favorables des conventions collectives et des accords de branche ou interprofessionnels. Avant cette date, la négociation collective était marquée par la prédominance du principe de faveur en vertu duquel la « *négociation collective ne peut intervenir que pour apporter des garanties supplémentaires par rapport à la loi* ». ¹³² Ce

¹²⁷ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020 33ème édition, p.1595

¹²⁸ Article 1199 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations

¹²⁹ C. Gary « Les lois Auroux : 30 ans après ... » dans les Relations avec les représentants du personnel, Editions Tissot, 2012

¹³⁰ Loi n°82-957, 13/11/1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail

¹³¹ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020 33ème édition, p.1596.

¹³² « Etude 100 – L'évolution du droit à la négociation collective », « 100-9 L'ordonnance du 16 janvier 1982 et la loi du 13 novembre 1982 », Lamy Négociation Collective, 2014

principe de faveur organise l'articulation en cas de conflit entre les normes du droit du travail. C'est une règle spécifique à ce domaine et qui diffère de l'articulation traditionnelle des normes en droit français ; celle de la pyramide de Kelsen. En effet, selon le juriste Kelsen, il y aurait des étages de normes juridiques et la cohérence entre ces normes serait assurée par la conformité de chacune d'elles à celles qui lui sont supérieures. En appliquant le principe de faveur, en cas de conflit entre deux normes, il est possible d'appliquer la plus favorable aux salariés bien qu'elle soit inférieure hiérarchiquement. Toutefois, ce principe n'a pas une valeur constitutionnelle de sorte qu'il peut être écarté par le législateur. A ce titre, des exceptions ont été prévues c'est-à-dire que des normes vont pouvoir déroger à d'autres normes dans un sens qui n'est pas plus favorable aux salariés.

52. Par la suite, l'importance de la négociation collective s'accroît et cela se traduit au regard des lois dont elle sera le sujet. Cela montre d'une part sa présence et d'autre part qu'elle est encadrée.

53. Une seconde loi importante en matière de négociation collective est celle du 4 mai 2004¹³³. Cette loi est consacrée au dialogue social, à la négociation collective et aux conventions et accords collectifs. Selon le Professeur Radé¹³⁴, la loi a une ambition à la fois limitée puisqu'elle ne modifie pas les rapports existants entre la loi et les conventions collectives, ni les rapports entre les conventions collectives et les contrats de travail. Mais en même temps elle a une ambition réelle, elle va rechercher un nouvel équilibre au sein de la négociation collective en légitimant davantage les syndicats et ainsi permettre « *de faire confiance aux négociateurs* ». ¹³⁵ De plus, la loi de 2004 va rechercher une meilleure efficacité de la négociation collective en permettant à de nouveaux acteurs d'y accéder. Les accords d'entreprises vont pouvoir déroger aux dispositions des accords de branche ou professionnels. Cependant la portée reste limitée car les modalités dérogatoires de négociation restent à la volonté des partenaires sociaux de ces dernières, ainsi, le contrôle de la branche ou de la profession reste important.

54. Une troisième loi fondamentale en matière de négociation collective est celle du 20 août 2008.¹³⁶ Cette loi comporte deux parties, une consacrée aux règles de la représentativité des organisations syndicales et à leur financement, et une seconde consacrée à la réforme du temps de travail. S'agissant de la première, cette loi s'articule autour de trois points essentiels.¹³⁷ Tout d'abord la loi renforce la légitimité des organisations syndicales de salariés en prenant en compte pour déterminer leur représentativité, l'audience aux élections professionnelles. Ensuite, elle permet aux syndicats qui n'ont pas encore fait la preuve de leur représentativité mais qui remplissent certains critères, de s'implanter dans les entreprises. Et enfin, elle attribue une plus grande légitimité aux accords collectifs avec le renforcement du principe majoritaire.

55. Sur la même lignée, la loi du 5 mars 2014¹³⁸ poursuit son action et continue de consolider la légitimité des parties à la négociation collective en réformant les règles de

¹³³ Loi n° 2004-391, 4/05/2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social

¹³⁴ C. Radé, « La réforme de la négociation collective après la loi du 4 mai 2004 : le changement dans la continuité », Lexbase Hebdo, Edition sociale, n°120, mai 2004

¹³⁵ C. Radé, article précité

¹³⁶ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

¹³⁷ « Représentativité des syndicats », Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville

¹³⁸ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale

représentativité patronale.¹³⁹ En 2015, la loi Rebsamen¹⁴⁰ aura pour objectif de simplifier le processus de négociation en entreprise ainsi que de favoriser le dialogue social dans le but d'améliorer les performances de l'entreprise.

56. Un an après, la loi Travail¹⁴¹ vient modifier en profondeur le Code du travail et vient favoriser le recours à la négociation collective. Cette loi vient notamment instituer une nouvelle règle en entreprise qui est celle de la négociation par accord majoritaire dans le cadre de la préservation ou le développement de l'emploi, pour la durée du travail, et tout autre domaine.

57. Comment évoquer l'évolution de la négociation collective sans parler des ordonnances du 22 septembre 2017 prises dans le cadre de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017.¹⁴² Les cinq ordonnances vont venir bouleverser en particulier quatre pans du droit du travail que sont la négociation collective, la signature des accords dans les petites entreprises, la rupture du contrat de travail ainsi que la fusion des institutions représentatives du personnel. Ces ordonnances sont le prolongement de la loi Travail de 2015. En effet l'ordonnance n°1¹⁴³ fait de la négociation d'entreprise, le pilier de la négociation collective. La réforme vient inverser la hiérarchie des normes pour favoriser la négociation correspondant au plus près des besoins de l'entreprise et des salariés.¹⁴⁴ Une place prépondérante est accordée aux accords d'entreprises sur plusieurs thématiques sociales comme nous aurons l'occasion de l'étudier par la suite.

Au travers de ces différentes réformes, le constat est simple, la négociation collective a pris de l'ampleur et est désormais essentielle en droit du travail d'autant plus que cette dernière porte sur des thèmes fondamentaux.

§2 : La négociation collective portant sur des thèmes fondamentaux

58. La signature d'un accord d'entreprise « a acquis une importance croissante avec la montée en puissance de la négociation d'entreprise, régulièrement nourrie de nouveaux thèmes depuis l'institution de la Négociation annuelle obligatoire par la loi du 13 novembre 1982 ». ¹⁴⁵ La négociation prend une place de plus en plus importante et cela est démontré au regard des thèmes sur lesquels elle porte. De manière générale, la négociation interprofessionnelle est en baisse ces dernières années tandis que la négociation au niveau de la branche et en entreprise augmentent. C'est pourquoi, il convient en particulier d'aborder la négociation collective de branche ainsi que d'entreprise qui sont très utilisées. A titre d'illustration, en 2018, il y a une nouvelle progression de 10% des accords de branche signés. Cette augmentation s'inscrit dans la

¹³⁹ A. Teissier, « Les partenaires sociaux » dans « Notions et normes en droit du travail », sous la direction de B. Teyssié, Editions Panthéon-Assas, 2016

¹⁴⁰ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

¹⁴¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, Droit du travail France, Portail Juridique, Informations en droit du travail

¹⁴² Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. Cette loi vise à préciser les grands objectifs et les différents thèmes sur lesquels porteront les ordonnances visant à renforcer le dialogue social

¹⁴³ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective

¹⁴⁴ « La liste des cinq ordonnances Macron : détail et informations », Site internet « cse-guide.fr »

¹⁴⁵ S. Bérout, K. Yon, M. Dressen, M. Gantois, C. Guillaume, D. Kesselman, « La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique », Rapport de recherche, Février 2011

tendance qui existe depuis 2013.¹⁴⁶ Toutefois on peut constater une forte conclusion des accords de branche au niveau national puisqu'ils représentent près de 74% des textes conclus, a contrario, les textes départementaux et locaux sont en baisse.

59. Concernant les thèmes de la négociation collective de branche, il convient d'énumérer les principaux. Tout d'abord il y a le thème des salaires qui reste stable par rapport à l'année de 2017. Ensuite il y a les conditions de conclusion des accords qui portent sur des domaines structurant de la négociation collective. La hausse de ce thème est due à la loi Travail de 2016 qui prévoit la mise en place d'une commission permanente paritaire de négociation et d'interprétation, par accord ou convention dans chaque branche. De plus, les missions de cette commission doivent être précisées. C'est la raison pour laquelle ce thème est important, car soit les branches créent la commission soit elles adoptent leurs dispositions.¹⁴⁷ Puis on retrouve une hausse tant dans le domaine de l'égalité professionnelle que de la formation professionnelle et de l'apprentissage.

Ensuite, le bilan et le rapport recensent une légère baisse de trois thèmes que sont la protection complémentaire retraite et prévoyance, le temps de travail et le contrat de travail. S'agissant de la baisse du temps de travail cela serait dû au nouvel équilibre en matière de durée du travail entre l'accord d'entreprise et l'accord de branche. Pour le thème du contrat de travail, la baisse s'explique notamment par la baisse des deux thèmes précédents.

60. S'agissant de la négociation d'entreprise, celle-ci est devenue essentielle pour les entreprises car elle leur permet de définir des normes collectives qui sont adaptées à leurs spécificités et à leurs besoins. La place de la négociation d'entreprise s'est renforcée depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017 qui établit la primauté de l'accord d'entreprise.

61. En 2018, les principaux thèmes de négociation au niveau de l'entreprise sont au premier rang la participation, l'intéressement, l'épargne salariale qui représentent plus de 14 000 des accords conclus avec les représentants du personnel sur le total de 46 598. Ensuite on a 12 033 accords conclus sur le thème des salaires et primes et 10 770 sur le temps de travail. Ce dernier, bien qu'il constitue une baisse des accords conclus au niveau de la branche, reste très conséquent au niveau de l'entreprise et 60% des accords traitent de l'aménagement du temps de travail.¹⁴⁸

En termes de fréquence, lorsque l'on prend les accords conclus avec des élus du personnel, mandatés ou non, ou des salariés mandatés et que l'on prend les textes ratifiés par voie de référendum ; le thème le plus abordé est l'épargne salariale et le second est le temps de travail.

62. Tous ces thèmes sont importants pour l'organisation et les conditions de travail. Cependant ces thèmes ne sont pas anodins puisque la loi impose d'une part des thèmes obligatoires qui doivent être négociés tant au niveau de la branche et professionnel, que de l'entreprise. D'autre part, elle impose une périodicité des négociations pouvant être annuelle, triennale ou quinquennale.¹⁴⁹ Plus précisément, il y a une obligation annuelle de négociation sur le thème des salaires au niveau de la branche

¹⁴⁶ « La négociation collective en 2018 », Bilan & Rapports, Edition 2019, Ministère du Travail, Direction générale du travail, Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques

¹⁴⁷ Référence précitée « La négociation collective en 2018 », Bilan & Rapports, Edition 2019

¹⁴⁸ « La négociation collective en 2018 », Bilan & Rapports, Edition 2019, Ministère du Travail, Direction générale du travail, Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques

¹⁴⁹ Articles L2241-1 et suivants du Code du travail

et au niveau professionnel.¹⁵⁰ En matière de négociation d'entreprise il y a une obligation annuelle de négociation sur le thème des salaires et sur la durée du travail¹⁵¹ ainsi que sur le thème de prévoyance maladie.¹⁵² Existe également le thème de l'épargne salariale¹⁵³, celui de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.¹⁵⁴ Puis s'ajoute le thème de la négociation des conditions de travail et de la gestion prévisionnelle des emplois au niveau de la branche et professionnelle¹⁵⁵ et la gestion prévisionnelle des emplois et la prévention des conséquences des mutations économiques au niveau de l'entreprise.¹⁵⁶ On trouve également le thème de l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés.¹⁵⁷ Le thème de la formation professionnelle des salariés pour négocier sur les priorités, les objectifs et les moyens¹⁵⁸ et enfin sur les classifications.¹⁵⁹

Tous ces thèmes font l'objet de négociations obligatoires à des périodes déterminées. Cependant, il est possible de prévoir des périodes plus courtes. Une négociation peut être engagée « à l'initiative de l'employeur ou à la demande d'une organisation syndicale représentative ». ¹⁶⁰ On parle d'un agenda social dans lequel sera déterminé la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation prévues dans l'entreprise.

§3 : *Le dialogue social au cœur des entreprises*

63. « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » comme l'affirme le Préambule de la Constitution de 1946.¹⁶¹ Le salarié de nos jours est celui qui participe à la vie active dans l'entreprise, qui est consulté dans le but d'améliorer les performances de l'entreprise. Cet objectif passe par ce que l'on appelle le dialogue social en entreprise.

L'idée d'ouvrir la voie au dialogue social commence en 1982 avec les lois Auroux. Par la suite il y a les lois du 4 mai 2004¹⁶² et du 20 août 2008¹⁶³ sur la promotion du dialogue social. Ensuite, ce sera notamment la loi de 2015 précitée¹⁶⁴ qui aura pour objectif de favoriser le dialogue social au cœur des entreprises. Selon l'Organisation Mondiale du Travail, « *le dialogue social inclut principalement toutes les formes de négociation, consultation, échanges d'informations entre les représentants des*

¹⁵⁰ Article L2241-1 du Code du travail prenant en compte l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

¹⁵¹ Article L2242-8 du Code du travail

¹⁵² Article L2242-11 du Code du travail

¹⁵³ Article L2241-8 du Code du travail, négociation quinquennale au niveau de la branche et professionnelle et négociation annuelle au niveau de l'entreprise, article L2242-12 du Code du travail

¹⁵⁴ Article L2241-3 du Code du travail négociation triennale au niveau de la branche et pour la négociation d'entreprise articles L2242-5 et suivants du Code du travail

¹⁵⁵ Article L2241-4 du Code du travail, obligation triennale au niveau de la branche et professionnelle

¹⁵⁶ Articles L2242-15 et suivants du Code du travail, obligation triennale au niveau de la négociation d'entreprise

¹⁵⁷ Article L2241-5 du Code du travail, obligation de négociation triennale au niveau de la branche et annuelle au niveau de l'entreprise, article L2242-13 du Code du travail

¹⁵⁸ Article L2241-6 du Code du travail, obligation triennale pour la négociation de branche et professionnelle

¹⁵⁹ Article L2241-7 du Code du travail, obligation quinquennale en matière de négociation de branche et professionnelle

¹⁶⁰ « Dialogue social, sur quoi et avec qui négocier votre entreprise », Ministère du Travail, décembre 2018

¹⁶¹ Alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

¹⁶² Loi n° 2004-391, 4/05/2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social

¹⁶³ Loi n° 2008-789, 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

¹⁶⁴ Loi n° 2015-994, 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

gouvernements, des employeurs et des travailleurs sur des questions d'intérêt commun liées à la politique économique et sociale ». ¹⁶⁵ Ce dialogue social peut être de forme tripartite c'est-à-dire avec le gouvernement, avec les organisations des employeurs et des travailleurs, ou alors il peut être de forme bipartite avec les organisations des employeurs et des travailleurs. En entreprise, on retrouve notamment la deuxième forme de dialogue social entre le dirigeant et les représentants du personnel au sein des instances représentatives du personnel. ¹⁶⁶ Depuis la loi de 2015, l'objectif du dialogue social est notamment de développer une cohésion dans les entreprises ainsi que de développer chez les salariés, un sentiment d'appartenance et de loyauté à cette dernière en les impliquant dans les débats. Le but de cette implication est également d'accroître la productivité au travail. Les débats peuvent porter sur des problématiques sociales et économiques en entreprise, la stabilisation et le développement économique de l'entreprise. ¹⁶⁷ Le dialogue social a pour objectif de permettre une résolution de ces questions.

64. Pour que ce dialogue se fasse dans des conditions optimales, le dirigeant doit mettre en place les moyens et les infrastructures nécessaires au dialogue. Il est indispensable que les représentants du personnel aient accès à l'information ou encore qu'ils aient recours à des experts. Le dirigeant a un rôle quant à la circulation de l'information, à la consultation de ces représentants. Plus il y sera favorable et plus le dialogue social sera effectif.

65. Il est important de comprendre que les salariés représentent un acteur indispensable à ce dialogue qui porte en particulier sur les conditions de travail, la santé sur le lieu de travail, la sécurité des salariés ou encore la formation et l'éducation des travailleurs. Les salariés vont faire remonter l'information aux représentants, aux organisations syndicales. Ces dernières sont essentielles puisqu'elles sont les principaux intermédiaires lors des débats.

Aux côtés des organisations de travailleurs on trouve les organisations d'employeurs qui sont aussi un acteur essentiel du dialogue. En effet, elles contribuent tant au niveau du pays, notamment à atteindre les objectifs tel qu'en matière d'emploi et de niveau de vie, qu'au niveau des entreprises en permettant de renforcer les bons résultats.

Et enfin il y a l'administration du travail qui a deux rôles essentiels : ¹⁶⁸ un promoteur pour encourager et garantir une participation des partenaires sociaux, et un rôle d'acteur actif en prenant part au dialogue ou encore en y fournissant des instruments.

66. Les négociations qui ont lieu entre les acteurs peuvent aboutir à des accords. Bien qu'il y ait des négociations obligatoires comme on a pu le voir précédemment, il n'y a pas l'obligation de conclure un accord. Toutefois, lorsque la négociation aboutit à un accord, il devra remplir les conditions générales de validité d'un accord d'entreprise conclut avec des délégués syndicaux pour entrer en vigueur. Cet accord devra être déposé auprès de la DIRECCTE et un exemplaire devra être remis au greffe du Conseil de prud'hommes.

¹⁶⁵ Définition par l'Organisation Mondiale du Travail

¹⁶⁶ « Les acteurs du dialogue social en entreprise », Droit du travail.fr, Portail juridique. Informations en droit du travail

¹⁶⁷ « Les acteurs du dialogue social en entreprise », Droit du travail.fr, Portail juridique. Informations en droit du travail

¹⁶⁸ « Dialogue Social, à la recherche d'une voix commune », Bureau international du Travail

Ainsi, il existe de nombreux accords collectifs au sein des entreprises. Toutefois, il peut exister des contrats de travail ou des engagements antérieurs pris par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction. Ces actes engagent l'employeur et ils sont opposables aux salariés. Il est donc nécessaire d'articuler ces différents engagements entre eux.

Section 2 : L'articulation des différents engagements

Comme nous venons de l'aborder, la négociation collective prend une place de plus en plus importante et peut donner lieu à des accords collectifs qui s'établissent sur différents niveaux qu'il faut donc articuler entre eux mais également avec les diverses autres engagements. C'est pourquoi il convient dans un premier temps d'aborder l'accord collectif qui s'impose au contrat de travail (§1), et dans un second temps, de parler de la primauté de l'accord d'entreprise (§2).

§1 : L'accord collectif s'imposant au contrat de travail

67. Depuis l'ordonnance de 2017 qui a bouleversé la hiérarchie des normes en droit du travail, le contrat de travail s'efface devant la convention collective ce qui permet à l'employeur de s'extraire unilatéralement de certaines protections du droit du travail. Il convient de rappeler brièvement qu'avant cette ordonnance, l'articulation entre les conventions ou accords collectifs dépendait de différents facteurs tels que de l'antériorité de l'accord ou de la connaissance par le salarié du contenu, et pas uniquement du caractère plus favorable des dispositions conventionnelles.¹⁶⁹

68. Désormais, la négociation collective a davantage une fonction de gestionnaire puisqu'elle peut avoir pour but de mettre en place des règles d'organisations collectives dans l'entreprise. Cette fonction de gestionnaire est renforcée par le fait que les conventions et accords collectifs ont un caractère impératif et vont s'appliquer de manière immédiate et automatiquement au contrat de travail en cours et à venir. Dès lors que ces conventions et accords collectifs ne modifient pas le contrat de travail,¹⁷⁰ ces clauses vont s'appliquer sous réserve de dispositions plus favorables.¹⁷¹ En revanche, il faut tout de même que le pouvoir de l'employeur ne soit pas excessif envers le salarié. C'est pourquoi, à moins de dispositions légales contraires, « *une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié* ». ¹⁷² Cela semble cohérent puisque le consentement du salarié est nécessaire s'agissant d'une modification de son contrat de travail et si le contrat de travail pouvait être bouleversé par les accords collectifs, alors il n'y aurait plus réellement de contrat de travail et d'intérêt pour le salarié de négocier son contrat. Le caractère impératif des accords collectifs est d'autant plus marqué du fait

¹⁶⁹ F. Favennec « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Semaine Sociale Lamy, N° 1643, 15 septembre 2014

¹⁷⁰ « Pour autant qu'elles ne modifient pas le contrat de travail, les nouvelles dispositions conventionnelles ont vocation à s'appliquer immédiatement à tous les contrats individuels de travail en cours d'exécution ou à venir ». « 91- Accord collectif et contrat de travail », Le Lamy social, 2019

¹⁷¹ Article L2254-1 du Code du travail

¹⁷² Cass. soc., 14 septembre 2016, n°15-21.794, Publié au bulletin ; Cass. soc., 10 février 2016, n°14-26.147, Publié au bulletin

que le salarié ne peut renoncer aux droits qu'il tient de l'accord collectif, par le biais du contrat de travail.¹⁷³

69. L'accord collectif s'impose aux contrats de travail mais ils ne se cumulent pas. En effet, si les stipulations contractuelles et conventionnelles portent sur le même objet et qu'elles ont la même cause, elles ne pourront pas se cumuler, il faudra alors déterminer l'objet de chaque avantage.¹⁷⁴

70. Ainsi, l'impact de la négociation collective peut être important sur le contrat de travail. L'article L2254-2 du Code du travail en est une illustration puisqu'il est possible pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, ou pour préserver, développer l'emploi, de conclure un accord de performance collective. Ce dernier porte sur des éléments essentiels au contrat du travail tel que la durée du travail, la rémunération, les conditions de la mobilité professionnelle qui ne peuvent être modifiées sans le consentement du salarié. Le grand III de l'article précise que le salarié peut refuser mais il pourra être licencié par l'employeur pour une cause réelle et sérieuse.

S'agissant des accords collectifs, ce sera en particulier l'accord d'entreprise qui se voit reconnaître un rôle essentiel puisqu'il permet une négociation de proximité. De ce fait, il convient d'approfondir l'importance qui lui est accordée.

§2 : La primauté de l'accord d'entreprise

71. La loi Travail de 2016, en bouleversant la hiérarchie des normes, consacre la primauté de l'accord d'entreprise (qu'il soit d'établissement, d'entreprise, de groupe et interentreprises) et cela notamment dans les rapports avec la branche. Dans les rapports entre accord de branche et accord d'entreprise, il y a trois règles.¹⁷⁵ La première règle est celle de la primauté de l'accord d'entreprise même moins favorable. La seconde est celle de la règle des garanties équivalentes quand l'accord d'entreprise entre en concours avec le bloc 1 et 2. Le bloc 1 comprend treize domaines pour lesquels l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise à moins que l'accord d'entreprise ne soit plus favorable. Le bloc 2 comprend quatre thèmes facultatifs que l'accord de branche peut venir « verrouiller ». Et enfin, la troisième règle est celle de la liberté de prévoir des dispositions plus favorables que la branche. La faveur est une faculté.

L'accord d'entreprise caractérise une négociation collective de proximité, au sein même de l'entreprise et, de par sa primauté, cela renforce l'insertion des salariés dans l'entreprise puisqu'ils constituent un acteur essentiel.

72. Cette primauté de l'accord d'entreprise existe aussi dans les rapports avec les accords atypiques. Les accords atypiques sont des accords conclus entre l'employeur et des représentants élus du personnel sans le respect des règles relatives à la négociation collective. Ils sont considérés par la jurisprudence comme des engagements de l'employeur qui sont opposables aux salariés tant que l'employeur ne les a pas dénoncés.¹⁷⁶ Ainsi, les accords atypiques peuvent apporter des avantages supplémentaires aux salariés par rapport à la loi ou au statut collectif.

¹⁷³ Cass. soc., 30 mai 2000, n°98-40.085, Publié au bulletin ; « *Un salarié ne peut valablement renoncer, pendant la période d'exécution du contrat de travail, aux droits qu'il tient d'une convention collective ou d'un accord collectif* » Cass. soc., 1^{er} juin 1999, n° 96-44.955, Publié au bulletin

¹⁷⁴ « 91- Accord collectif et contrat de travail », Le Lamy social, 2019

¹⁷⁵ A. Bugaga, « Les différents niveaux de négociation d'entreprise », Les cahiers du DRH, N°259, 1^{er} décembre 2018

¹⁷⁶ Cass. soc., 23 octobre 1991, n°88-41.661, Publié au bulletin

73. S'agissant des décisions unilatérales de l'employeur, elles ont par principe une force obligatoire sauf si elles sont illicites, contraires à une disposition d'ordre public. Les salariés peuvent se prévaloir des dispositions plus avantageuses prises par l'employeur. Il en est de même « *lorsque la décision unilatérale de l'employeur est plus favorable que les accords collectifs applicables dans l'entreprise* ». ¹⁷⁷ Cependant, si un accord collectif est conclu après un engagement de l'employeur et qu'il porte sur le même objet, cet accord a pour effet de mettre fin à l'engagement unilatéral. ¹⁷⁸ Cela vaut que ce soit pour un engagement unilatéral, un usage ou un accord atypique. Ils cesseront automatiquement peu important qu'il ait été ou non préalablement dénoncé. ¹⁷⁹ L'accord d'entreprise est un accord collectif et montre encore sa primauté face aux engagements.

Lorsque les salariés vont être liés par un contrat de travail ils devront respecter de façon classique les termes dudit contrat ainsi que les conventions et accords collectifs de l'entreprise. Par ces engagements les employeurs vont exercer leurs pouvoirs et ils pourront notamment les adapter. En effet, le XXI^{ème} siècle est marqué par l'entrée des nouvelles technologies dans le monde du travail, la compétitivité est un but encore plus recherché. Les employeurs ont du s'acclimater aux changements.

Titre 2 : L'évolution des pouvoirs de l'employeur se modernisant au gré de la société actuelle

Etre employeur nécessite d'avoir des pouvoirs pour encadrer les salariés et leur activité. A ce titre il dispose d'un pouvoir dans des formes traditionnelles qui s'exerce à toute époque (chapitre 1) et dans cette ère du XXI^{ème} siècle, de nouvelles formes de pouvoir vont se développer (chapitre 2) afin de s'adapter aux changements de ce siècle.

Chapitre 1 : Les formes traditionnelles du pouvoir de l'employeur

Pour exercer son pouvoir cela va passer tout d'abord par le contrat de travail (section 1), mais également par d'autres engagements qui vont lui permettre d'exercer son pouvoir de direction (section 2).

Section 1 : Le pouvoir de l'employeur au regard du contrat de travail

Comme toute relation de nature contractuelle, il va être possible d'aménager le contrat de travail en fonction des attentes des parties, c'est un outil d'individualisation (§1). Cependant, avec le contrat de travail, le pouvoir de l'employeur va varier selon que le consentement du salarié soit nécessaire (§2).

§1 : Le contrat de travail comme outil d'individualisation

74. Le contrat de travail est un « *instrument d'individualisation de la relation de travail par l'insertion de clauses particulières* ». ¹⁸⁰ En effet, c'est avant tout un contrat de sorte que les parties peuvent le négocier, aménager leur relation contractuelle. C'est notamment un moyen pour le salarié, de faire valoir ces droits, d'aménager les

¹⁷⁷ « 133- Force obligatoire de la décision unilatérale de l'employeur », Le Lamy social, 2019

¹⁷⁸ Cass. soc., 8 mars 2017, 15-25.463, Inédit

¹⁷⁹ Exemple concernant un engagement unilatéral Cass. soc., 10 mars 2010, n° 08-44.950

¹⁸⁰ C. Vigneau, « Contrat et individualisation dans la relation du travail », 33^{ème} colloque de droit social, Le droit ouvrier, 2009

conditions d'exécution de sa prestation de travail, de son contrat de travail en négociant par exemple sa rémunération, la durée du travail, le lieu de travail.

Cet acte juridique unissant l'employeur et le salarié donne la possibilité d'aménager spécifiquement la condition « *de chaque salarié par rapport à ces collègues* »¹⁸¹ ce qui donne la faculté à l'employeur de traiter directement avec chacun de ses salariés.¹⁸²

Cependant, bien que le contrat de travail permet une individualisation laissant penser que le salarié puisse aisément négocier son contrat ; l'aménagement qui en résulte reste en général inégal et dans l'intérêt de l'employeur. Les employeurs utilisent des clauses particulières qui vont être appliquées à plusieurs salariés. Cela vient tempérer le caractère d'individualisation du rapport salarial et renforce la contractualisation de certains rapports de travail.

75. Toutefois, pour préserver l'intérêt du salarié, il y a des dispositions relevant de l'ordre public social absolu qui ne pourront faire l'objet d'aucune dérogation. Cela permet d'éviter des abus dans cette négociation inégalitaire. Il existe également un ordre public social relatif pour lequel une dérogation est possible au regard de la règle de l'avantage le plus favorable.

Une fois que le contrat de travail a été conclu, selon le point de modification, il sera possible de le modifier par consentement mutuel des parties ou par une modification unilatérale de l'employeur.

§2 : Le pouvoir de l'employeur et le consentement du salarié

76. Pour savoir si le consentement du salarié est requis, il faut distinguer d'une part la modification du contrat de travail qui nécessite le consentement du salarié, et d'autre part les conditions de travail qui peuvent faire l'objet d'une modification unilatérale par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction. Cela lui permet d'aménager l'organisation du travail.

Toutefois cette distinction n'a pas toujours eu lieu et avant 1987, le consentement du salarié n'était pas nécessaire. En effet, l'employeur avait « *un droit de modifier unilatéralement le contrat découlant de son droit de résiliation unilatérale* ».¹⁸³ Il pouvait pour l'organisation et le bon fonctionnement de ses services, effectuer des modifications non substantielles ou essentielles au contrat de travail et cela sans engager sa responsabilité. Le salarié qui refusait une modification substantielle devait prendre acte d'une rupture imputable à l'employeur et s'il refusait une modification accessoire, alors la rupture lui était imputable.¹⁸⁴

En 1987, la Cour de cassation va effectuer un revirement de jurisprudence en décidant sous le visa de l'ancien article 1134 du Code civil relatif à la force obligatoire des contrats, que l'acceptation d'une modification du contrat de travail ne peut résulter de la poursuite par le salarié de son travail. Si le salarié refuse cette modification, c'est à l'employeur qu'il revient, s'il le souhaite, de prendre la responsabilité de la rupture du

¹⁸¹ A. Jeammaud, « La place du salarié individu dans le droit français du travail », dans *Le droit collectif du travail. Questions fondamentales-évolutions récentes. Etudes en hommage à Mme le professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 349

¹⁸² A. Jeammaud référence précitée, « La place du salarié individu dans le droit français du travail »

¹⁸³ G. De Raincourt, M. Cerdeira, S. Rioche, « Fasc. 19-40 : Modification du contrat de travail », *JurisClasseur Travail Traité*, 10 fév. 2020

¹⁸⁴ Cass. soc., 22 octobre 1975, 75-40.255, Publié au bulletin

contrat de travail.¹⁸⁵ On comprend qu'il faut l'accord exprès du salarié pour accepter la modification et que la poursuite du travail ne vaut pas une acceptation présumée.

Par la suite, un arrêt de 1996 va venir distinguer la modification du contrat de travail, du changement des conditions de travail.¹⁸⁶ L'arrêt précise que le refus par le salarié d'un changement des conditions de travail constitue en principe une faute grave du salarié pour laquelle l'employeur peut sanctionner par un licenciement. Cet arrêt vient distinguer ce qui relève du contractuel tombant sous la disposition de l'ancien article 1134 du Code civil, de ce qui relève du pouvoir de direction de l'employeur. Par la suite, les juges du fond ont dû déterminer d'un côté ce qui faisait partie des conditions de travail et de l'autre celles du contrat de travail.

77. S'agissant de la modification du contrat de travail, c'est ce que contient le contrat de travail mais également les éléments essentiels de la relation tels que la durée de travail,¹⁸⁷ l'horaire de travail comme le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit,¹⁸⁸ ou encore sa rémunération.¹⁸⁹ Pour ce qui concerne les fonctions du salarié, la modification des fonctions constitue une modification du contrat de travail, cependant la modification s'apprécie au regard des fonctions réellement exercées.¹⁹⁰ Constitue également une modification du contrat de travail, l'employeur qui vient diminuer les responsabilités et les prérogatives attribuées au salarié.¹⁹¹

Pour le lieu de travail, la Cour de cassation affirmait que la mention dans le contrat n'avait seulement « *valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* ». ¹⁹² Selon la jurisprudence, le lieu de travail « *sous réserve de l'identifier à un secteur géographique, constitue, en principe, un élément du contrat de travail* ». ¹⁹³ De plus la Cour de cassation laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond, le soin d'apprécier si le changement intervient ou non dans le même secteur géographique. ¹⁹⁴

78. Concernant le changement des conditions de travail, ce sont des éléments extérieurs au contrat de travail qui relèvent du pouvoir de direction de l'employeur. Il y a par exemple le changement d'horaires,¹⁹⁵ la répartition des horaires de travail¹⁹⁶ sous réserve que cela ne modifie pas la rémunération. Il y a aussi la rémunération pour sa partie non contractualisée ou encore, comme dit précédemment, le lieu de travail qui se situe dans la même zone géographique que le précédent.

Puisqu'un changement des conditions de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur, le refus du salarié est de nature à caractériser une faute, voir une faute grave. Ce refus ne sera pas légitime sauf à démontrer que le changement porte une atteinte excessive au respect de la vie personnelle et familiale ou au droit au repos du

¹⁸⁵ Cass. soc., 8 octobre 1987, 84-41.902 84-41.903, Publié au bulletin

¹⁸⁶ Cass. soc., 10 juillet 1996, 93-41.137, Publié au bulletin

¹⁸⁷ Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70.853, Inédit

¹⁸⁸ Cass. soc., 22 mai 2001, 99-41.146, Publié au bulletin. Ou inversement, le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour nonobstant la clause de variabilité des horaires insérée dans le contrat de travail, Cass. Soc., 18 décembre 2001, pourvoi n° 98-46.160

¹⁸⁹ Cass. soc., 28 janv. 1998, n° 95-40.275, Publié au bulletin

¹⁹⁰ Cass. soc., 9 mars 2017, n° 15-28.431, Inédit

¹⁹¹ Cass. soc., 6 avril 2011, 09-66.818, Publié au bulletin

¹⁹² Cass. soc., 26 octobre 2011, 09-71.322, Inédit

¹⁹³ M-F. Mazars, F. Géa, « Contrat de travail et norme collective », Thème n°3 ; Bulletin d'information de la Cour de cassation, 2012

¹⁹⁴ Cass. soc., 16 décembre 1998, 96-40.227, Publié au bulletin

¹⁹⁵ Cass. soc., 2 février 1999, 96-42.831, Publié au bulletin

¹⁹⁶ Cass. soc., 22 février 2000, 97-44.339, Publié au bulletin

salarié.¹⁹⁷ Cependant l'employeur pourra toujours démontrer que ce changement est justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché. L'employeur pourra licencier pour motif personnel¹⁹⁸ ou économique.¹⁹⁹

79. Pour les conséquences d'un refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail, l'employeur a deux possibilités. Soit il renonce à sa proposition de modification et le salarié continuera son travail sans qu'il n'y ait eu de modification de son contrat, soit il engage une procédure de licenciement.²⁰⁰ Le refus du salarié ne constitue pas une faute. Le licenciement sera prononcé pour motif personnel ou économique cependant comme tout licenciement il devra être fondé sur une cause réelle et sérieuse de licenciement qui sera appréciée par les juges du fond.

Le contrat de travail n'est pas le seul instrument qui permet à l'employeur d'exercer ses pouvoirs et d'organiser la vie de l'entreprise, d'autres engagements ont un rôle important.

Section 2 : Le pouvoir de direction de l'employeur au regard des autres engagements

Le pouvoir de direction de l'employeur passe par la négociation collective (§1) ainsi que par son pouvoir normatif (§2).

§1 : Au travers de la négociation collective

80. La négociation collective permet d'inclure le salarié au sein de l'entreprise, mais elle a aussi pour conséquence d'effacer l'individu au profit du collectif. Cette négociation collective qui peut se faire à différents niveaux va venir encadrer le contrat de travail, elle va venir régir l'ensemble des conditions de travail. Comme il a été expliqué précédemment, il y a eu un renversement de la hiérarchie des normes en droit du travail de sorte que désormais le contrat de travail s'efface devant la convention collective qui a un caractère impératif, automatique et immédiat.

81. « *Le contrat de travail devient, selon la formule de G. Scelle, un acte condition déclenchant l'application d'une réglementation légale et conventionnelle impérative* ». ²⁰¹ Cette formule « d'acte condition » est ce sur lequel il convient de se questionner. En effet, dès lors qu'on conclut un contrat de travail avec un employeur, les accords collectifs vont s'appliquer aux salariés et cela sans qu'il soit nécessaire d'une part de donner son consentement, et d'autre part d'être un représentant du personnel. Les accords collectifs vont s'appliquer et vont profiter à tous les salariés. Ainsi, l'accord collectif vient régir un ensemble général qui va s'appliquer à des cas individuels, à chaque salarié.

Cela peut être perçu comme un acte-condition, que distingue le Doyen Duguit et ses disciples, des actes règles et des actes subjectifs. Ce type d'acte a pour objet l'application d'un statut général à un cas particulier. Il relève de l'administration, il s'agit d'un acte unilatéral. Le pouvoir de l'employeur fait penser à ce type d'acte puisqu'il va mettre en place des règles qui vont s'appliquer à ses salariés. Pour Monsieur

¹⁹⁷ Cass. soc., 3 novembre 2011, 10-14.702, Publié au bulletin

¹⁹⁸ Article L1232-1 du Code du travail

¹⁹⁹ Article L1233-3 du Code du travail

²⁰⁰ Cass. soc., 5 mai 2009, 07-45.031, Inédit

²⁰¹ C.Vigneau, « Contrat et individualisation dans la relation du travail », 33^{ème} colloque de droit social, Le droit ouvrier, 2009

Georges Scelle,²⁰² le contrat de travail ne serait qu'une illusion dont les effets juridiques ne seraient pas déterminés par la volonté des parties. Pour lui, la conclusion du contrat de travail entraîne une application d'un « statut » qui est institué par la loi, le règlement ou le contrat collectif. Ainsi, lorsque l'on parle de « statut » on perd ce côté individuel. Il s'appuie sur le métier d'ouvrier dans lequel selon lui, « *leur situation serait la même pour les ouvriers de la même usine, de la même profession* ». ²⁰³ Monsieur G. Scelle parlait de cela au début du XXème siècle, il estimait que l'autonomie de la volonté jouait « *un rôle de plus en plus restreint dans l'organisation du travail* ». ²⁰⁴

82. Aujourd'hui, au XXIème siècle, on peut se poser les mêmes questions. En effet, il existe bien le contrat de travail pour aménager l'organisation du travail, tant au profit de l'employeur qu'au profit du salarié. Par ailleurs, on constate également que de nombreuses règles sont déterminées par la loi, qu'il y a des accords qui viennent s'imposer au contrat de travail. Un salarié qui intègre une structure, une entreprise, que ce soit dans le secteur privé ou le secteur public, pour un travail manuel ou intellectuel, sait par avance que des règles vont s'imposer à lui sans qu'il n'ait à donner son consentement.

Cependant, il faut garder à l'esprit que certes l'employeur fait cela pour améliorer sa compétitivité, mais il n'est pas le seul acteur. L'intérêt des salariés est aussi pris en compte et les règles qui vont leur être imposées leur sont favorables. Elles permettent d'avoir des droits et de les conserver. De plus, dans une entreprise, il est normal qu'il y ait un cadre commun à tous les salariés. Si une entreprise appliquait à chaque salarié une situation totalement différente, il n'y aurait pas de cohésion, cela pourrait nuire à l'organisation du travail, des différences et des discriminations pourraient ressortir entre les salariés.

La négociation collective est un outil nécessaire pour l'employeur qui lui permet d'instaurer un cadre commun qui va s'appliquer à tous les salariés. Il dispose également d'un pouvoir normatif individuel résultant de son pouvoir de direction.

§2 : Le pouvoir normatif de l'employeur

83. L'employeur dispose de plusieurs outils pour affirmer son autorité. Il peut édicter un règlement intérieur, des engagements unilatéraux ou encore instaurer des usages au sein de son entreprise.

84. Le règlement intérieur, autrefois appelé le règlement d'atelier, est un acte unilatéral ayant une force obligatoire dont l'élaboration appartient à l'employeur, c'est un « *acte réglementaire de droit privé* ». ²⁰⁵ Il faut qu'il soit soumis à l'avis des représentants du personnel sinon il sera jugé sans effet. ²⁰⁶ Une fois arrêté, le règlement intérieur devra être affiché dans les locaux ²⁰⁷ et être déposé au greffe du Conseil de prud'hommes. ²⁰⁸ Il s'exprime par l'édiction de normes générales et permanentes dont le contenu est strictement déterminé par la loi. Le règlement doit contenir ²⁰⁹ des

²⁰² M-F. Mazars, F. Géa, « Contrat de travail et norme collective », Thème n°3 ; Bulletin d'information de la Cour de cassation, 2012

²⁰³ G. Scelle, « Le Droit ouvrier : tableau de la législation française actuelle », Librairie Armand Colin, 1922

²⁰⁴ G. Scelle, « Le Droit ouvrier : tableau de la législation française actuelle », Librairie Armand Colin, 1922

²⁰⁵ Cass. soc., 17 octobre 2018, n°17-16.465, Publié au bulletin

²⁰⁶ Cass. soc., 4 juin 1969, n° 68-40.377 Publié au bulletin

²⁰⁷ Article R.1321-1 du Code du travail

²⁰⁸ Article R.1321-2 du Code du travail

²⁰⁹ Article L1321-1 du Code du travail

dispositions en matière de santé, de sécurité et de discipline. Il doit également rappeler²¹⁰ les droits de la défense, les dispositions du Code du travail relatives à l'harcèlement moral et aux agissements sexistes. Depuis 2016,²¹¹ le principe de neutralité peut être inscrit dans le règlement intérieur.²¹² Par ailleurs, certaines dispositions sont interdites tel énoncé aux alinéas 1 et 2 de l'article L122-35 du Code du travail.

Ce que l'on peut constater est qu'il porte sur des matières fondamentales que sont la santé, la sécurité, l'hygiène et cela est souligné par la communication du règlement intérieur à l'inspecteur du travail.²¹³ L'employeur doit également communiquer l'avis des représentants du personnel consultés. Le rôle de l'inspecteur du travail est important puisqu'il va contrôler la légalité du règlement intérieur. Il va pouvoir, à tout moment, exiger le retrait ou la modification des clauses du règlement qu'il juge contraires aux dispositions du Code du travail²¹⁴ et sa décision devra être motivée.²¹⁵ Il sera possible de contester la décision de l'inspecteur du travail soit par un recours contentieux devant le tribunal administratif, soit par un recours hiérarchique auprès de la DIRECCTE. Ce dernier devra être effectué dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision.²¹⁶ Cette nécessité de dépôt à la DIRECCTE accentue que le règlement intérieur porte sur des domaines fondamentaux et qu'il garantit l'opposabilité aux salariés.

Toutefois, par une loi du 22 mai 2019,²¹⁷ on remarque une certaine régression quant à l'édition d'un règlement intérieur. En effet, avant cette date, son établissement était obligatoire dans les entreprises d'au moins vingt salariés et désormais il est obligatoire dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.²¹⁸ Néanmoins, au vu des matières qu'il aborde, il semble nécessaire même dans des entreprises de plus petites tailles.

85. L'employeur a la possibilité d'édicter des engagements unilatéraux et d'instaurer des usages. Il convient de préciser que par principe les usages et les engagements unilatéraux ne sont pas incorporés au contrat de travail puisque cela ne résulte pas d'un accord de volonté. Par exception à ce principe de non incorporation, ils seront considérés incorporés aux contrats de travail si l'employeur a exprimé de manière claire et non équivoque, sa volonté de leurs conférer une valeur contractuelle.²¹⁹

Un engagement unilatéral est une décision prise par l'employeur qui va accorder des avantages à ses salariés ou à une catégorie d'entre eux. Sa validité n'est soumise à aucune condition. Tandis qu'un usage est un comportement identique répété dans le temps et établi de façon constante dans l'entreprise. Pour qu'il y ait usage,²²⁰ il faut que la pratique invoquée soit ancienne, constante, licite et fixe. L'usage doit avoir un caractère général c'est-à-dire qu'il s'applique à tous les salariés ou à une catégorie homogène ou à un établissement. L'usage doit révéler la volonté de l'employeur de

²¹⁰ Article L1321-2 du Code du travail

²¹¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

²¹² Article L1321-2-1 du Code du travail

²¹³ Article L1321-4 du Code du travail

²¹⁴ Article L1322-1 du Code du travail

²¹⁵ Article L1322-2 du Code du travail

²¹⁶ Article R1322-1 du Code du travail

²¹⁷ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

²¹⁸ Article L1311-2 nouveau du Code du travail

²¹⁹ H. Guyot, actualisé par L. Dauxerre, « Fasc 1-20 : Usages », JurisClasseur Travail Traité, Lexis Nexis, 23 janvier 2020

²²⁰ L. Dauxerre, « Synthèse Sources nationales », Lexis Nexis, 17 janvier 2019

s'engager à l'égard de ses salariés et la pratique doit correspondre à des règles objectives qui ne peuvent pas être modifiées par l'employeur de manière discrétionnaire.

86. Cependant on pourrait se questionner sur l'efficacité de ce pouvoir de direction. En effet, ce pouvoir est d'un côté limité par des règles d'ordre public, des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles et d'un autre côté, la responsabilité des employeurs envers leurs salariés augmente. De plus, « *en matière disciplinaire, le pouvoir de direction de l'employeur est régulièrement mis à mal, donnant ainsi le sentiment que le juge s'immisce dans la gestion de l'entreprise* ». ²²¹ Lorsqu'il y a des restrictions apportées par l'employeur, elles ne doivent pas être excessives et elles doivent être proportionnées au but recherché. Le juge va devoir apprécier les situations et s'immiscer dans la gestion de l'entreprise d'autant plus que, de nos jours, le juge est amené à effectuer des contrôles de proportionnalité dès lors qu'il y a des restrictions apportées à des libertés individuelles.

Mais cette mise à mal du pouvoir de direction de l'employeur passe par d'autres facteurs tel qu'en matière de licenciement économique avec l'appréciation du lien de causalité entre le motif invoqué et la suppression du poste ou par l'élargissement du périmètre de reclassement. Cela passe encore par la participation des représentants des salariés qui disposent d'une voix délibérative dans les conseils d'administration ou de surveillance de grandes entreprises.

Les pouvoirs de l'employeur ne se limitent pas aux contrats et accords conclus, il y a l'organisation de la relation de travail qui prend une part de plus en plus croissante. Le salarié est pris en compte au sein de l'organisation de l'entreprise tel qu'on vient de l'énoncer avec la participation des représentants des salariés dans des organes de la société.

Chapitre 2 : Les nouvelles formes du pouvoir de l'employeur dans l'ère du XXIème siècle

« *Le contrat devient 'situé' dans un système organisé et rationalisé. Il n'est plus vu en lui-même, mais comme un élément d'un ensemble articulant respect des libertés individuelles du salarié et exigences liées à l'organisation de l'entreprise* ». ²²² En effet, il est nécessaire de prendre en compte cet ensemble pour s'adapter à l'époque dans laquelle les salariés travaillent. Il faut dans un premier temps aborder l'organisation de l'entreprise comme outil pour l'employeur (section 1), puis parler des nouvelles technologies qui modifient ce pouvoir (section 2) et enfin traiter des libertés individuelles du salarié qui leur assurent une protection (section 3).

Section 1 : L'organisation de l'entreprise comme outil pour l'employeur

En organisant l'entreprise, l'employeur va pouvoir d'une part faire participer les salariés à la stratégie de l'entreprise (§1), et d'autre part organiser le travail dans l'intérêt de l'entreprise (§2). Les salariés vont alors subir les modifications à leur détriment.

²²¹ « Le pouvoir de direction de l'employeur est-il devenu chimère ? », Jurisprudence Sociale Lamy, n°380, 1^{er} janvier 2015

²²² F. Favennec, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Semaine Sociale Lamy, N° 1643, 15 septembre 2014

§1 : La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise

87. Les salariés deviennent de plus en plus impliqués dans la vie de la société et cela passe notamment par les représentants du personnel. Ce sont des intermédiaires des salariés et au travers d'eux, les salariés vont contribuer à la stratégie de l'entreprise, soit dans les institutions représentatives du personnel, soit en siégeant dans les organes sociaux de l'entreprise.²²³ Le professeur Auzero nous expose que cette participation passe plus fréquemment par les institutions représentatives du personnel.²²⁴ Depuis les ordonnances Macron de 2017,²²⁵ l'instance représentative du personnel est le comité social et économique. Il se met en place dans les entreprises d'au moins onze salariés en remplaçant les délégués du personnel et dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, il remplace les trois anciennes instances que sont les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Par comparaison, les représentants du personnel qui siègent aux organes sociaux, également dénommés administrateurs salariés, ne sont obligatoires que dans les grandes entreprises. La loi Pacte de 2019²²⁶ vient étendre l'obligation d'élire des administrateurs salariés dans certaines sociétés tel le dispose l'article L225-27-1 du Code de commerce. Toutefois, en vertu de l'article L225-27 du même code, les statuts d'une entreprise du secteur privé peuvent toujours stipuler que des administrateurs devront être élus par des représentants du personnel en respectant le nombre d'élus prévu par ce même article.

88. Outre les représentants du personnel, les salariés peuvent être associés à l'entreprise par le biais de l'épargne salariale. Ils ne contribuent pas en tant que tel à la stratégie de l'entreprise mais ils en sont liés. Cela crée un sentiment d'appartenance et permet à l'employeur de « fidéliser » ses salariés. L'épargne salariale est un système d'épargne collectif qui peut être dite d'intéressement²²⁷ c'est à dire qu'une prime liée à la performance de l'entreprise est versée à chaque salarié ; ou cela peut être la participation²²⁸ qui représente une quote-part des bénéfices. Les sommes seront versées directement au salarié ou elles seront déposées sur un plan d'épargne salariale. Il²²⁹ permet aux salariés de se constituer un portefeuille de valeurs mobilières. Il peut s'agir d'un plan d'épargne entreprise qui est une épargne de moyen terme, ou bien sous forme de plan d'épargne retraite collectif en vue de préparer sa retraite.

§2 : L'organisation du travail dans l'intérêt de l'entreprise

89. Selon le professeur Teyssié, le droit du travail « tend à s'affirmer comme un outil d'organisation, de régulation et d'épanouissement des activités économiques ».²³⁰ Initialement conçu comme un outil protecteur des salariés, il devient « avant tout perçu

²²³ « La volonté de promouvoir la participation des salariés à la gestion de l'entreprise en assurant leur présence au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ou via l'information et la consultation d'instances de représentation du personnel. » B. Teyssié, « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », Droit social 2005, p.127

²²⁴ G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », Droit social 2015, p.1006

²²⁵ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales et son décret d'application n° 2017-1819 du 29 décembre 2017 relatif au comité social et économique

²²⁶ Article 184 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

²²⁷ Articles L3311-1 et suivants du Code du travail

²²⁸ Articles L3321-1 et suivants du Code du travail

²²⁹ Articles L3331-1 et suivants du Code du travail

²³⁰ B. Teyssié, « Droit du travail et droit des Affaires », Recueil Dalloz 2004, p.2698

comme un instrument d'organisation et de gestion de l'entreprise au même titre que le droit des sociétés, le droit des contrats commerciaux ou le droit fiscal. »²³¹

Le droit du travail devient un moyen d'organiser l'entreprise et cela dans le but premier de l'intérêt de l'entreprise. En effet, si on organise le travail des salariés, si on les implique dans l'entreprise, cela est fait dans un objectif de compétitivité.

De nos jours, l'idée qui ressort est que le salarié doit se sentir bien dans l'entreprise pour être compétitif. « *L'épanouissement de la vie personnelle au travail serait ainsi un facteur de compétitivité des entreprises, une opportunité pour favoriser l'apparition d'un intérêt commun : le salarié serait productif car heureux, et l'employeur serait satisfait car productif.* »²³² Cette citation illustre parfaitement l'organisation du travail des entreprises au XXIème siècle. L'objectif pour l'employeur est d'élaborer ce sentiment de bien être pour que les résultats de ses salariés soient meilleurs. Selon la citation, cela passerait par l'épanouissement de la vie personnelle, qui enveloppe tant la vie privée que la vie publique des salariés. Nous détaillerons cette notion par la suite.

Cette conception représente la société actuelle où la compétitivité est le mot d'ordre. Il faut toujours en faire plus et pour cela tous les moyens sont utilisés. Les salariés deviennent un outil pour parvenir aux fins de l'employeur. Cette situation est d'autant plus accentuée avec les nouvelles technologies.

Section 2 : L'arrivée des nouvelles technologies au cœur du pouvoir de l'employeur

L'ère technologique qu'est le XXIème siècle engendre de nombreux changements et notamment en droit du travail, les nouvelles technologies vont être un outil pour l'employeur. En effet, elles vont impacter la surveillance des salariés (§1) et leurs sanctions (§2).

§1 : L'impact des nouvelles technologies sur la surveillance du salarié

90. Le salarié est de plus en plus autonome mais pourtant le travail est de plus en plus contrôlé, tel est le salarié du XXIème siècle. L'émergence des nouvelles technologies a eu un impact considérable sur le travail des salariés.

91. Déjà en 1992, le Professeur G. Lyon-Caen exprime que les nouvelles technologies permettent de contrôler, surveiller les salariés par le biais d'équipements et impactent le salarié dans son « *comportement général* »²³³ et dans « *l'efficacité de son travail* ». ²³⁴ Il relève deux aspects s'agissant des conséquences de ces contrôles. D'une part en matière de sécurité de l'entreprise car les outils technologiques enregistrent les comportements des salariés dans le temps et dans l'espace ce qui permet de retracer d'éventuels retards ou absences mais aussi de délimiter l'accès à certaines zones par le biais de badges ou cartes magnétiques. D'autre part, il y a un aspect de compétitivité de l'entreprise puisqu'avec de meilleurs équipements il y a une plus grande productivité.

²³¹ B. Teyssié, « Droit du travail, droit des affaires, vie des affaires », Droit social 2015, p.193

²³² S. Lebeau, « La vie personnelle au travail : entre disparition et renouveau », Semaine Sociale Lamy, N° 1681, 15 juin 2015

²³³ G. Lyon-Caen, « Rapport les libertés publiques et l'emploi », Rapport pour le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle, 1992

²³⁴ G. Lyon-Caen, rapport précité

92. Désormais depuis les années 2000, l'émergence et la performance des nouvelles technologies ne cessent d'accroître. Les salariés ne sont plus à proprement parler sous l'ordre de quelqu'un mais deviennent surveillés par des machines. Il y a notamment deux modes de contrôle qui sont inévitables dans les entreprises, ce sont la vidéosurveillance et la géo localisation. La vidéosurveillance est un système de caméras permettant d'enregistrer et de transmettre les images captées. Ce dispositif peut être dans un espace public ou privé tel qu'une entreprise, et permet de surveiller à distance.

93. La géo localisation quant à elle désigne un ensemble de techniques qui permettent de localiser à distance des individus ou des objets en fonction de ses coordonnées géographiques, sans aucune limite spatiale et temporelle. Dans le cadre d'une entreprise, cela va permettre de contrôler un salarié ou encore un emplacement de véhicule lorsque des activités sont réalisées par le biais de ce moyen de transport.

94. Pour que ces moyens de contrôle de l'activité des salariés soient licites au sein d'une entreprise, la mise en place de tel dispositif doit être faite dans l'intérêt légitime de l'entreprise et elle doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.²³⁵ L'employeur devra faire une déclaration à la CNIL²³⁶ des supports de contrôle, il devra en informer le comité social et économique²³⁷ ainsi que de manière individuelle, chaque salarié concerné par les dispositifs.²³⁸ La mise en œuvre de ces dispositifs de contrôle sans qu'ils n'aient fait l'objet d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise, aujourd'hui remplacé par le comité social et économique, constitue un moyen de preuve illicite²³⁹ de sorte que les faits ne pourront être opposés aux salariés.

Cependant, depuis le 25 mai 2018 avec la mise en place du RGPD, certains domaines ne nécessitent plus une déclaration à la CNIL mais une mention sur le registre RGPD, tel est le cas, par exemple, des systèmes de géo localisation des véhicules professionnels des employés.²⁴⁰ En effet, le RGPD ne désigne pas explicitement les données de géo localisation comme étant des données personnelles mais elles peuvent l'être lorsqu'elles se rapportent à une personne physique directement ou indirectement identifiable. Ainsi, dès lors qu'une donnée de géo localisation est considérée comme une donnée personnelle, alors, elle sera soumise au RGPD. Le système de géo localisation devra être inscrit au registre des traitements²⁴¹ et il faudra respecter les normes imposées par le RGPD. Les salariés concernés seront notamment informés des raisons de la collecte de leurs données, de leur durée de conservation et des droits qu'ils possèdent. Ils devront donner leur consentement, ils auront une possibilité de choisir le niveau de géo localisation et devront être averti quand le système est actif.²⁴² Les entreprises qui utilisent des services de géo localisation font l'objet de contrôles stricts. La CNIL peut réaliser des contrôles sur place pour s'assurer de la conformité des systèmes avec les exigences du RGPD.

95. Toutefois, l'émergence des nouvelles technologies se fait à double sens, le premier tel qu'il vient d'être exposé sur les moyens de contrôle des salariés, et le second

²³⁵ En vertu de l'article L1121-1 du Code du travail

²³⁶ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

²³⁷ En vertu de l'article L2312-38 du Code du travail

²³⁸ Article L2312-38 du Code du travail

²³⁹ Cass. soc., 7 juin 2006, 04-43.866, Publié au bulletin

²⁴⁰ « Géolocalisation des véhicules professionnels des employés : que faire ? », Site cnil.fr

²⁴¹ Registre des activités de traitement prévu à l'article 30 du Règlement Général pour la Protection des Données (RGPD)

²⁴² « Géolocalisation et RGPD », Site internet dpms.eu, 19 octobre 2018

sur l'organisation du travail des salariés. En effet, grâce aux nouvelles technologies, les salariés disposent de nouveaux outils amenant à repenser l'organisation de leur travail et cela s'illustre notamment par le télétravail. Nouvelle organisation de travail implique nouveaux modes de contrôle des salariés. Il est nécessaire de pouvoir les contrôler à distance puisqu'ils restent sous l'autorité de leur employeur durant leur temps de travail bien qu'ils ne travaillent plus physiquement dans l'entreprise. L'employeur peut mettre en place des systèmes déclaratifs, des feuilles de temps, des auto-déclarations qui reposent sur la confiance des salariés. Cela peut être des contrôles à distance par le biais de logiciels installés sur l'ordinateur du télétravailleur en contrôlant le nombre de temps durant lequel l'ordinateur a fonctionné, le nombre de fichiers ouverts, modifiés, créés, ou encore le nombre de touches actionnées. Il est également possible de comptabiliser les flux de données échangées lors de la connexion avec le réseau de l'entreprise.²⁴³

Si ces dispositifs sont des moyens de contrôle de productivité, ils vont également être un outil de sanction pour les employeurs lorsqu'ils seront mis en place licitement.

§2 : L'impact des nouvelles technologies sur la sanction des salariés

96. La mise en œuvre de systèmes de vidéosurveillance, de géo localisation ou de tout autre moyen technologique, va permettre à l'employeur de prouver l'existence de faits pouvant donner lieu à une sanction des salariés. L'employeur va se servir de ces dispositifs comme moyens de preuve dans le cadre de son pouvoir disciplinaire. En effet, le principe de liberté de la preuve est applicable de sorte que les informations électroniques vont pouvoir être utilisées sous réserve qu'elles proviennent de moyens licites. Pour que les moyens de preuve soit efficaces et puissent être utilisés, il faut reconnaître l'identité de l'auteur de l'acte et l'authenticité du moyen de preuve²⁴⁴ et ils doivent être loyaux.

Concernant l'identité de l'auteur de l'acte, le titulaire de l'outil litigieux est, par principe, présumé responsable. Cette présomption peut être renversée par le titulaire s'il démontre qu'il n'avait pas un accès à l'appareil sur lequel les actes incriminés ont été commis.²⁴⁵ Pour que l'on puisse parler de titulaire de l'outil litigieux, l'employeur doit affecter un outil informatique à un salarié qui en serait le seul titulaire. En effet, si un ordinateur est utilisé par plusieurs salariés, on ne peut pas faire référence à un titulaire unique. Ainsi, la présomption d'imputabilité des actes incriminés au titulaire sera inefficace et cela vaut également lorsque l'outil est utilisé en dehors de l'entreprise puisque le salarié peut aisément prétendre que c'est un tiers qui aurait commis les faits litigieux. Dans ces hypothèses, l'employeur devra démontrer l'utilisation par le salarié de l'outil à partir duquel les actes incriminés ont été commis.

Une fois l'identité de l'auteur démontrée, il faut encore que le moyen de preuve soit authentique, et à défaut d'authenticité, le salarié ne pourra être sanctionné.²⁴⁶ Cette authenticité devra être prouvée aussi bien s'il s'agit d'un écrit que d'un enregistrement vidéo. En matière d'écrit sur support électronique, il faut respecter les exigences de l'article 1316-1 du Code civil c'est-à-dire qu'il faut que l'identité de l'auteur apparaisse

²⁴³ Exemples extraient de P. Alix « Contrôler l'activité des télétravailleurs salariés », Site Virtualegis, 2004

²⁴⁴ M. Demoulin, « Nouvelles technologies et droit des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail », Editions Panthéon-Assas, 2012

²⁴⁵ M. Demoulin, thèse précitée

²⁴⁶ Cass. soc., 22 mars 2011, 09-43.307, Inédit

telle que par le biais d'une signature électronique²⁴⁷ et il faut conserver l'écrit de manière à en garantir son intégrité.

97. En matière de vidéosurveillance, il convient tout d'abord de rappeler qu'il faut être prudent puisqu'au vue des techniques il est possible que les enregistrements soient modifiés. En 1994, une Cour d'Appel a jugé que des enregistrements vidéo ne présentaient pas des garanties suffisantes d'authenticité.²⁴⁸ Toutefois, ce moyen de preuve reste accepté par la jurisprudence. Il appartient aux juges de déterminer la fiabilité de la preuve, ce qui est pris en compte est notamment la qualité de la vidéo.²⁴⁹ A été jugé recevable comme moyen de preuve d'un licenciement pour faute grave, des enregistrements vidéo provenant d'un système de vidéosurveillance installé dans le but d'assurer la sécurité du magasin et qui n'avait pas été utilisé pour contrôler le travail du salarié.²⁵⁰

98. D'autres moyens de preuve existent tels que des enregistrements sonores ou le système de la géo localisation mais ces derniers ne sont pas aisément admis. Concernant les relevés de géo localisation, la jurisprudence considère qu'ils ne peuvent être utilisés que pour les finalités déclarées à la CNIL et dont les salariés ont connaissance.²⁵¹ Si tel n'est pas le cas, il sera qualifié de mode illicite de preuve.²⁵²

Pour les enregistrements sonores, en matière civile, les juges du fond refusent la preuve illicite c'est-à-dire les écoutes faites à l'insu de l'autre partie.²⁵³ La Chambre sociale quant à elle estime que le dispositif ne peut être déloyal. En 2008, elle estime comme moyen illicite, l'utilisation d'écoute grâce au haut parleur du téléphone de la cliente, pour justifier de son licenciement.²⁵⁴ Toutefois si les salariés sont avertis que dans le cadre de leur travail il peut y avoir des enregistrements ou des écoutes alors ils ne pourront pas invoquer la preuve illicite, cette dernière sera valable.²⁵⁵

99. Les nouvelles technologies ont un impact sur les moyens de preuves et sur les méthodes utilisées. A ce titre, le salarié qui accède frauduleusement aux données de l'ordinateur de ses collègues peut être sanctionné. En 2018, la Cour de cassation a jugé qu'un salarié a porté atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données en installant un keylogger qui lui a permis de prendre connaissance des codes d'accès des ordinateurs de ses collègues dans le but d'accéder à leur courriels. Le salarié souhaitait recueillir des mails pouvant lui servir dans le cadre d'un litige qui l'opposait à un collègue.²⁵⁶

²⁴⁷ Cass. soc., 24 juin 2009, n°08-41.087, Inédit

²⁴⁸ « *que compte tenu des possibilités de montage et de trucage qu'offre l'évolution des techniques, ce document ne présente pas de garanties suffisantes d'authenticité, concernant tant sa date que son contenu, pour qu'il puisse être considéré comme probant* », CA Aix-en-Provence, 4 janv. 1994, Bulletin d'Aix, extraits 1993-1994

²⁴⁹ « La vidéosurveillance : pour un nouvel encadrement juridique », Site Sénat

²⁵⁰ Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-16564, Inédit. Autre exemple Cass. soc. 2 févr. 2011, n° 10-14.263, est jugé recevable le licenciement pour faute grave d'un barman qui a omis d'encaisser des consommations. Les faits ont été prouvés par le biais d'enregistrement vidéo provenant de la vidéosurveillance et les salariés étaient informés de l'existence des caméras

²⁵¹ Exemple Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036

²⁵² Exemple Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 16-23968

²⁵³ CA Paris, 6 déc. 1994, Droit social 1995

²⁵⁴ Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.993

²⁵⁵ Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, Publié au bulletin. Cependant l'utilisation des écoutes ne doit pas être détourné de sa finalité autrement la pratique d'écoutes devient illicite.

²⁵⁶ Cass. criminelle, Chambre criminelle, 16 janvier 2018, 16-87.168, Publié au bulletin

L'émergence des nouvelles technologies altèrent les libertés des salariés. Ils deviennent constamment surveillés et contrôlés par leurs supérieurs. C'est pourquoi, il est nécessaire de leur assurer une nouvelle forme de protection et cela passe notamment par l'octroi de nouvelles libertés, de nouveaux droits qui permettent de les protéger des conditions actuelles de travail.

Section 3 : Des libertés individuelles permettant une protection du salarié

L'objectif premier du droit du travail est de protéger le salarié. Cette protection ne peut être efficace que si elle est adaptée à notre temps, il faut qu'elle évolue au gré des changements de la relation entre l'employeur et le salarié et de leurs conditions de travail. Désormais la protection des libertés individuelles des travailleurs (§1) prend une place importante en droit du travail. Néanmoins, cette protection n'est pas absolue puisque des restrictions peuvent y être apportées par l'employeur (§2).

§1 : Les libertés individuelles du salarié nécessaires à notre temps

100. Du fait de l'évolution des nouvelles technologies, la protection de certaines libertés individuelles devient nécessaire pour les salariés. Les libertés individuelles sont un ensemble de droits fondamentaux reconnus aux individus.²⁵⁷ Cette protection va devoir être alliée au pouvoir de direction, d'ordre et de sanction de l'employeur. Il convient notamment d'évoquer quatre libertés individuelles qui permettent de protéger le salarié face aux nouvelles technologies.

101. Tout d'abord, il y a la liberté d'aller et venir qui est qualifiée de fondamentale par les juges judiciaires, administratifs et constitutionnels.²⁵⁸ En droit du travail elle est protégée au travers de l'article L1121-1 du Code du travail. Dans l'entreprise, cette liberté peut être entravée notamment par des cartes magnétiques, des badges, des traitements informatiques de déplacements qui vont enregistrer les déplacements des salariés dans le temps mais aussi dans l'espace. Face à ces techniques, l'employeur doit faire en sorte de ne pas porter une atteinte trop importante à cette liberté.

102. Ensuite il y a la liberté d'expression protégée par le Code du travail,²⁵⁹ par la DDHC²⁶⁰ ainsi que la CEDH.²⁶¹ Cette liberté « comprend celle d'exprimer verbalement ou par écrit, des opinions discordantes ou minoritaires par rapport à celles défendues par l'institution qui les emploie. »²⁶² Lorsque le salarié se trouve dans l'entreprise, il peut avoir des conversations téléphoniques, certaines peuvent être professionnelles et d'autres personnelles. Désormais avec internet, les courriers électroniques deviennent indispensables au quotidien d'un salarié. Sa liberté d'expression est constamment mise en jeu de sorte qu'elle doit être protégée. Toutefois, si la jurisprudence reconnaît que le

²⁵⁷ L'article 66 de la Constitution de 1958 assure son respect par le biais de l'autorité judiciaire

²⁵⁸ Cass. 1ère civ., 28 novembre 1984, n° 83-16.552, n° 83-14.046 : Conseil d'État, 8 avril 1987, Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c/ Peltier, n°55895 ; Conseil Constitutionnel, décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, dite Ponts à péage. Il rattache ensuite à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans les années 2000 : décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure : décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme

²⁵⁹ L1121-1 du Code du travail, L. 2281-1 et suivants du Code du travail

²⁶⁰ Article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

²⁶¹ Article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme

²⁶² L. Levi, S. Rodrigues, A. Blot, A. Champetier, N.Flandin, « Fonction publique de l'Union européenne », Répertoire de droit européen, Edition Dalloz, 2019

salarié dispose d'une telle liberté, il ne peut l'utiliser abusivement,²⁶³ le salarié ne peut pas tenir des propos injurieux ou diffamatoires. Les juges ont même été amenés à statuer sur la diffusion sur le réseau social Facebook, d'insultes par le salarié envers son employeur. La jurisprudence est telle désormais que lorsque le compte est fermé cela ne constitue pas une injure publique²⁶⁴ et ne peut caractériser un licenciement sans cause réelle et sérieuse.²⁶⁵ A contrario, si le compte a un paramétrage ouvert, cela constitue une faute du salarié qui justifie son licenciement.²⁶⁶

103. Puis les salariés ont un droit à l'image qui est protégé au travers du respect de la vie privée.²⁶⁷ Ce droit consiste à interdire de reproduire et de diffuser l'image d'une personne sans son consentement. Pour le cas des salariés, ce droit à l'image peut notamment être entravé par la vidéosurveillance puisque des images vont être enregistrées un certain temps. Le tribunal des conflits a limité ce droit en affirmant que l'autorisation préalable par le salarié de publier les photographies ne vaut pas quand elles ont été prises dans le cadre professionnel et dans le but d'informer le public.²⁶⁸ Cependant la diffusion ne doit pas porter atteinte à la dignité du salarié.

104. Et enfin, le salarié a le droit au secret de ses correspondances. C'est un droit qui assure la protection de la personnalité, il implique le droit de correspondre en toute sécurité et de ne pas se voir divulguer par un tiers les correspondances. Il peut être protégé par le biais du respect de la vie privée ou par le biais de la libre communication des pensées et des opinions.²⁶⁹ En droit du travail, la protection va dépendre selon que le courrier ait un caractère professionnel ou personnel. En 2001, la Cour de cassation vient affirmer que le salarié a le droit au respect de sa vie privée sur le lieu et temps de travail et cela implique en particulier le secret des correspondances.²⁷⁰ Il existe une présomption simple que tous fichiers reçus ou envoyés de son poste de travail a un caractère professionnel, à charge pour le salarié d'identifier ses fichiers ou mails comme étant personnels. Dès lors que les fichiers ou courriers sont à caractère professionnel, l'employeur pourra y avoir accès hors présence du salarié.²⁷¹ Si le salarié les a identifiés, classés à caractère personnel, l'employeur ne pourrait y avoir accès qu'avec accord et en présence du salarié, ou encore s'il démontre qu'il existe un risque pour l'entreprise ou un évènement particulier.²⁷²

Ces droits et libertés s'appliquent à tous les salariés c'est-à-dire ceux présents physiquement dans l'entreprise et ceux non-présents physiquement dans l'entreprise mais qui exercent leur fonction, tels que les ouvriers, les télétravailleurs. Ces droits et libertés sont importants et doivent être conciliés avec les pouvoirs de l'employeur de sorte qu'il peut y apporter des restrictions sous certaines conditions.

²⁶³ Cass. soc., 18 septembre 2019, 18-10.261, Publié au bulletin ; Cass. soc., 23 janvier 2019, 17-21.550, Publié au bulletin notamment dans un but de nuire à son employeur

²⁶⁴ Civ. 1^{re}, 10 avril 2013, 11-19.530

²⁶⁵ Cass. soc., 12 septembre 2018, 16-11.690

²⁶⁶ Cons. prud'h Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, n° 10/00853

²⁶⁷ Article 9 du Code Civil, Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies, Cour de Cassation, Chambre civile 1, 12 décembre 2000, n°98-17.521, Publié au bulletin

²⁶⁸ Tribunal d'instance Saint-Denis, 27 août 2015, Monsieur Jean-Philippe L. C/ SNCF

²⁶⁹ Article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

²⁷⁰ Arrêt Nikon, Cass. soc., 2 octobre 2001, 99-42.942

²⁷¹ Cass. soc., 18 octobre 2006, 04-48.025

²⁷² Cass. soc., 17 mai 2005, 03-40.017, Publié au bulletin

§2 : Les restrictions pouvant être apportées à ces libertés

105. Tel que le souligne le Professeur Lyon-Caen, le salarié abandonne une partie de sa liberté individuelle pendant ces temps et lieux de travail.²⁷³

106. Comme on a pu l'exposer, les libertés individuelles et collectives des salariés sont protégées en vertu de l'article L1121-1 du Code du travail. On en déduit par sa lecture a contrario, que ce texte permet à l'employeur de restreindre les libertés de ses salariés seulement si la restriction est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. A cet égard, on a pu voir que l'employeur ne pouvait mettre en place un système de vidéosurveillance au sein de son entreprise, que si ce dispositif est justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché.²⁷⁴ Il peut également mettre en place un système de géo localisation pour contrôler la durée du temps de travail du salarié lorsqu'aucun autre moyen n'est possible.²⁷⁵ Ce dispositif n'est pas justifié lorsqu'un salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail.²⁷⁶

L'employeur, agissant en vertu de ses pouvoirs, peut porter atteinte aux libertés individuelles et collectives des salariés au regard de l'article 1121-1 du Code du travail. A titre d'illustration, en matière de fouille de sac suite à des évènements particuliers, l'employeur a pu valablement demander à titre temporaire, l'ouverture des sacs devant les agents de sécurité. Cette mesure était justifiée au regard des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité.²⁷⁷ Des restrictions à la liberté d'expression peuvent être apportées tel que par exemple pour assurer la protection de la réputation des droits d'autrui dès lors qu'elles sont proportionnées au but recherché.²⁷⁸

107. De nombreux cas ont été portés devant les juges du fond qui doivent effectuer un contrôle de proportionnalité entre d'un côté, l'atteinte aux droits et aux libertés des salariés, et de l'autre, la justification et le but de la restriction. Si on a pu évoquer quelques atteintes, il en existe beaucoup tant en matière de libertés individuelles que collectives.

Il a fallu adapter la relation entre l'employeur et le salarié qui a été modifiée au vu des changements dans la société, des nouvelles technologies, de l'émergence des accords collectifs. Cependant, le salarié a lui aussi évolué et n'a plus les mêmes centres d'intérêts et préoccupations, il devient de plus en plus « indépendant ».

²⁷³ G. Lyon-Caen, « Un droit sans papier d'identité », Philosophie du droit, 1997

²⁷⁴ Cass. Soc., 20 novembre 1991, 88-43.120

²⁷⁵ Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 15/12/2017, 403776, Publié au recueil Lebon ; « *que l'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation. En dehors de cette hypothèse, la collecte et le traitement de telles données à des fins de contrôle du temps de travail doivent être regardés comme excessifs* »

²⁷⁶ Cass. soc., 19 décembre 2018, 17-14.631

²⁷⁷ Cass. soc., 3 avril 2001, 98-45.818, Publié au bulletin

²⁷⁸ Cass. soc., 14 janvier 2014, 12-27.284, Publié au bulletin

Partie 2 : La relation contractuelle du XXIème siècle fondée sur une conception moderne du salarié en quête d'autonomie

Le salarié d'aujourd'hui a de nouvelles aspirations, il recherche à acquérir une autonomie dans sa vie professionnelle (Titre 1), cependant cette volonté n'est pas sans conséquences sur le salarié (Titre 2).

Titre 1 : L'acquisition d'une autonomie par le salarié

Le salarié du XXIème siècle recherche à acquérir une certaine autonomie en aménageant d'une part, son temps de travail (chapitre 1), et d'autre part son lieu de travail (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'aménagement de son temps de travail

De nos jours, le temps manque aux individus.²⁷⁹ S'il convient tout d'abord d'étudier la notion de temps (section 1), il faut ensuite examiner l'organisation du temps de travail du salarié (section 2).

Section 1 : La notion de temps

Il faut successivement étudier l'évolution de la notion de temps (§1), puis ensuite le temps de travail (§2).

§1 : L'évolution de la notion de temps

108. Le temps est un mot rythmant la journée de tout individu. Ce mot a toujours été un enjeu et cela commença en 1841 avec la première loi sur le travail des enfants mineurs.²⁸⁰ La réduction du temps de travail des enfants mineurs a été un objectif essentiel durant de nombreuses années.²⁸¹ La loi de 1841 précitée venait poser des délimitations au temps de travail dans des lieux précis (manufactures, usines, ateliers), mais en pratique cette loi n'a pas eu l'effet décrit. En 1906,²⁸² la loi accorde un repos de minimum vingt-quatre heures consécutives après six jours de travail par semaine à tous les salariés de l'industrie et du commerce. Ensuite en 1919, est instauré par une convention de l'Organisation Internationale de Travail,²⁸³ le principe de la journée de huit heures ou de la semaine de quarante-huit heures. Puis le 21 juin 1936²⁸⁴ est promulguée une loi instituant les quarante heures de travail par semaine et instaure les congés payés annuels. Cette loi vient réduire le temps de travail. Ensuite dans les années 70, dans le souci du partage du travail, il est instauré des délimitations plus basses.²⁸⁵ En

²⁷⁹ Selon une étude d'Opinion Way, 54% des français éprouvent souvent le sentiment de manquer de temps. Cette impression de manquer de temps atteint 62% chez les actifs et 66% pour les personnes âgées de 25 à 34 ans. Etude réalisée sur « 1 011 individus représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus, du 8 au 10 juillet 2015 ». Site offremedia.com

²⁸⁰ Loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers

²⁸¹ Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie, Bulletin de l'Assemblée nationale, XII, B. CCIV, n°3094 ; Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels

²⁸² Loi du 13 juillet 1906 établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers

²⁸³ C001 - Convention (n° 1) sur la durée du travail (industrie), 1919

²⁸⁴ Loi du 21 juin 1936 instituant la semaine de quarante heures dans les établissements industriels et commerciaux et fixant la durée du travail dans les mines souterraines

²⁸⁵ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020, 33ème édition

1982,²⁸⁶ on passe aux semaines de trente neuf heures et cela est réduit par les lois Aubry en 1998 et 2000²⁸⁷ qui viennent imposer comme durée légale de travail les trente cinq heures. Toutefois, l'évolution de la norme juridique a été d'édicter des tempéraments à ce principe de trente cinq heures de sorte que cela atténue sa portée. En 1993, une directive européenne²⁸⁸ vient se positionner sur la durée de travail et notamment dans le but d'améliorer le milieu de travail, de garantir aux travailleurs un meilleur niveau de protection de la sécurité et de leur santé. Ce que l'on constate est que la France et l'Union Européenne n'abordent pas le temps sous le même angle. En France, le temps est vu comme un temps de rémunération tandis que pour l'Union Européenne, il s'agit d'un temps de protection.²⁸⁹ Une seconde directive en 2003²⁹⁰ aura son importance en France. Elle va venir poser des définitions telles que celle du temps de travail ou du repos suffisant. Elle vient aussi fixer des prescriptions minimales générales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail.

109. Cette notion de temps est encore un élément de discussion essentiel pour les travailleurs et la durée de travail constitue une des premières revendications des salariés. Durant les années 2000, le temps fait toujours l'objet de réformes. En 2001, une loi vient encadrer le travail de nuit et une ordonnance spécifique pour le travail de nuit des jeunes travailleurs.²⁹¹ Des lois vont intervenir pour organiser ce qu'il y a autour du temps de travail, le recours au compte épargne temps sera étendu en 2005.²⁹² Ce compte permet aux salariés de bénéficier d'une période de congés ou de repos qui n'a pas été prise, ou encore, d'accumuler des droits à congés rémunérés. En 2008,²⁹³ la loi vient élargir le champ de compétence de la négociation collective et permet la conclusion d'accords d'entreprise ou de branche en matière d'heures supplémentaires et de temps de repos. Ensuite en 2009,²⁹⁴ la loi vient réaffirmer le principe du repos dominical et adapte les dérogations à ce principe dans certaines zones touristiques et thermales. Cette question de temps est encore au cœur des débats, par la réforme de 2016, le poids de la négociation collective, en particulier d'entreprise et d'établissement, est encore plus importante dans cette matière.

La notion de temps s'adapte à son époque et aux salariés. Autrefois le temps de travail était volumineux tant pour les enfants mineurs que pour des adultes. Ensuite il y a eu cette volonté de protéger les enfants, de réduire leurs horaires journaliers et hebdomadaires. De nos jours, derrière le temps de travail se profile des enjeux tels que la santé des travailleurs, le temps de repos, la vie familiale, les loisirs des salariés, raisons pour lesquelles les individus essaient rationnellement de répartir leur temps.

²⁸⁶ Ordonnance n°82-41 du 16 janvier 1982

²⁸⁷ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry) ; Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail

²⁸⁸ Directive européenne n°93/104/ CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail

²⁸⁹ Les prescriptions minimales de temps de travail de la directive de 1993 sont édictées en vu de protéger la sécurité et la santé des travailleurs. Exemple Affaire C-14/04, CJUE, 1^{er} décembre 2005

²⁹⁰ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail

²⁹¹ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, Ordonnance n°2001-174 du 22 février 2001 relative à la transposition de la directive 94/33/CE du Conseil du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail

²⁹² Loi n°2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise

²⁹³ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

²⁹⁴ Loi n°2009-974 du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires

§2 : *Le temps de travail*

110. Dans la notion temps de travail il y a le mot « travail » qui est perçu comme étant « *l'activité de l'homme qui est productrice de valeur* ». ²⁹⁵ On est dans le travail dès lors qu'on est dans un lien de subordination avec son employeur qui implique une prestation de travail.

111. A cet égard il convient de faire une distinction. Lorsque l'on parle de temps de travail, on fait référence à la durée légale de travail effectif qui se différencie d'une journée de travail composée à la fois de temps de travail effectif et de temps de pause. Le temps de travail effectif est défini à l'article L3121-1 du Code du travail et suppose trois critères cumulatifs pour être caractérisé comme tel. Il faut que le salarié soit à la disposition de son employeur, sous son autorité et qu'il ne puisse vaquer à des occupations personnelles. ²⁹⁶ Cette notion est importante puisque dès lors que le temps de travail effectif est caractérisé, l'employeur devra obligatoirement rémunérer le salarié.

112. Ensuite il faut aborder la notion d'astreinte qui a vu sa définition être assouplie par la loi du 8 août 2016. L'astreinte est une période pendant laquelle le salarié n'est ni à la disposition de son employeur ni sur son lieu de travail mais il doit rester disponible et être en mesure d'intervenir pour accomplir son travail si on le sollicite. La question qui peut se poser est de savoir si l'astreinte constitue du temps de travail effectif. La réponse est négative, si la place dans le Code du travail nous en donne une indication, ²⁹⁷ l'article L3121-9 dudit code nous le confirme. L'alinéa 3 de cet article dispose que l'intervention effectuée par le salarié est considérée comme du temps de travail. En revanche la période d'astreinte ne l'est pas.

Des arrêts ont été rendus par la CJUE concernant des médecins. Tout d'abord en 2000, l'arrêt rendu affirmait que le temps de garde que les médecins effectuent selon un régime qui requiert leur présence physique dans l'établissement est considéré comme du temps de travail. Ainsi, la période d'astreinte sur le lieu de travail est du travail effectif. En 2003, ²⁹⁸ la Cour de Justice requalifie le temps de repos d'un médecin en temps de travail effectif car il était contraint d'être présent physiquement dans un lieu déterminé par l'employeur et de se tenir à sa disposition. Le respect de la qualification de la période d'astreinte est essentiel puisque la requalification en temps de travail effectif emporte des conséquences en matière de rémunération, de droit au repos.

A contrario du temps de travail, on a le temps libre c'est-à-dire le temps en dehors des heures de travail. Ce temps dont dispose chaque individu lui permet de se livrer à des occupations non imposées, c'est ce que l'on appelle les loisirs. Ce temps libre est de plus en plus convoité par les individus, par les salariés et c'est pourquoi ils essaient d'organiser leur temps de travail.

²⁹⁵ L. Draï, dans le titre IV, de « Notions et normes en droit du travail », sous la direction de Bernard Teyssié, Editions Panthéon-Assas 2016

²⁹⁶ Définition semblable en droit communautaire selon la directive 2003/88/CE de 2003, le temps de travail est « *toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* »

²⁹⁷ L'article L3121-9 du Code du travail se situe dans une sous-section 2 intitulée « Astreintes » elle-même située dans la section 1 intitulée « Travail effectif, astreintes et équivalences » alors que la sous-section 1 est relative au temps de travail effectif.

²⁹⁸ Arrêt de la Cour de justice, Jaeger, affaire C-151/02, 9 septembre 2003 : cf. Directive 93/104 du 23 novembre 1993 concernant certains aspects du temps de travail

Section 2 : L'organisation de son temps de travail

L'organisation du temps de travail à deux facettes, la première pour le salarié (§1), la seconde pour répondre aux besoins du marché c'est-à-dire dans l'intérêt de l'entreprise (§2). On parle ainsi de flexibilité partagée puisque l'aménagement du temps de travail profite tant aux salariés qu'aux employeurs. Toutefois une situation intermédiaire pourrait exister avec le modèle de l'entreprise libérée (§3).

§1 : L'organisation du temps de travail pour le salarié

113. Autrefois, la durée et l'horaire de travail étaient un tout collectif²⁹⁹ s'appliquant à l'ensemble des salariés, désormais ce temps est révolu. Les salariés d'aujourd'hui recherchent une durée et des horaires personnalisés qui permettent de s'adapter à leurs obligations familiales et à leurs loisirs. Les nouvelles technologies nécessitent également une organisation et une gestion plus souple du temps de travail puisque les frontières deviennent de plus en plus poreuses avec la vie privée, les salariés ont eux même besoin d'une autonomie.³⁰⁰ « *La maîtrise du temps est un enjeu pour les travailleurs. Le temps libre est plus occupé* »³⁰¹. Les salariés ont cette volonté d'organiser leur temps pour soi. Il est reconnu aux salariés, le droit au respect de leur vie personnelle et familiale et le droit au repos puisque l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de direction ne peut y porter une atteinte excessive.³⁰²

114. Les salariés vont pouvoir organiser leur temps de travail et cela se fait lors de la conclusion ou de l'aménagement du contrat de travail. Le consentement de l'employeur est indispensable. Ils vont pouvoir exercer à temps partiel³⁰³ ce qui leur permet à la fois de réduire le nombre d'heures de travail et de connaître à l'avance la durée et les horaires. Corrélativement ils auront connaissance du temps libre dont ils vont disposer. Le travail à temps partiel est attractif ; en chiffres, il concerne 4,4 millions de salariés français et représente en moyenne 20% des salariés français contre 10% en 1983.³⁰⁴

115. Les salariés peuvent également, par exception au principe de l'horaire de travail collectif, demander à leur employeur des horaires individualisés.³⁰⁵ Ce mécanisme consiste à déterminer pendant la journée des plages horaires fixes et des plages horaires mobiles. Le salarié sera tenu d'être présent pendant les horaires fixes ce qui lui permet de gagner en autonomie. Grâce aux horaires individualisés ils vont pouvoir reporter des heures d'une semaine à une autre. Toutefois, la mise en place de ce mécanisme requiert l'avis du CSE ou, à défaut des représentants du personnel, il faut l'autorisation de l'inspecteur de travail.³⁰⁶ L'employeur n'est pas tenu de répondre favorablement à la demande des salariés, mais si son accord est donné, il devra préciser les règles d'organisation dans un règlement spécifique.³⁰⁷ Aujourd'hui, l'instauration d'horaires individualisés est largement admise.

²⁹⁹ J-E Ray, « Droit du travail, droit vivant », Edition Wolters Kluwer, 28^{ème} édition, 2020

³⁰⁰ L. Draï, dans le titre IV de « Notions et normes en droit du travail », sous la direction de Bernard Teyssié, Editions Panthéon-Assas 2016

³⁰¹ L. Draï, référence précitée

³⁰² Cass. soc., 3 novembre 2011, 10-14.702, Publié au bulletin

³⁰³ Articles L3123-1 et suivants du Code du travail

³⁰⁴ J-E Ray, « Droit du travail, droit vivant », Edition Wolters Kluwer, 28^{ème} édition, 2020, p196

³⁰⁵ Articles L3121-48 et suivants du Code du travail

³⁰⁶ Alinéa 2 de l'article L3121-48 du Code du travail

³⁰⁷ « Les horaires individualisés », Editions Tissot

116. Une protection des salariés est également assurée à l'article L3122-12 du Code du travail puisqu'un salarié peut refuser le travail de nuit si cela est incompatible avec des obligations familiales impérieuses et le refus du salarié ne peut constituer un motif de licenciement pour l'employeur. Par cet article, l'organisation du temps de travail du salarié est protégée lorsqu'il ne peut faire autrement. Toutefois, cela nous montre que l'organisation du travail n'est pas seulement essentielle pour les salariés, elle l'est aussi pour les employeurs. La flexibilité et la « supplétivité » des protections en matière de temps de travail sont certes un moyen d'aménagement du temps de travail pour le salarié mais elles ont « surtout permis le développement du pouvoir patronal de gérer et de préempter le temps de ses salariés. »³⁰⁸

§2 : L'organisation du temps de travail pour répondre aux besoins du marché

117. « Dans une société où le travail devient le principal facteur productif, le temps s'impose comme une unité de compte économique ». ³⁰⁹ Le temps est tout aussi précieux pour l'employeur. Il va en dépendre la performance de l'entreprise, c'est un enjeu qualitatif.

118. Sur le temps, l'employeur dispose en vertu de son pouvoir de direction, de la possibilité de modifier unilatéralement la répartition des horaires de ses salariés. Cela représente un simple changement des conditions de travail. En revanche, l'employeur ne peut pas modifier unilatéralement la durée de travail. Ainsi, comme on a déjà pu l'aborder, il faudra l'accord du salarié pour passer d'un temps complet à un temps partiel ; d'un horaire fixe à un horaire variable,³¹⁰ d'un horaire de jour à un horaire de nuit (le salarié pouvant légalement refuser pour des raisons d'obligations familiales), le changement ayant pour effet de priver le salarié de son repos dominical.³¹¹

Dans une certaine mesure, l'employeur a une possibilité d'aménager les horaires de ses salariés et cela lui permet notamment d'être plus flexible sur le marché. Dans une société dans laquelle il ne faut jamais s'arrêter, où tout va vite, l'employeur peut faire travailler ses salariés de manière alternative par le biais d'équipes. Des dérogations au repos dominical sont prévues dans le Code du travail, tel que pour des commerces de détails alimentaires,³¹² dans les industries ou entreprises industrielles.³¹³ Des dérogations peuvent être accordées par le préfet,³¹⁴ par le maire,³¹⁵ ou en fonction d'un secteur géographique.³¹⁶ Dans les industries ou les entreprises industrielles, le Code du travail subordonne la mise en place d'un tel système à une convention ou un accord collectif.

119. En pratique, les dérogations sont très fréquentes, notamment dans le domaine alimentaire ou pour des magasins de vente, vestimentaires etc. Cette nécessité est liée à la société de consommation dans laquelle nous vivons ; dans ce besoin constant d'être en mouvement et dans lequel le mot repos n'est que secondaire. Les individus sont invités à consommer ce qui engendre que les salariés sont amenés à travailler alternativement tous

³⁰⁸ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020, 33ème édition, p.1012

³⁰⁹ J. Le Golf, « Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours » Presse universitaires de Rennes, 2019

³¹⁰ Cass. soc., 14 novembre 2000, 98-43.218, Publié au bulletin

³¹¹ Cass. soc., 2 mars 2011, 09-43.223, Publié au bulletin

³¹² Article L3132-13 du Code du travail

³¹³ Articles L3132-14 et suivants du Code du travail

³¹⁴ Articles L3132-20 et suivants du Code du travail

³¹⁵ Articles L3132-26 et suivants du Code du travail

³¹⁶ Articles L3132-24 et suivants du Code du travail

les jours de la semaine. Cette vérité existe dans de nombreux autres domaines tels que dans le secteur médical pour des raisons propre à la profession.

120. Pour répondre à ce besoin, l'employeur va pouvoir mettre en place des équipes successives alternantes également appelé le travail posté qui a été défini par la directive européenne de 2003 comme un mode d'organisation temporel du travail en équipe.³¹⁷ Ces équipes successives alternantes dérogent à l'horaire du tout collectif et permettent à l'entreprise de fonctionner de façon presque ininterrompue.

Dans le secteur industriel, l'employeur dispose d'une autre méthode d'organisation ; ce sont les équipes de suppléances dont la mise en place doit être prévue par une convention ou un accord collectif selon les modalités prévues par le Code du travail.³¹⁸ Le fonctionnement consiste pour les équipes de suppléances, à remplacer l'équipe de semaine pendant que celle-ci est en repos, pendant les jours de congés, les jours fériés ou les congés annuels.

Et enfin, comme il a été envisagé précédemment, l'employeur a la possibilité de mettre en place des horaires individualisés. Il va aussi pouvoir aménager le temps de travail sur une période supérieure à la semaine³¹⁹ ce qui permet de simplifier les modalités d'aménagement et de répartition car cela peut être fait par voie d'accord collectif.³²⁰

121. Tout un panel d'aménagements existe pour l'employeur et lui permet d'être présent sur le marché de manière presque constante. De l'autre côté, cela permet aux salariés qui n'ont pas de contraintes de pouvoir travailler, de bénéficier de certains avantages (exemple en matière de rémunération s'agissant des horaires de nuit, du travail dominical). Par la suite il conviendra d'atténuer ces avantages face aux répercussions possibles sur la santé des travailleurs.

L'organisation du temps de travail profite aux salariés et aux employeurs. C'est pourquoi il faut envisager le modèle de l'entreprise libérée qui pourrait satisfaire les deux parties.

§3 : *Le modèle de l'entreprise libérée basé sur l'autonomie et la liberté des salariés*

122. Les employeurs organisent leur entreprise dans deux buts. Le premier est la compétitivité de l'entreprise et le second est le bien être des salariés. L'idée consiste à dire que plus le salarié se sent bien dans son environnement de travail, plus il sera productif. Le modèle de l'entreprise libérée est un moyen de faire régner la liberté, l'autonomie des salariés tout en leur fixant des objectifs à atteindre.

Ce modèle a été théorisé par Isaac Getz et Brian M.Carney.³²¹ Ils sont partis de la théorie de Mc Gregor qui envisage deux théories. Dans la première il évoque l'être

³¹⁷ Directive 2003/88/ce du parlement européen et du conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, définit le travail posté comme « *tout mode d'organisation du travail en équipe selon lequel des travailleurs sont occupés successivement sur les mêmes postes de travail, selon un certain rythme, y compris le rythme rotatif, et qui peut être de type continu ou discontinu, entraînant pour les travailleurs la nécessité d'accomplir un travail à des heures différentes sur une période donnée de jours ou de semaines* »

³¹⁸ Articles L3132-16 et suivants du Code du travail

³¹⁹ Articles L3121-41 et suivants du Code du travail

³²⁰ Articles L3121-44 et suivants du Code du travail

³²¹ I. Getz et B. M.Carney, « Liberté & Cie : Quand la liberté des salariés fait le bonheur des entreprises », 2012

humain qui a une aversion pour le travail et ainsi, il a besoin de contrôles, sanctions, menaces pour être productif. Il faut un cadre à cet être humain qui préfère être dirigé et qui n'aime pas les responsabilités. Cet être humain cherche la sécurité. Dans la seconde théorie, il évoque que les menaces et la sanction ne sont pas les seuls moyens. Dès lors que l'individu se met aux services de quelque chose auquel il adhère, il le fera seul et n'aura pas besoin d'être contrôlé. Dans cette hypothèse, l'être humain accepte et recherche les responsabilités. Ces théories nous montrent qu'il existe deux types d'individus et plus particulièrement de salariés, certains auront besoin de cadre et d'autres de libertés.

L'entreprise libérée est un moyen pour les personnes autonomes de travailler dans des conditions qu'elles choisissent. Dans cette entreprise, basée sur un climat de confiance et réunie autour de valeurs communes (équité, écoute, savoir vivre...), les travailleurs vont avoir un objectif à atteindre. La manière dont ils arrivent à cet objectif importe peu, ce qui compte est que le résultat soit réalisé dans le temps imparti. Le fonctionnement de la structure sera déterminé par des règles élaborées collectivement et garantissant à chacun un espace de liberté. En fonction des règles prévues, les travailleurs vont être libres de déterminer leurs heures de travail et corrélativement celles de leurs loisirs, la manière d'effectuer leur travail, les actions à entreprendre.

Cette entreprise semblant idéale suscite des interrogations. L'auteur Laurent Drai nous expose « *ainsi dans l'entreprise libérée, la notion de participation se substitue à l'autorité et à la subordination* ». ³²² Se pose alors la question de la qualification de ce travailleur, est-il un salarié s'il n'est pas réellement subordonné à une personne ? D'autres incertitudes peuvent être soulevées tel que par exemple s'il advenait un contentieux dans cette entreprise ; le risque juridique serait important puisqu'il n'y a pas de contrôle s'agissant des heures effectuées, des temps de pauses et de repos, des congés pris. La durée de travail et des repos ne serait pas possible à déterminer.

Ce modèle de l'entreprise libérée paraît attractif mais il est nécessaire que les personnes soient responsables pour que le travail s'effectue correctement. De plus, le vide juridique est important et de nombreuses incertitudes existent. Il faut trouver un juste milieu entre la liberté et le contrôle, tous les êtres humains ne sont pas suffisamment autonomes. Les entreprises « classiques » restent plus courantes et ont des moyens d'aménager le temps de travail des salariés, mais également leur lieu de travail.

Chapitre 2 : L'aménagement de son lieu de travail

Afin d'aborder l'aménagement du lieu de travail du salarié il convient tout d'abord de préciser la notion de lieu (section 1), pour ensuite aborder le télétravail comme un moyen d'aménagement (section 2).

Section 1 : La notion de lieu

Il faut d'une part présenter la notion de lieu au travers du lieu de travail (§1), et d'autre part, montrer l'importance de l'articulation du lieu de travail pour permettre de respecter la vie personnelle et familiale du salarié (§2).

³²² L. Drai, dans le titre IV de « Notions et normes en droit du travail », sous la direction de Bernard Teyssié, Editions Panthéon-Assas 2016

§1 : Le lieu de travail

123. Le lieu de travail est un critère essentiel pour tout individu à la recherche d'un travail. Si certains sont plus enclins à effectuer un temps de trajet long pour aller travailler, d'autres préfèrent être au plus près de leur domicile. Le lieu de travail peut être défini comme le lieu où le salarié exécute habituellement sa prestation de travail, le plus souvent ce sera dans les locaux de l'entreprise. L'employeur est tenu de mettre à la disposition d'un salarié un lieu de travail et il ne peut le contraindre à travailler à son domicile.³²³

124. Le lieu de travail a une nature contractuelle puisqu'il est inscrit dans le contrat de travail. Un arrêt du 15 mars 2006 énonce que cette mention du lieu de travail dans le contrat de travail n'a qu'une valeur informative « *à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera exclusivement son travail dans ce lieu.* »³²⁴ Ainsi, dès lors que le lieu de travail est inscrit dans le contrat, le changement du lieu ne constitue pas une modification du contrat de travail donc le salarié n'est pas tenu de donner son consentement. Il faut regarder s'il existe une clause qui précise que le travail s'exécute exclusivement à un endroit et il faut regarder si le changement intervient dans le même secteur géographique.

125. Pour connaître le pouvoir de l'employeur il faut distinguer selon qu'il existe, dans le contrat de travail, une clause de mobilité géographique. Une telle clause permet que le salarié accepte par avance que son lieu de travail puisse être modifié. L'acceptation du salarié peut être donnée lors de son embauche ou par la suite avec la signature d'un avenant au contrat de travail.

Lorsqu'une clause de mobilité est prévue, le changement de lieu ou une mutation sont considérés comme un changement des conditions de travail donc l'employeur informe le salarié mais son consentement n'est pas requis. Le salarié ne pourra refuser le changement du lieu de travail.

Pour être valable, la clause de mobilité doit remplir des conditions. Tout d'abord la clause doit définir une zone géographique précise et toute mutation au-delà de la zone délimitée devra être soumise à l'accord du salarié.³²⁵ Ensuite, la clause de mobilité ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée.³²⁶ Et enfin, la clause de mobilité doit se limiter à l'entreprise et ne peut entraîner une mutation entre sociétés filiales du groupe car cela aurait pour conséquence le changement de l'employeur qui nécessite l'accord du salarié. Une telle clause de mobilité serait nulle.³²⁷ Précisions également que la clause de mobilité doit être mise en œuvre de bonne foi en

³²³ Article L1222-9 du Code du travail relatif au télétravail précise que la prestation du salarié effectuée hors des locaux doit être « de façon volontaire »

³²⁴ Cass. soc., 15 mars 2006, 02-46.496, Publié au bulletin

³²⁵ Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 08-45.324, cassation de l'arrêt d'appel pour violation des articles L. 1232-1 du code du travail et 1134 du Code civil car « *il résultait de ses constatations que la clause de mobilité ne comportait aucune précision sur sa zone géographique d'application* ». Ainsi, à défaut de zone géographique précise, le licenciement n'est pas fondé sur une cause réelle et sérieuse.

³²⁶ Cass. soc., 27 février 2001, 99-40.219, Publié au bulletin ; Cass. soc., 7 juin 2006, 04-45.846, Publié au bulletin

³²⁷ Cass. soc., 23 septembre 2009, 07-44.200, Publié au bulletin

vertu de l'article L1222-1 du Code du travail et elle doit être motivée par un motif objectif lié à l'intérêt de l'entreprise.³²⁸

Si toutes les conditions sont réunies, l'employeur peut modifier unilatéralement le lieu de travail en respectant un délai de prévenance raisonnable. Le refus par le salarié du changement de lieu de travail constitue un manquement à ses obligations contractuelles pouvant entraîner un licenciement.³²⁹ Il s'agira d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse. Depuis 2013 cela ne constitue plus nécessairement une faute grave du salarié.³³⁰

126. Lorsqu'aucune clause de mobilité n'est prévue par le contrat de travail, il faut se référer au secteur géographique, à moins qu'il existe une clause claire et précise de l'exercice du travail à un lieu déterminé. Si la mutation concerne un travail situé dans un secteur géographique différent de celui de l'établissement d'origine, alors l'accord du salarié est nécessaire. En effet, cela constitue une modification du contrat de travail. A contrario, lorsque la mutation se situe dans le même secteur géographique, cela ne représente qu'un simple changement des conditions de travail.³³¹ La jurisprudence incite alors les salariés à conserver leur emploi dans l'entreprise où il exerce et les juges du fond vont prendre en compte certains critères pour déterminer qu'il s'agit d'une modification des conditions de travail. Ils vont regarder les distances entre les sites, les transports en commun les desservant et la durée de trajet supplémentaire.³³²

Mais l'imposition par l'employeur d'un changement du lieu de travail risque de se heurter à un refus fondé sur le respect de la vie personnelle ou familiale du salarié.

§2 : L'articulation du lieu de travail et le respect d'une vie personnelle, familiale

127. La vie familiale et personnelle est un facteur important dans la décision d'un individu d'exercer un travail. En effet, le lieu de travail est pris en compte que ce soit au moment de l'embauche ou lors d'un changement du lieu de travail.

Lors de l'embauche, il convient à tout individu de faire son propre arbitrage entre d'un côté les obligations familiales tel que des enfants à s'occuper, de l'aide à apporter à des membres de sa famille, la vie sociale. Et de l'autre côté, la proximité du lieu de travail, le temps et les moyens de transports, les horaires de travail ou encore la rémunération pouvant être un facteur de motivation. Ainsi, quand le contrat de travail est signé, cet arbitrage est fait et « *les restrictions sont considérées comme légitimes et supportables* »³³³ par le travailleur.

128. Dans notre ère du XXI^{ème} siècle, la prise en compte des obligations familiales est fondamentale d'autant plus que la jurisprudence est protectrice du respect de la vie personnelle et familiale des salariés. Lors d'un changement du lieu de travail, cela est

³²⁸ Cass. soc., 23 janvier 2002, 99-44.845, Inédit ; est ainsi prohibé la clause de mobilité mise en œuvre sur un motif discriminant tel que le changement d'affectation motivé en raison de l'état de santé du salarié Cass. soc., 30 mars 2011, 09-71.542, Publié au bulletin

³²⁹ Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 07-40.522, Publié au bulletin

³³⁰ Ainsi jugé « *le refus par un salarié d'un changement de ses conditions de travail, à supposer qu'il puisse fonder une cause réelle et sérieuse de licenciement, ne constitue pas à lui seul une faute grave* », dans un arrêt relatif au changement du lieu d'affectation du salarié, une clause de mobilité était prévue au contrat de travail. Cass. soc., 23 mai 2013, 12-15.461, Inédit

³³¹ Cass. soc., 4 mai 1999, 97-40.576, Publié au bulletin

³³² Cass. soc., 7 juillet 2016, 15-15.342, Inédit ; arrêt précité n°97-40.576

³³³ J-E Ray, « Droit du travail, droit vivant », Edition Wolters Kluwer, 28^{ème} édition, 2020, p.288

notamment démontré par un arrêt dit Stéphanie en date du 14 octobre 2008.³³⁴ Dans cet arrêt, il y avait une clause de mobilité dans le contrat de travail de la salariée. Cette clause prévoyait des déplacements en France et à l'étranger. La salariée refuse une mission et fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel. Les juges du fond n'ont pas recherché, d'une part, si la mise en œuvre de la clause portait atteinte à la vie personnelle et familiale de la salariée. D'autre part, si l'atteinte était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Ils auraient du effectuer un contrôle de proportionnalité. La Cour de cassation estime donc qu'il est possible de refuser une clause de mobilité pour des motifs liés à la vie personnelle et familiale. La réserve émise par la Cour de cassation est celle de l'atteinte qui serait justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché,³³⁵ par l'intérêt de l'entreprise.

129. On retrouve la protection de la vie personnelle et familiale dans l'arrêt de 2016 précité, la Cour de cassation juge « *que le changement du lieu de travail n'est justifié que s'il ne porte pas une atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié et est compatible avec ses obligations familiales* », et cela qu'il y ait ou non une clause de mobilité insérée dans le contrat de travail. Indirectement cela amène l'employeur à s'immiscer dans la vie privée de ses salariés³³⁶ puisque le changement ne sera valable que s'il ne porte pas une atteinte à la vie personnelle et familiale. Encore faut-il que l'employeur ait connaissance de la vie personnelle et familiale de ses salariés. Cette connaissance requiert donc qu'il recueille des informations de ses salariés. De plus, cela vient susciter des interrogations s'agissant du principe de non-discrimination. S'il est certain que la mobilité paraît plus contraignante pour une famille avec des enfants, que pour une personne célibataire, cette dernière peut avoir des raisons légitimes de ne pas vouloir se déplacer. L'employeur va se retrouver sur le périlleux terrain de la vie privée, de la vie personnelle et familiale et il pourra être sanctionné pour une atteinte. Il sera subordonné à l'appréciation souveraine des juges du fond qui eux, pourront déterminer si la mesure est légitime en effectuant un contrôle de proportionnalité.

Le salarié d'aujourd'hui cherche de plus en plus à mettre son propre intérêt en avant, à préserver sa vie familiale et personnelle. Il est en recherche d'autonomie et cela passe désormais par l'aménagement de son lieu de travail avec l'expansion du télétravail.

Section 2 : Le télétravail comme moyen d'aménagement de son lieu de travail

Le télétravail est un moyen d'aménager la relation de travail qui est propre au XXIème siècle. En effet, l'émergence des nouvelles technologies, d'internet et du modèle économique en recherche constante de flexibilité sont des facteurs justifiant cet accroissement. Pour évoluer en même temps que la société, il a fallu légaliser, encadrer le télétravail et cela passe par sa codification dans le Code du travail (§1). Cependant, bien que de plus en plus répandu de nos jours, il faudra souligner tant ses aspects positifs que ses aspects négatifs (§2) auxquels les salariés ne sont pas nécessairement avertis en adoptant cet aménagement.

³³⁴ Cass. soc., 14 octobre 2008, 07-40.523, Publié au bulletin

³³⁵ Article L1121-1 du Code du travail. Exemple : est justifié la mutation motivée par l'intérêt de l'entreprise. L'activité qui était essentiellement située sur le secteur de la Manche avec une perte de marché à Angers, secteur dans lequel le salarié habitait. Cass. soc., 22 mai 2019, 18-15.752

³³⁶ Protégée par l'article 9 du Code civil

§1 : La codification du télétravail

130. Le télétravail a été codifié par la loi dite Warsmann en 2012.³³⁷ Il a longtemps été encadré par un accord interprofessionnel de 2005³³⁸ qui transposait un accord-cadre européen.³³⁹ Puis, modifié par les ordonnances du 22 septembre 2017 qui viennent élargir sa définition. Le télétravail n'est pas une modification du contrat qui exige un avenant, cette mention est désormais supprimée. Le télétravail est régi aux articles L1222- 9 et suivants du Code du travail.

Premièrement, il faut préciser que « *le télétravail n'est ni un statut ni une activité, mais un mode d'organisation* »³⁴⁰ tel que le souligne le Professeur Ray. Il le caractérise comme un mode d'organisation, ce n'est ni un droit ni une obligation pour le salarié ou pour l'employeur. Par ailleurs, l'employeur ne peut utiliser le télétravail comme une sanction envers un salarié ou comme une faveur. Le télétravail résulte avant tout d'une volonté de l'entreprise et du salarié. Ainsi, il ne pourra être imposé au salarié d'exercer sa prestation de travail hors des locaux de l'entreprise que ce soit à son domicile ou dans un espace de coworking. De même, le salarié ne pourra de son propre chef exercer son travail en télétravail. L'accord des deux parties est nécessaire pour mettre en place ce mode d'organisation du travail et le refus par l'employeur devra être motivé.

Une exception, des plus actuelle, permet la mise en œuvre du télétravail lorsqu'il existe des circonstances exceptionnelles et que cet aménagement est nécessaire pour la continuité de l'activité de l'entreprise et pour garantir la protection des salariés.³⁴¹ Cette exception montre le changement du mode d'organisation du travail et la nécessité de s'adapter aux différents phénomènes sociaux, environnementaux, médicaux. Lorsqu'il existe des grèves, des inondations, des épidémies, ce nouveau mode d'organisation permet de poursuivre l'activité de l'entreprise en travaillant à tout moment et en tous lieux.

Deuxièmement, pour que le télétravail soit possible, il est nécessaire que la profession soit susceptible de s'exercer par le biais du télétravail. A cet égard, cela exclut certaines professions et notamment les salariés qui ont un métier manuel, nécessitant d'être physiquement présent sur un chantier, les salariés travaillant auprès de personnes tel que dans des hôpitaux, maisons de retraites, ou encore des vendeurs, caissiers etc. En France en 2017,³⁴² seulement 3% des salariés pratiquaient le télétravail au moins une fois par semaine. Après la modification de la définition en 2017, il est estimé qu'il y aurait 7% des salariés pratiquant le télétravail, soit 1,8 million de télétravailleurs. Le télétravail concerne une minorité de salariés. Cependant l'année 2020 nous montre qu'un certains nombres de salariés peuvent faire du télétravail. Ce mode d'organisation a vocation à prendre de l'ampleur dans les années à venir.

131. Ensuite, en vertu de l'alinéa 2 de l'article L1222-9 du Code du travail, il faut que la mise en place soit prévue par un accord collectif ou à défaut par une charte élaborée par l'employeur et qu'elle soit soumise à l'avis du CSE. L'accord ou la charte

³³⁷ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives - Article 46

³³⁸ Accord national interprofessionnel 15 juin 2005

³³⁹ Accord-cadre européen sur le télétravail, 16 juillet 2002

³⁴⁰ J-E Ray, « De la question sociale du XXIème siècle au télétravail », Droit social 2019 p.52

³⁴¹ Article L1222-11 du Code du travail

³⁴² Selon l'enquête Summer dans « Quels sont les salariés concernés par le télétravail ? », Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques, Novembre 2019, n°051

fixe les conditions de passage en télétravail et de retour en entreprise ; les modalités d'acceptation et la mise en œuvre du télétravail ; les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail. Et enfin il faut déterminer les plages horaires pendant lesquelles l'employeur peut contacter le télétravailleur.

Lorsque le salarié est en télétravail, l'employeur a moins de contrôle sur son salarié. Par ailleurs, le télétravail ne peut être attribué à un salarié ne disposant pas d'au moins six mois d'ancienneté dans l'entreprise, ni même aux salariés avec un contrat à durée déterminée ou encore aux apprentis.³⁴³ Le télétravail est fondé sur une confiance réciproque entre les parties, la relation de travail va être différente et des points positifs et négatifs vont apparaître.

§2 : Les aspects positifs et négatifs du télétravail

132. Le télétravail présente des avantages et des inconvénients pour les deux parties au contrat de travail.

133. Concernant le salarié, le télétravail présente de nombreux avantages³⁴⁴ tel que le gain d'autonomie, le salarié sera plus flexible, il va pouvoir aménager son lieu et son temps de travail comme on a pu l'énoncer auparavant et cela va contribuer à un meilleur équilibre entre sa vie professionnelle et sa vie extraprofessionnelle.³⁴⁵ Le salarié va travailler dans des meilleures conditions. En effet, avec le développement des open spaces, un salarié est sûrement dans un environnement plus calme à son domicile que dans l'entreprise. De plus, il sera moins fatigué³⁴⁶ car il aura moins de temps de trajet à effectuer et moins de stress engendré par les moyens de transports ; entre embouteillage le matin et train retardé, arriver à l'heure au travail devient un des premiers objectifs de la journée pour tout salarié.

134. S'agissant de l'employeur,³⁴⁷ il va aussi tirer profit de cette situation. Le salarié sera plus productif, il sera moins absent car il y aura moins de fatigue ou de retards causés par les transports. De plus, comme énoncé auparavant, puisqu'il n'est plus nécessaire de se rendre dans les locaux de l'entreprise, ce nouveau mode d'organisation va permettre de continuer à exercer en cas de circonstances exceptionnelles, de grèves etc. Puis également, le télétravail va permettre à l'employeur d'organiser l'espace de travail de ses salariés. L'employeur va pouvoir prévoir une rotation des effectifs en fonction des journées de télétravail fixes et libérer de l'espace de travail. Ainsi, cela peut lui permettre de réduire ses frais généraux et corrélativement d'augmenter la rentabilité de l'entreprise. En effet, l'employeur pourra vendre ou louer des locaux qui lui appartiennent ou, à l'inverse, il pourra arrêter de louer une partie des locaux de l'entreprise.

135. Toutefois, il existe un revers de la médaille au télétravail. En effet, pour le salarié habitué à être entouré de ses collègues, le télétravail peut engendrer un éloignement de la communauté, il peut subir une perte d'esprit d'équipe. Il peut

³⁴³ J-E Ray, « De la question sociale du XXIème siècle au télétravail », Droit social 2019 p.52

³⁴⁴ C. Leborgne-Ingelaere, « Technologies de l'information et de la communication » et télétravail : un couple paradoxal », Bulletin Joly Travail, octobre 2018, n°110h9, p.139

³⁴⁵ Selon une étude, en 2017 le temps moyen gagné au profit de la vie familiale par jour de télétravail est de 37 minutes. « Où en est le télétravail en France ? Retour sur quelques chiffres clés », Site cddd.fr

³⁴⁶ Selon l'étude précitée, le temps moyen de sommeil supplémentaire par jour de télétravail serait de 45 minutes. « Où en est le télétravail en France ? Retour sur quelques chiffres clés », Site cddd.fr

³⁴⁷ C. Leborgne-Ingelaere, article précité

également éprouver une difficulté d'organisation personnelle et il existe un risque important de dépassement de son temps de travail. A contrario de ce qu'on a pu dire précédemment, le salarié peut être dans un environnement qui n'est pas propice au travail. S'il y a des enfants en bas âge dans le lieu où le télétravail s'exerce, il est difficile de parler de meilleures conditions de travail.

136. Pour l'employeur, le télétravail requiert malgré tout une organisation. Mettre en place le télétravail pour 2% de ses salariés n'est pas pareil que pour 35% de ses salariés.³⁴⁸ Ensuite l'employeur doit s'assurer que son salarié qui exerce en télétravail est autonome dans son travail³⁴⁹ et qu'il dispose des outils informatiques et de communication nécessaires. Puis, l'employeur doit se prémunir contre les risques³⁵⁰ qui peuvent exister en matière informatique tel que des virus, le piratage de données, le risque de fuites de données personnelles. La protection qui a été renforcée par le règlement communautaire en 2016³⁵¹ requiert que les employeurs et que les salariés soient extrêmement vigilants quant à la protection et à la préservation des informations.

Le constat est que le salarié du XXI^{ème} siècle acquiert une certaine autonomie dans la manière de gérer son temps et son lieu de travail. Cette flexibilité lui permet de s'organiser pour ce qui relève de sa vie extraprofessionnelle. Cependant, cette autonomie n'est pas si parfaite, elle nécessite de savoir gérer son temps et de réussir à le partager entre ce qui relève de la vie professionnelle et ce qui relève de la vie extraprofessionnelle. Cela n'est pas aisé et d'autant plus dans notre ère des technologies de l'informatique et des communications, de la dématérialisation où les frontières s'effacent et tel est l'enjeu pour un salarié de cette époque.

Titre 2 : Les conséquences de l'autonomie du salarié

L'autonomie a des conséquences sur la vie personnelle et extraprofessionnelle c'est pourquoi il faut définir leur frontières (chapitre 1) puis aborder les difficultés apportées par cette autonomie sur le salarié du XXI^{ème} siècle (chapitre 2).

Chapitre 1 : La nécessité de définir les frontières entre l'entreprise et la vie personnelle, extraprofessionnelle

Savoir déterminer les frontières de ces notions n'est pas aisé, c'est pourquoi il faudra envisager la définition des notions touchant la vie professionnelle et extraprofessionnelle (section 1), puis ensuite montrer que des flux peuvent exister entre ces dernières (section 2).

³⁴⁸ J-E Ray, « Droit du travail, droit vivant », Edition Wolters Kluwer, 28^{ème} édition, 2020

³⁴⁹ A cet égard, il existe une période d'adaptation et de réversibilité pour l'employeur et le télétravailleur de sorte que si cette période n'est pas concluante, le salarié devra retourner travailler dans les locaux de l'entreprise.

³⁵⁰ J-E Ray, « De la question sociale du XXI^{ème} siècle au télétravail », Droit social 2019 p.52

³⁵¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Cette réforme « renforce les droits des personnes, responsabilise les acteurs traitant des données et crédibilise la régulation grâce à une coopération renforcée entre les autorités de protection de données », Site cnil.fr

Section 1 : Les notions de vie privée, vie extraprofessionnelle, vie professionnelle, vie personnelle et vie publique

Pour aborder ces notions il faudra en préciser leurs définitions et leurs fondements (§1), puis ensuite évoquer des illustrations (§2) venant montrer la difficulté pratique de leur distinction.

§1 : Définitions et fondements de ces notions

137. La vie personnelle concerne à la fois la vie privée du salarié et l'ensemble de ses actes et comportements, voici l'approche du Doyen honoraire de la Cour de cassation P. Waquet.³⁵² La vie personnelle représente à la fois la vie publique du salarié et sa vie privée.³⁵³ Dès lors, il convient de définir ces deux notions pour déterminer la notion de vie personnelle.

138. S'agissant de la vie privée, cette notion a été introduite dans le Code civil suite à une loi du 17 juillet 1970.³⁵⁴ Elle est inscrite à l'article 9 du Code civil et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Depuis 1999³⁵⁵ elle a une valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel précise que son respect découle de la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La vie privée n'est pas définie par la loi mais la jurisprudence l'a précisé petit à petit. On considère que la vie privée protège l'intimité de la personne, ces relations familiales, l'état de santé, la vie sentimentale, l'image, les convictions personnelles, philosophiques et religieuses, le sexe, le domicile et la mort.³⁵⁶ Le professeur Rivéro définit la liberté de la vie privée comme « *la reconnaissance, au profit de chacun, d'une zone d'activité qui lui est propre et qu'il est maître d'interdire à autrui* ». ³⁵⁷ Ainsi, par principe les tiers sont tenus à un devoir de non-immixtion à moins que la personne concernée ait consentie à cette immixtion.

139. S'agissant de la vie publique, R. Badinter la définit comme « *la part de notre vie qui se déroule en présence du public, notre participation publique à la vie de la cité.* » ³⁵⁸ Cette participation est illustrée au travers de trois axes que sont le travail car il implique des rapports avec autrui, les loisirs par renvoi aux activités se déroulant en public et enfin par les institutions, les activités s'inscrivant dans l'administration de la cité. Toutefois, tout ce qui se déroule dans un lieu public n'est pas pour autant exclu de la vie privée. En effet, lieu public et vie publique ne sont pas synonymes de même que lieu privée et vie privée. Un lieu privé est un lieu où une autorisation est requise pour y entrer, à l'inverse d'un lieu public ouvert à tous. Il est possible d'avoir une vie privée

³⁵² P.Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », Edition Liaisons 2003

³⁵³ J-E Ray, « Droit du travail, droit vivant », Edition Wolters Kluwer, 28^{ème} édition, 2020 ; P.Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », Edition Liaisons 2003

³⁵⁴ La loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens

³⁵⁵ Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999

³⁵⁶ « Étude de législation comparée n° 33 - janvier 1998 - La protection de la vie privée face aux médias », Note de Synthèse, Site Sénat.fr et « La jurisprudence est donc intervenue afin de faire entrer dans le domaine de la vie privée, *l'image* (Civ. 2^e, 5 mars 1997), *le sexe* (CrEDH 25 mars 1992, Van Oosterwijk c/ Belgique), *la vie familiale et les origines familiales* (Civ. 1^{re}, 16 oct. 1984, Bull. civ. I, n° 268), *la santé* (Civ. 1^{re}, 6 juin 1987), *la voix* (Paris, 12 janv. 2005), *les convictions personnelles, philosophiques et religieuses* (Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005), *le domicile* (Civ. 2^e, 5 juin 2003), *la vie sentimentale* (Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998), *la mort* (Civ. 1^{re}, 20 déc. 2000) » dans « Fiche d'orientation, Vie privée », Dalloz, février 2020

³⁵⁷ J. Rivero, « Libertés publiques, P.U.F. Tome 2, 1983, p.74

³⁵⁸ R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, JCP 1968. I. 2136, § 18, dans « Atteinte à la vie privée », N. Cazé-Gaillarde, Dalloz, Novembre 2019

aussi bien dans un lieu privé que dans un lieu public. Prenons l'exemple d'une personne photographiée dans la rue, son droit à l'image ne s'arrête pas au lieu privé.

140. P. Waquet nous explique³⁵⁹ que la notion de vie privée était utilisée de manière inexacte puisque sur le fondement de l'article 9 du Code civil, il était protégé la vie extraprofessionnelle du salarié. Or cet article protège l'intimité de la personne donc il fallait une notion permettant d'envelopper la vie privée et les actes publics du salarié tel que lorsqu'il assiste à un spectacle, lorsqu'il adhère à une association. Il fallait une notion plus large qu'est la notion de vie personnelle. Cette notion a été consacrée en 1997 par deux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation³⁶⁰ dans lesquelles elle fait référence à la vie personnelle du salarié et non pas à sa vie privée.

Ainsi, la vie personnelle enveloppe tant la vie privée que la vie publique. Lorsqu'il s'agira d'un fait relevant de la vie personnelle du salarié, il échappera à l'autorité de l'employeur c'est-à-dire au pouvoir disciplinaire et à la possibilité de licenciement.

141. Il convient ensuite de définir la vie extraprofessionnelle qui couvre toute la partie de la vie qui échappe à l'autorité de l'employeur et cela qu'elle soit privée ou publique. A contrario, la vie professionnelle concerne la sphère dans laquelle une personne exerce sa profession, une prestation de travail sous la subordination de son employeur ou pour son propre compte. La vie personnelle a été initialement conçue pour protéger la vie extraprofessionnelle, toutefois, les salariés ont une part d'autonomie même dans le courant de leur vie professionnelle. A cet égard, leur vie personnelle y sera également protégée.

Pour éclaircir ces notions, il convient d'envisager des cas jurisprudentiels.

§2 : Illustration de ces notions

142. De nombreuses illustrations jurisprudentielles existent, c'est pourquoi il convient de développer les décisions fondamentales en la matière.

143. La distinction entre ces notions n'est pas si évidente et n'est pas toujours respectée. En effet, le fondement utilisé par les juges est parfois contestable, telle est la critique formulée par le Professeur Savatier. Cette critique a lieu à propos d'une jurisprudence en 1992 dite Roissard contre Robuchon.³⁶¹ Dans cette affaire, une employée d'un concessionnaire automobile va acheter une voiture d'une autre marque que celle commercialisée par son employeur et elle va être licenciée. Elle conteste la cause réelle et sérieuse de son licenciement. Les juges vont se fonder sur l'article 9 du Code civil c'est-à-dire sur le respect de la vie privée. Le professeur Savatier nous décrit³⁶² que la Cour de cassation paraît assimiler vie privée et vie extraprofessionnelle et que l'habitude s'agissant de l'article 9 du Code civil, est d'opposer la vie privée à la vie publique. Or, circuler dans une voiture marquée relève de la vie publique et se rattache à la vie extra-professionnelle du salarié et non pas à sa vie privée. Ainsi, l'employeur reprochait à sa salariée, un comportement de sa vie publique. Le licenciement n'était pas justifié. La Cour affirme que le « salarié est libre dans sa vie privée d'acheter les biens,

³⁵⁹ P. Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », Edition Liaisons 2003

³⁶⁰ Cass. soc., 14 mai 1997, 94-45.473, Publié au bulletin ; Cass. soc., 16 décembre 1997, 95-41.326, Publié au bulletin

³⁶¹ Cass. soc., 22 janvier 1992, 90-42.517, Publié au bulletin

³⁶² J. Savatier, « La protection de la vie privée des salariés », Droit social 1992, p.329

produits ou marchandises de son choix » et il n'y renonce pas en devenant subordonné à son employeur.

144. Concernant la vie privée, elle constitue une partie de la vie personnelle de sorte qu'elle continue d'être protégée et cela même au sein de l'entreprise. Deux arrêts rendus le 2 octobre 2001³⁶³ en témoignent. Dans une affaire dite Nikon, l'employeur avait ouvert un dossier d'un de ses salariés intitulé « personnel ». La Cour de cassation affirme que le salarié a le droit au respect de l'intimité de sa privée et qu'elle implique le secret des correspondances. L'employeur a ainsi violé une liberté fondamentale protégée par l'article 9 du Code civil et l'article 8 de la CEDH en prenant connaissance des courriels sur l'ordinateur qu'il avait mis à la disposition du salarié, dont il était fait mention du caractère personnel. Cet arrêt montre que la protection de la vie personnelle demeure durant la vie professionnelle.

Dans la seconde affaire, l'employeur avait imposé à son salarié de travailler à son domicile alors qu'il exerçait jusqu'à présent au sein des bureaux de l'entreprise. La Cour de cassation vient affirmer la protection du domicile en jugeant que l'employeur ne peut lui imposer de travailler à son domicile sans porter atteinte à la vie privée du salarié.

Plus récemment en 2007,³⁶⁴ la Cour de cassation considère que ne peut être constitutif d'une sanction disciplinaire, la réception d'une revue sur son lieu de travail. En se fondant sur le contenu d'une correspondance privée, l'employeur a porté atteinte au respect de la vie privée du salarié. Dans cet arrêt, les juges ont protégé l'intimité de la vie privée et corrélativement la vie personnelle du salarié lorsqu'une partie est révélée sur le lieu de travail.

145. S'agissant de la protection de la vie extraprofessionnelle, un arrêt de 1998³⁶⁵ en est une illustration. Un employé en arrêt maladie avait envoyé une carte postale de vacances à ses collègues, l'employeur le licencie. La Cour de cassation relève que le contrat de travail est suspendu et que le salarié n'a ni manqué à ses obligations contractuelles ni à son obligation de loyauté. Le licenciement par l'employeur reposait sur des motifs extraprofessionnels de sorte que le licenciement n'avait pas de cause réelle et sérieuse.

Pendant la vie professionnelle, le salarié reste aussi un homme libre, il conserve sa vie personnelle même si elle est atténuée. Par conséquent, ces notions ne sont pas opposées et des mouvements existent entre elles.

Section 2 : Des flux entre vie personnelle et vie professionnelle

Toute protection souffre d'atteintes et tel est le cas de la vie personnelle qui peut se voir restreindre durant la vie professionnelle (§1) mais qui peut aussi avoir des conséquences dans la vie professionnelle (§2).

§1 : Des restrictions possibles à la vie personnelle durant la vie professionnelle

146. Précédemment évoqué, c'est l'article L1121-1 du Code du travail qui permet de restreindre les droits des personnes, les libertés individuelles et les libertés collectives.

³⁶³ Cass. soc., 2 octobre 2001, 99-42.942, Publié au bulletin ; Cass. soc., 2 octobre 2001, 99-42.727, Publié au bulletin

³⁶⁴ Cass. Chambre mixte, 18 mai 2017, 05-40.803

³⁶⁵ Cass. soc., 16 juin 1998, 96-41.558, Publié au bulletin

Cet article, autrefois sous le numéro L120-2, a été introduit en 1992³⁶⁶ par le législateur. C'est la loi qui est venue limiter le pouvoir réglementaire de l'employeur, le pouvoir de direction et de gestion du chef d'entreprise.³⁶⁷ Les restrictions apportées aux libertés individuelles sont une préoccupation de longue date. En 1990, Monsieur Soisson dans une lettre adressée au Professeur Lyon-Caen énonce qu'il lui apparaît « *nécessaire d'engager une réflexion sur l'équilibre qu'il convient d'atteindre entre d'une part le respect des libertés individuelles des candidats à un emploi et des salariés lors de l'exécution du contrat de travail et d'autre part le respect des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement des entreprises* ». ³⁶⁸ Deux idées ressortent, tout d'abord la protection qui doit être apportée aux libertés individuelles se fait tant durant un entretien d'embauche que lors de l'exécution du contrat de travail. Ensuite, il faut allier la protection des libertés individuelles et le bon fonctionnement des entreprises. Deux années plus tard, l'article L120-2 sera introduit dans le Code du travail.

147. Les libertés individuelles ayant déjà été définies il convient de préciser les termes de droit des personnes et de libertés collectives. Le droit des personnes consiste à étudier les personnes en tant que sujets de droits, c'est-à-dire au travers de la personnalité juridique et de la capacité juridique qui peut être de jouissance ou d'exercice. Une liberté collective est une liberté qui va s'exercer collectivement tel est le cas du droit de grève qui est une liberté propre à chaque salarié mais qui va s'exercer collectivement.

148. L'article précité énumère un principe qui est conditionné. En effet, il ne peut être porté atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives lorsqu'elle n'est pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Donc dans l'entreprise les droits et libertés des personnes peuvent être limités de manière raisonnable. De plus, l'article utilise une formulation puissante « *Nul ne peut apporter* ». Cela n'inclut pas seulement l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction et des actes unilatéraux qu'il peut prendre. Y sont également compris le contrat de travail, les accords collectifs, les règles légales ou réglementaires. Ainsi, les restrictions qui sont justifiées pourront provenir de toutes ces mesures et engagements.³⁶⁹

149. La question qui se pose est de savoir si la vie personnelle peut être protégée par cet article puisqu'elle n'est pas expressément mentionnée. Le Doyen honoraire à la Cour de cassation, P. Waquet écrit que « *si l'on assimile la vie personnelle à la liberté individuelle, on conçoit immédiatement que cette liberté peut faire l'objet de restrictions* ». ³⁷⁰ Ensuite, il énonce que l'ancien article L120-2 du Code du travail désormais L1121-1, s'applique à la vie personnelle de sorte que « *l'autonomie du salarié* » peut faire l'objet de restrictions sous condition qu'elles soient justifiées et proportionnées.

Des applications jurisprudentielles existent et un contrôle de proportionnalité de la mesure prise par l'employeur est effectué en comparaison à l'atteinte portée à la vie personnelle du salarié. Ce contrôle est réalisé au visa de l'article L1121-1 du Code du

³⁶⁶ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage - Article 25

³⁶⁷ P. Waquet, « Le juge et l'entreprise », Droit social 1996 p.472

³⁶⁸ Monsieur Soisson, Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle dans « Les libertés publiques et l'emploi », G. Lyon-Caen, Rapport pour le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle, 1992

³⁶⁹ P. Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », Edition Liaisons 2003

³⁷⁰ P. Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », Edition Liaisons 2003

travail. Illustration en 2012 s'agissant d'une nouvelle répartition du travail.³⁷¹ En 2018, les juges du fond ont du regarder si la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne portait pas une atteinte excessive au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale. Ils précisent que la seule atteinte possible doit être justifiée et proportionnée.³⁷² De même en 2019 dans un arrêt précité, les juges d'appel auraient du rechercher si le temps de trajet (après le changement du lieu de travail du salarié) et la « *nécessité de renoncer à cette activité portait une atteinte excessive au droit du salarié à une vie personnelle et familiale* ». ³⁷³

§2 : Des faits relevant de la vie personnelle ayant des conséquences dans la vie professionnelle

150. Selon la définition du Professeur Loiseau, la vie personnelle « *comprend toutes circonstances dont l'indifférence s'impose à l'employeur parce qu'elle est sans lien direct et nécessaire avec l'exercice de l'activité professionnelle, même s'il s'agit de faits qui pourraient être rendus publics sans affecter la vie privée* ». ³⁷⁴ Puisqu'elle est sans lien direct avec l'activité professionnelle, par principe, la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire. En effet, un licenciement disciplinaire est prononcé en raison d'une faute commise par le salarié. Cette faute du salarié doit être liée à un manquement de ses obligations qui découlent du contrat de travail.

Bien qu'un fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire, il a été admis que le licenciement ait une cause réelle et sérieuse³⁷⁵ dès lors que les faits de la vie personnelle « ont créé un trouble caractérisé » au sein de l'entreprise.³⁷⁶ On prend ici en compte non pas le comportement du salarié mais les répercussions dans l'entreprise. En 2011, la Chambre sociale de la Cour de cassation vient expressément énoncer qu'un fait relevant de la vie personnelle et qui cause un trouble caractérisé dans l'entreprise ne justifie pas un licenciement disciplinaire.³⁷⁷ Ainsi, si un fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire, il s'agirait alors d'un licenciement personnel non disciplinaire.³⁷⁸

151. Toutefois il existe des exceptions à l'immunité disciplinaire en cas d'abus de la part du salarié ; quand le fait relevant de la vie personnelle constitue un manquement du salarié à une obligation découlant de son contrat de travail.³⁷⁹ Ainsi jugé à propos d'un fait relevant de la vie personnelle mais constituant un manquement à une obligation particulière de sécurité,³⁸⁰ à une obligation de confidentialité,³⁸¹ ou encore à l'obligation de loyauté.³⁸² Dans cette espèce, un salarié protégé s'était servi des outils informatiques

³⁷¹ Cass. soc., 21 novembre 2012, 11-22.255, Inédit

³⁷² Cass. soc., 5 avril 2018, 16-25.242, Inédit

³⁷³ Cass. soc., 22 mai 2019, 18-15.752, Inédit

³⁷⁴ G. Loiseau, « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », Recueil Dalloz 2011 p.1568

³⁷⁵ Une cause réelle est une cause objective, existante et exacte et une cause sérieuse de licenciement implique que le licenciement soit une mesure adéquate, proportionnée et nécessaire à la suppression du trouble objectif.

³⁷⁶ Cass. soc., 17 avril 1991, 90-42.636, Publié au bulletin

³⁷⁷ Cass. soc., 9 mars 2011, 09-42.150, Publié au bulletin

³⁷⁸ A propos de l'arrêt du 9 mars 2011 « *Invoquant le trouble caractérisé dans l'entreprise, l'employeur aurait dû en réalité se situer sur le terrain du licenciement pour motif personnel non disciplinaire.* », Commentaire par J. Mouly, « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 21-22, 26 Mai 2011, 1422

³⁷⁹ Cass. soc., 3 mai 2011, 09-67.464, Publié au bulletin

³⁸⁰ Cass. soc., 27 mars 2012, 10-19.915, Publié au bulletin

³⁸¹ Cass. soc., 6 avril 2011, 09-72.520, Inédit

³⁸² Conseil d'État, 4ème - 1ère chambres réunies, 10/07/2019, 408644

mis à la disposition par l'employeur pour s'introduire dans la messagerie professionnelle d'un autre salarié. Le Conseil d'Etat juge qu'il a méconnu son obligation de loyauté découlant de son contrat de travail malgré que les faits aient été commis en dehors du temps et du lieu de travail. Dans ces arrêts, les salariés sont licenciés sur le fondement du licenciement disciplinaire pour faute. A cet égard, le Professeur Loiseau nous expose qu'il aurait mieux valu considérer que le manquement ne soit pas regardé comme un fait de la vie personnelle mais comme se rattachant en réalité à la vie professionnelle, qu'il affecte la relation de travail ou encore qu'il ait des répercussions sur l'activité professionnelle.³⁸³ Cela fait écho à la prochaine exception.

La seconde exception à l'immunité disciplinaire de la vie personnelle concerne les faits qui se rattachent par certains aspects à la vie professionnelle, à la vie de l'entreprise. Ne relèvent pas de la vie personnelle, des faits de harcèlement sexuel commis par un salarié à l'extérieur de l'entreprise à l'égard de personnes avec lesquelles il est en contact en raison de son travail. Ainsi, le licenciement pour faute grave est caractérisé.³⁸⁴ En 2011, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel qui prononce le licenciement pour faute grave d'une salariée qui profite de ses fonctions de gardien et de la confiance de son employeur pour stocker et fabriquer de l'alcool en dehors de ces temps et lieux de travail et avec les moyens mis à sa disposition par l'employeur. Il s'agit d'un fait relevant de la vie personnelle de la salariée mais qui se rattache à la vie de l'entreprise de sorte que cela constitue une faute grave, le licenciement disciplinaire est fondé.³⁸⁵

En pratique on constate que les frontières ne sont pas si étanches entre la vie professionnelle et la vie personnelle. De nos jours, les nouvelles technologies et la dématérialisation accentuent ce phénomène. Il devient difficile de parler de temps de travail effectif lorsque l'on est sollicité par des outils technologiques qui nous font basculer de la vie professionnelle à celle personnelle. Les nouvelles technologies ne sont pas les seuls facteurs, l'autonomie voulue par les salariés engendre des conséquences.

Chapitre 2 : Les difficultés apportées par la notion d'autonomie du salarié au XXIème siècle

Le modèle parfait ou l'autonomie du salarié serait remplie est difficile à atteindre. En effet, il existe un revers de la médaille à cette quête d'autonomie, les frontières entre la vie professionnelle et extraprofessionnelle ne sont pas respectées (section 1). Cela impacte également les conditions de travail des salariés et de nouvelles protections deviennent nécessaires au XXIème siècle (section 2).

Section 1 : Des frontières fines et non respectées entre vie extraprofessionnelle et vie professionnelle

Cet irrespect des frontières est à double sens c'est-à-dire que si la vie professionnelle pèse sur les salariés en dehors de leur temps de travail (§1), la vie extraprofessionnelle des salariés impacte leur temps de travail (§2).

³⁸³ G. Loiseau, « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », Recueil Dalloz 2011 p.1568

³⁸⁴ Cass. soc., 19 octobre 2011, 09-72.672, Publié au bulletin

³⁸⁵ Cass. soc., 17 novembre 2011, 10-17.950, Inédit

§1 : La vie professionnelle pesant sur les salariés en dehors de leur temps de travail

152. « L'entreprise pèse sur les salariés mêmes s'ils ont physiquement quitté, même en dehors de l'horaire de travail ». ³⁸⁶ Ce constat déjà présent en 2003 l'est encore plus de nos jours avec l'émergence des nouvelles technologies. Par principe, lorsque les salariés ne sont pas dans leur temps de travail, ils n'ont pas à recevoir d'ordres de la part de leur employeur. ³⁸⁷ Mais les salariés peuvent emmener leurs outils tel qu'un ordinateur portable à leur domicile, de sorte qu'ils vont être sollicités à travailler en dehors de leur heures de travail. Lorsque le travail s'effectue seulement au sein d'une entreprise, la frontière est plus tranchée, le salarié qui quitte son lieu de travail n'est plus sous le contrôle de son employeur.

153. Toutefois un autre facteur est à prendre en compte, c'est le poids psychologique du travail qui peut toucher tous les salariés. A cet égard, depuis le début du XXIème siècle, la santé mentale est désormais prise en compte dans le Code du travail ³⁸⁸ et nous montre qu'elle devient une préoccupation des plus nécessaires à cette époque. En effet, autrefois l'économie était tournée vers un modèle manufacturier et c'était la santé physique des travailleurs qu'il fallait protéger. Aujourd'hui, du fait de la croissance « des travailleurs du savoir », ³⁸⁹ il devient indispensable de protéger leur santé mentale. Toutefois, il ne faut pas exclure les travailleurs manuels qui, de manière humaine, emmènent chez eux les problèmes liés à leur travail.

154. S'agissant des nouvelles technologies, il convient de se référer à quelques chiffres pour montrer l'impact des nouvelles technologies sur les salariés et à quel point elles brisent les frontières entre la vie professionnelle et la vie extraprofessionnelle. Selon un sondage de l'APEC en 2014 ³⁹⁰ concernant les cadres ; 23% disent ne jamais se déconnecter, 22% rarement. 63% affirment que les technologies de l'information et de la communication (TIC) perturbent leur vie personnelle et familiale et 60% considèrent que cela affecte leur qualité de vie. 59% des cadres sondés estiment que les technologies de l'information et de la communication contribuent à les faire travailler hors des murs de l'entreprise et à la question de savoir si le fait d'être connecté à l'entreprise en dehors du temps de travail conventionnel augmente la charge de travail individuel, 72% y répondent positivement. D'autres chiffres alarmants sont mentionnés, en effet, 53% des cadres sondés font état qu'être connecté en dehors du temps conventionnel ne facilite pas le travail collectif ni les relations à 58%.

On constate néanmoins quelques points positifs. 60% des cadres sondés reconnaissent que d'être connecté en dehors des temps de travail conventionnels apporte de la souplesse à leur organisation et 64% estiment que les outils utilisés dans l'entreprise améliorent la productivité et facilitent leur organisation personnelle.

³⁸⁶ P.Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », Edition Liaisons 2003

³⁸⁷ A cet égard P.Waquet écrit « Nous sommes dans l'autre versant de la vie du salarié : celui où il ne travaille pas, où, en principe, il n'a pas à recevoir d'ordres et d'instructions, celui où il devrait pouvoir faire ce qu'il lui plaît, que ce soit rester chez lui ou se promener. Si cet idéal était atteint, on pourrait parler de vie extraprofessionnelle. Mais ce n'est pas le cas. Pourquoi ? À la fois pour des raisons juridiques : le contrat de travail produit des effets même quand il ne donne pas lieu à un travail, et pour des raisons de fait dont certaines sont liées au développement des nouvelles technologies. », « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », Droit social 2010 p.14

³⁸⁸ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

³⁸⁹ J-E Ray, « Droit du travail, droit vivant », Edition Wolters Kluwer, 28^{ème} édition, 2020, p.242

³⁹⁰ Sondage fait par l'Association Pour l'Emploi des Cadres (APEC) en 2014 ; Chiffres présentés à l'occasion des 5^{ème} entretiens experts de l'APEC, thème « Nouvelle organisation du travail des cadres : nouveaux usages, évolution numérique travail collaboratif... Quels enjeux et quelles solutions opérationnelles RH ? », 3 déc. 2014

La question qui se pose alors est de savoir si tous ces aménagements voulus par les salariés et les employeurs sont réellement avantageux ? Si l'on compare entre les avantages et les inconvénients, les seconds semblent prépondérants. Le salarié du XXIème siècle en quête d'autonomie et de volonté d'aménager ses temps et lieux de travail pour être plus libre se retrouve dans une situation aux antipodes de ce qu'il recherchait. Leur vie professionnelle pèse sur eux en dehors du temps de travail mais l'inverse est aussi une réalité.

§2 : La vie extraprofessionnelle du salarié impactant leur temps de travail

155. Les technologies de l'information et de la communication sont un moyen utilisé à but professionnel mais ils le sont aussi à but privé. Presque toutes personnes disposent d'un téléphone portable ou d'un autre moyen de communication personnel de sorte que le temps de travail effectif d'un salarié en est aussi impacté. En effet, quel salarié n'a jamais utilisé son temps de travail effectif pour répondre à un mail personnel, téléphoner à un membre de sa famille ou encore visiter les réseaux sociaux ? Les TIC sont constamment présents et les individus sont incités à les utiliser à tout moment. Cette utilisation n'est pas interdite mais elle ne doit pas constituer un abus. En 2018,³⁹¹ la Chambre criminelle a qualifié d'abus de confiance, l'utilisation par des salariés de leur temps de travail à des fins autres que celles attribuées par l'employeur. Les salariés se sont servis à but privé, de l'activité de l'entreprise, des contrats, des numéros téléphonique de professionnels qui avaient été confiés par l'employeur et ont tenté de développer d'autres activités sans rapport avec celles de leur employeur.

156. Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur va pouvoir restreindre et contrôler l'utilisation faite par ses salariés des outils informatiques. Par exemple, l'employeur va pouvoir interdire l'accès à certains sites ou logiciels, mais aussi l'accès à une boîte mail personnelle en raison des risques de virus. Des mesures peuvent être prises et les salariés devront en être informés. La mise en place de dispositif de contrôle individuel devra être justifiée par un intérêt légitime déclaré à la CNIL. De plus, les mesures prises devront respecter les droits et les libertés des salariés.

En pratique il y a une certaine souplesse. Les salariés sont plus autonomes et sont plus protégés mais de l'autre côté les conditions de travail se dégradent.

Section 2 : Une dégradation des conditions de travail entraînant de nouvelles protections nécessaires

Bien que l'on puisse penser le contraire avec la mise en place de nouveaux droits, de nouveaux mécanismes en faveur des salariés, le constat est qu'il existe une dégradation des conditions de travail des salariés. C'est pourquoi il faudra en préciser les facteurs (§1), ainsi que les conséquences (§2).

§1 : Les facteurs de la dégradation des conditions de travail

157. Les salariés recherchent à organiser leur temps et lieux de travail pour répondre à leurs obligations personnelles et familiales. Les employeurs, quant à eux, recherchent le bien être de leurs salariés pour améliorer la compétitivité. Cependant, le constat se

³⁹¹ Cass. criminelle, Chambre criminelle, 3 mai 2018, 16-86.369, Inédit

porte vers une détérioration des conditions de travail. Le Professeur Le Golf³⁹² explique trois facteurs de cette détérioration. Tout d'abord il énonce une nouvelle temporalité dans laquelle le temps est plus dense, le travail ne doit plus qu'être du travail effectif, il y a des contraintes de productivité et il faut respecter les techniques de management. De nos jours, tout doit s'effectuer rapidement et notamment le travail. Il y a une pression constante pour répondre à la demande et effectuer sa prestation dans le délai imparti. Ensuite il évoque le nouveau style de la relation de travail qui entraîne une perte du collectif car il n'y a pas assez de temps pour pouvoir discuter entre collègues. Et enfin il constate chez les salariés, un sentiment d'inaccomplissement de leur travail. C'est directement lié au manque de temps. Cet exemple s'illustre aisément dans les hôpitaux où les infirmières manquent de temps pour leurs patients et cela se cumule au manque de moyens. Les salariés ne sont plus fiers de leur travail.

158. Cette dégradation se fait au travers de tout ce qui caractérise notre société d'aujourd'hui. Cela commence par l'usage des nouvelles technologies qui entraînent « *une surinformation et une hyper-sollicitation des salariés* »³⁹³ et détériorent les conditions de travail. Ensuite ça passe par le modèle productif de notre époque, c'est la performance qui guide le salarié de sorte que ce qui importe est d'atteindre l'objectif donné, sans considération de comment il a été réalisé, à quel moment et en quel lieu. Cette dégradation passe encore par le télétravail, on a pu aborder précédemment les avantages et les inconvénients. Si d'un côté il permet de s'organiser et de gagner en productivité, de l'autre côté, les frontières entre la vie professionnelle et la vie extraprofessionnelle ne sont plus respectées ; la charge de travail augmente. Madame Leborgne-Ingelaere énonce concernant le télétravail qu' « *à défaut, la souplesse inhérente au télétravail sera éclipsée par la mise en danger du travailleur, dans sa vie sociale, professionnelle et familiale et dans sa santé* ». ³⁹⁴ Cette phrase démontre bien qu'il faut être vigilant à la manière dont les salariés travaillent.

159. Le salarié de nos jours voit une dégradation de ses conditions de travail. Autrefois il s'agissait de pénibilité physique qui se perd, aujourd'hui il s'agit d'une souffrance psycho-morale qui augmente.³⁹⁵ Les salariés sont stressés, « le stress de la vie privée est importé au bureau et inversement le stress de la vie professionnelle est importée dans la vie personnelle et familiale ». ³⁹⁶ Une enquête exclusive de l'institut CSA a été réalisée en 2013 sur 1623 personnes.³⁹⁷ Il ressort de l'étude que 66% des salariés français se disent stressés dont 11% extrêmement stressés et 25% stressés. En 2009, selon une enquête également réalisée par l'institut CSA³⁹⁸ quatre français sur dix se disaient stressés soit environ 41%. On constate une augmentation importante entre les deux périodes. Cette étude précisait que le chiffre atteignait 47% pour les catégories socioprofessionnelles supérieures et 57% pour les cadres supérieurs.

³⁹² J. Le Golf, « Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours », Presse universitaires de Rennes, 2019

³⁹³ L. Draï, dans le titre IV de « Notions et normes en droit du travail », sous la direction de Bernard Teyssié, Editions Panthéon-Assas 2016, p.298

³⁹⁴ C. Leborgne-Ingelaere « Technologies de l'information et de la communication » et télétravail : un couple paradoxal », Bulletin Joly Travail, octobre 2018, n°110h9, p.139

³⁹⁵ J. Le Golf, « Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours », Presse universitaires de Rennes, 2019

³⁹⁶ J-E Ray, « Droit du travail, droit vivant », Edition Wolters Kluwer, 28^{ème} édition, 2020

³⁹⁷ « Qualité de vie au travail, représentations vécus et attentes des salariés français », CSA research, Oct. 2013

³⁹⁸ L'institut CSA interrogé en 2009 pour l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (Anact), 1 000 salariés sur la perception du stress au travail.

Le stress est présent et se répercute sur le salarié, sur sa sphère privée : grosse fatigue, tensions musculaires, trouble du sommeil, anxiété, irritabilité, difficulté à ne plus penser au travail à la maison. L'étude montre que 64% des personnes déclarent ressentir au moins un de ces symptômes. La santé des travailleurs est un enjeu primordial aujourd'hui et des dispositifs ont été mis en place afin de la protéger.

§2 : *Les conséquences : de nouvelles protections au XXIème siècle*

160. De nouvelles protections du salarié sont apparues progressivement au XXIème siècle en matière de santé, de repos et de déconnexion des salariés.

161. Tout d'abord en matière de santé, il s'agit d'un enjeu français et européen. Une directive de 1989³⁹⁹ a rassemblé les principes généraux dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail, elle a été transposée en France fin 1992. Dans le droit interne, l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité et de protection de la santé de ses salariés en vertu des articles L4121-1 et suivants du Code du travail. En 2002⁴⁰⁰ il est inséré dans le Code du travail, la protection de la santé « mentale » au côté de la protection de la santé physique.

162. Il convient tout d'abord d'étudier la nature de cette obligation qui a subi une évolution jurisprudentielle. Par plusieurs arrêts rendus le 28 février 2002,⁴⁰¹ la Cour de cassation vient affirmer d'une part que l'employeur est tenu envers ses salariés à une obligation de sécurité de résultat et d'autre part, elle énonce que le manquement par l'employeur constitue une faute inexcusable. Un second arrêt marquant en date de 2008⁴⁰² confirme la volonté de faire peser une véritable obligation de sécurité de résultat sur l'employeur. Dans cet arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation affirme que l'employeur est tenu d'adopter les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et pour protéger la santé des travailleurs et, qu'au cours de son pouvoir de direction, il lui est interdit de prendre des mesures qui ont pour objet ou pour effet de compromettre cela. La Cour de cassation évoque « *ou pour effet* » de sorte qu'il suffisait qu'un salarié soit exposé à un risque ou que le risque se réalise pour que l'employeur voit sa responsabilité engagée et sans qu'il ne puisse s'en exonérer.

Le champ de la responsabilité de l'employeur est important d'autant plus que ces obligations s'appliquent pour la santé physique et la santé mentale. Progressivement, la jurisprudence s'est tournée vers une obligation de moyens.⁴⁰³ Cela débute avec l'arrêt Air France de 2015 dans lequel la Cour de cassation affirme que l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L4121-1 et L4121-2 du Code du travail ne méconnaît pas l'obligation légale.⁴⁰⁴ Ou encore en février 2017, la Cour de cassation juge que l'employeur n'a pas manqué à son obligation de sécurité pour des faits de violence qu'ils ne pouvaient anticiper et pour lesquels il était intervenu

³⁹⁹ Directive 89/ 391 /CEE du Conseil du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail

⁴⁰⁰ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

⁴⁰¹ Cass. soc., 28 février 2002, nos 00-10.051 ; 00-11.793, 99-18.390 ; 99-18.389 ; 99-21.255 ; 99-17.201 Publiés au bulletin. Ces arrêts sont rendus en matière d'amiante, produit ayant des effets néfastes sur la santé et pouvant provoquer des maladies.

⁴⁰² Cass. soc., 5 mars 2008, 06-45.888, Publié au bulletin

⁴⁰³ A ce propos, en 2017, le président de la chambre sociale de la Cour de Cassation J.Y Frouin qualifie l'obligation de sécurité de l'employeur comme désormais « ni plus ni moins qu'une obligation de moyens », Liaisons Sociales Quotidien, 10 octobre 2017

⁴⁰⁴ Cass. soc., 25 novembre 2015, 14-24.444, Publié au bulletin

personnellement pour cesser l'altercation.⁴⁰⁵ Toutefois, dans le même temps elle continuait de rendre des décisions au regard de l'obligation de résultat.⁴⁰⁶ Puis fin 2017, elle rend une décision en se fondant uniquement sur « *l'obligation de prévention des risques professionnels* ». ⁴⁰⁷ Ce sera le 5 avril 2019 que l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation ne va plus invoquer « *l'obligation de sécurité de résultat* ». Donc, l'employeur peut démontrer qu'il n'a pas manqué à son obligation en prouvant qu'il a pris les mesures nécessaires pour garantir la sécurité des salariés et la protection de leur santé physique et mentale.⁴⁰⁸

163. Ainsi, de nos jours, l'obligation de moyens de l'employeur s'applique en matière de sécurité tout comme de santé physique et mentale des salariés c'est-à-dire pour tous les risques psychosociaux, burn-out, alcoolisme etc. Ce sont des risques pouvant notamment être causés par la dégradation des conditions de travail.

164. Concernant le risque de « burn-out », celui-ci s'est notamment développé au cours du XXIème siècle. Ce risque de « burn-out », dit aussi, « l'épuisement professionnel », est lié à une surcharge de travail et à un stress trop important et permanent. Plus précisément, le burn-out « *désigne l'ensemble de troubles psychiques que subissent les travailleurs confrontés à un environnement professionnel délétère* ». ⁴⁰⁹ En 2013, la Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu que l'épuisement professionnel est de nature à entraîner une dégradation de l'état de santé du salarié qui est susceptible de « *caractériser un lien entre la maladie de la salariée et un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité* ». ⁴¹⁰ Ainsi, l'employeur peut être reconnu responsable en cas de manquement à son obligation en matière de santé et de sécurité et plus particulièrement sur le fondement de l'article L1152-1 du Code du travail. Toutefois, le burn-out n'est pas désigné dans le tableau des maladies professionnelles visé par l'article L461-1 du Code de la Sécurité sociale. Il n'est pas reconnu comme une maladie professionnelle et une proposition de loi visant à le reconnaître comme tel a été rejetée en 2018. Ainsi, il n'est pas « *présupposé professionnel* » mais il est possible de prouver qu'il s'agit d'une maladie « *d'origine professionnelle* » en vertu du septième et du dernier alinéa de l'article précité. Deux conditions devront être remplies pour être reconnu comme une maladie professionnelle. Premièrement le burn-out doit être essentiellement et directement causé par le travail habituel ; deuxièmement, il doit avoir entraîné soit le décès de la victime soit son incapacité permanente à un taux de 25%. ⁴¹¹ Précisons que le burn-out est pris en considération par la Sécurité sociale. En mai 2019, l'Organisation mondiale de la santé a reconnu le burn-out comme un phénomène lié au travail. Une nouvelle classification internationale des maladies dites « CIM-11 » a été adoptée et entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022. ⁴¹² Cette liste sert de base pour établir les tendances et les statistiques sanitaires. Elle permet aux professionnels de santé de bénéficier d'un langage commun et de s'échanger des informations sanitaires.

⁴⁰⁵ Cass. soc., 1 février 2017, 15-24.166, Inédit

⁴⁰⁶ Exemples Cass. soc., 5 juillet 2017, 15-23.572, Inédit, Cass. soc., 13 juillet 2017, 16-13.734, Inédit

⁴⁰⁷ Cass. soc., 6 décembre 2017, 16-10.885, Inédit

⁴⁰⁸ Cass. Assemblée plénière, 5 avril 2019, 18-17.442, Publié au bulletin, Arrêt rendu à propos du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante

⁴⁰⁹ « Syndrome d'épuisement professionnel : examen du rapport par la Commission aux affaires sociales », AN, actualités, 15 février 2017, LexisNexis

⁴¹⁰ Cass. civile, Chambre sociale, 13 mars 2013, 11-22.082, Publié au bulletin

⁴¹¹ Article L641-1 du Code de la Sécurité sociale

⁴¹² F. Chhum, J. Rougé-Guiomar, « Burn-out : l'OMS le considère comme un phénomène lié au travail et non comme une 'maladie' », Village de la Justice, 29 mai 2019, mis à jour le 19 juin 2019

165. La santé passe également par le droit au repos. En 2005, le Conseil constitutionnel⁴¹³ considère qu'il revient au législateur, d'ouvrir le bénéfice du droit à l'emploi au plus grand nombre d'intéressés et de garantir le droit à la santé, au repos et aux loisirs, en vertu de sa compétence pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail.⁴¹⁴ Par ailleurs, ce droit au repos est protégé par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. En 2011, la Chambre sociale de la Cour de cassation rend une décision allant dans le sens de la protection de ce droit.⁴¹⁵

La protection de la sécurité et de la santé des travailleurs est également une exigence européenne. Le 14 mai 2019, la Cour de Justice de l'Union européenne est venue affirmer que « *les Etats membres doivent obliger les employeurs à mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier* ». ⁴¹⁶ La Cour vient juger que s'il n'y a pas les instruments nécessaires pour déterminer cela, alors la réglementation nationale ne garantit pas l'effet utile des droits conférés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne⁴¹⁷ et la directive sur le temps de travail.⁴¹⁸ Tout travailleur a le droit à des périodes de repos journalier et hebdomadaire donc s'il n'y a pas les instruments permettant de calculer le temps de travail des salariés et parallèlement, déterminer les temps de repos, alors il est difficile de pouvoir dire que ces temps ont été respectés.

166. Et enfin, pour assurer ce temps de repos, il convient d'aborder le droit à la déconnexion inséré dans le Code du travail par la loi du 8 août 2016.⁴¹⁹ Désormais on retrouve ce droit à l'article L2242-17 du Code du travail. Bien qu'il n'existe pas de définition légale du droit à la déconnexion, il peut être caractérisé comme « *le droit pour le salarié de ne pas être joignable en dehors de son temps de travail.* »⁴²⁰ Il s'agit d'un droit donc c'est une faculté pour le salarié. Il ne doit pas être contraint à être joignable en dehors de son temps de travail.

S'agissant de la mise en place, les entreprises doivent négocier avec les représentants du personnel sur certains points énumérés à l'article précité. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte après avis du comité social et économique. Toutefois, la loi ne prévoit pas de sanction en cas d'absence de négociation donc on peut se questionner sur son efficacité. Néanmoins, s'il advenait un litige, Monsieur Giraud nous informe⁴²¹ que le salarié pourrait s'appuyer sur les textes relatifs aux risques psychosociaux, l'employeur étant responsable de la santé de ses salariés, il pourra voir sa responsabilité engagée par ce biais.

Mais aussi, en vertu de l'article L2243-2 du Code du travail, l'employeur encourt des sanctions pénales s'il ne remplit pas son obligation de négociation sur la qualité de vie au travail qui comprend le droit à la déconnexion.⁴²²

⁴¹³ Décision n°2005-523 DC du 29 juillet 2005 relative à la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005

⁴¹⁴ En vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958

⁴¹⁵ Cass. soc., 3 novembre 2011, 10-14.702, Publié au bulletin

⁴¹⁶ Affaire C-55/18 Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)/Deutsche Bank

⁴¹⁷ Article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne

⁴¹⁸ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail

⁴¹⁹ Article 55 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

⁴²⁰ M. Hautefort, « Organiser les conditions du droit à la déconnexion », Les Cahiers du DRH, N° 241, 1er avril 2017

⁴²¹ T. Giraud, « Le droit à la déconnexion », Dalloz, Juris Associations 2017, n°552, p.26

⁴²² Article L2242-17 du Code du travail

En pratique, pour que ce droit soit efficace, il appartient à l'employeur d'évaluer la charge de travail de ses salariés et l'organisation de leur travail. Il doit déterminer les risques qu'ils encourent. Il peut mettre en place des mesures de contrôle du temps de connexion ou des périodes de déconnexion automatique. Par exemple, en Allemagne, le groupe automobile Volkswagen a coupé les connexions des salariés à leur boîte mail,⁴²³ le soir de 18h15 à 7h le lendemain et le week-end. En France, certaines entreprises contrôlent la connexion des mails envoyés par les salariés en dehors des heures de travail tel que chez Allianz lorsqu'il s'agit de mails non urgents ou encore Michelin qui émet une alerte au salarié qui se serait connecté plus de cinq fois durant le mois en dehors des heures de travail.⁴²⁴

167. Ce droit à la déconnexion est essentiel et présente de réels enjeux. Il permet d'assurer le respect des temps de repos et des congés payés mais aussi de préserver la santé des travailleurs et de pouvoir équilibrer la vie professionnelle avec la vie privée et familiale. Si ce droit était bien mis en œuvre et qu'il était respecté, il permettrait de protéger le salarié du XXI^{ème} siècle.

Ce salarié est celui qui est au contact des outils numériques et informatiques. Il n'arrive plus à s'organiser et à trouver un équilibre entre sa vie professionnelle et sa vie privée et familiale, il n'arrive plus à trouver un temps de repos. La recherche de la productivité toujours plus croissante par les employeurs et dans les entreprises fait que les salariés ne peuvent plus suivre le rythme. Ils sont insatisfaits de leur travail, ils semblent moins passionnés. Il faut prendre conscience des risques que ces situations peuvent engendrer. Le XXI^{ème} siècle étant loin d'être achevé, il est encore temps de changer.

⁴²³ A. d'Alençon, J. Martinez, « Durée du travail - Mise en œuvre du nouvel accord relatif aux forfaits-jours dans la branche des bureaux d'études (SYNTEC), La Semaine Juridique Social n°51, 16 décembre 2014, 1479

⁴²⁴ « Droit à la déconnexion : où en est-on ? », Le blog des étudiants du master 2 GRH, Ecole universitaire de management de Poitiers, 4 juin 2019, Site internet blogrhiaepoitiers.wordpress.com

Bibliographie

Codes

- Code civil, 119^{ème} édition, Dalloz, 2020
- Code de commerce, Lexis Nexis, 2020
- Code du travail, Lexis Nexis, 2020
- Code de la Sécurité sociale, 44^{ème} édition, Dalloz, 2020

Bulletin d'information de la Cour de cassation

- M-F. Mazars, F. Géa « Contrat de travail et norme collective », Thème n°3 ; Bulletin d'information de la Cour de cassation, 2012

Note explicative de la Cour de cassation

- Note explicative relative à l'arrêt n°1737 de la Chambre sociale du 28 novembre 2018 (17-20.079)

Rapports

- S. Bérout, K. Yon, M. Dressen, M. Gantois, C. Guillaume, D. Kesselman, « La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique », Rapport de recherche, Février 2011
- B. Gomes « Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants », Etude comparée en droit allemand, espagnol français, italien et anglais, Rapport remis à l'Organisation Internationale du Travail Bureau International de Paris, Décembre 2017
- G. Lyon-Caen « Rapport les libertés publiques et l'emploi », Rapport pour le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle, 1992
- « La négociation collective en 2018 », Bilan & Rapports, Edition 2019, Ministère du Travail, Direction générale du travail, Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques

Manuels et ouvrages

- G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès « Droit du travail » Précis, Dalloz 2020 33ème édition

- A. Jeammaud, « La place du salarié individu dans le droit français du travail », dans *Le droit collectif du travail. Questions fondamentales-évolutions récentes. Etudes en hommage à Mme le professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 349
- J. Le Golf, « Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours » Presse universitaires de Rennes, 2019
- A. Mazeaud « Droit du travail », 5^{ème} édition, DOMAT Droit privé
- M. Miné, « Le grand livre du droit du travail en pratique », 29^{ème} édition, édition Eyrolles, 2018
- J. Mouly, « Droit du travail », 8^{ème} édition, Lexifac Droit
- J-E Ray, « Droit du travail, droit vivant », Edition Wolters Kluwer, 28^{ème} édition, 2020
- A. Supiot, « Critique du droit du travail », Presses Universitaires de France, 2011
- P.Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », Edition Liaisons 2003

Extraits numériques d'ouvrages

- I. Getz et B. M.Carney, « Liberté & Cie : Quand la liberté des salariés fait le bonheur des entreprises », 2012
- G. Lyon-Caen, « Un droit sans papiers d'identité », dans « le privé et le public », *Archive de philosophie du droit*, Tome 41, Editions Sirey 1997
- P. Pic, « Traité élémentaire de législation industrielle, Première partie, Législation du travail industriel », Paris, La librairie générale de droit et de jurisprudence, Edition de 1894
- P. Pic, *Les lois ouvrières*. Paris, 1900
- J. Rivero, « Libertés publiques, P.U.F. Tome 2, 1983
- G. Scelle, « Le Droit ouvrier : tableau de la législation française actuelle », Librairie Armand Colin, 1922

Thèse et mémoire

- M. Demoulin, « Nouvelles technologies et droit des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail », Editions Panthéon-Assas, 2012
- A. Lemette, « Les critères du contrat de travail », Université Panthéon-Assas, sous la direction de B. Teyssié, année universitaire 2009-2010

Documents extraits de colloques

- C. Vigneau, « Contrat et individualisation dans la relation du travail », 33^{ème} colloque de droit social, Le droit ouvrier, 2009
- « Notions et normes en droit du travail », sous la direction de Bernard Teyssié, Editions Panthéon-Assas, 2016

Articles de doctrine et de revues juridiques

- G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », Droit social 2015, p 1006
- R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, JCP 1968. I. 2136, § 18, dans « Atteinte à la vie privée », N. Cazé-Gaillarde, Dalloz, Novembre 2019
- G. Blanc, « Contrat commutatif : contrat de travail », Revue des procédures collectives n° 5, Septembre 2011, comm. 132
- B. Boubli, « Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI^e siècle », Jurisprudence Sociale Lamy, N° 35, 4 mai 1999
- A. Bugaga, « Les différents niveaux de négociation d'entreprise », Les cahiers du DRH, N°259, 1^{er} décembre 2018
- F. Chhum, J. Rougé-Guioimar, « Burn-out : l'OMS le considère comme un phénomène lié au travail et non comme une 'maladie' », Village de la Justice, 29 mai 2019, mis à jour le 19 juin 2019
- E. Dockès, « Notion de contrat de travail ». Sem. Soc. Lamy, n°1494, 30 mai 2011
- F. Favennec, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Semaine Sociale Lamy, N° 1643, 15 septembre 2014
- B. Géniaut, C. Giraudet, C. Mathieu « Les ouvrages de droit du travail des années cinquante », Droit ouvrier, septembre 2003
- B. Géniaut, « Le contrat de travail et la réalité ». Dalloz, Revue de droit du travail 2013 p.90
- T. Giraud, « Le droit à la déconnexion », Dalloz, JA 2017, n°552, p.26
- M. Hautefort, « Organiser les conditions du droit à la déconnexion », Les Cahiers du DRH, N° 241, 1er avril 2017
- Jean-Guy Huglo, « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », Semaine Sociale Lamy, N° 1899, 16 mars 2020

- A. Jeammaud, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane », Dr. soc. 2001. 227, spéc. n° 13, p. 234
- S. Lebeau, « La vie personnelle au travail : entre disparition et renouveau », Semaine Sociale Lamy, N° 1681, 15 juin 2015
- C. Leborgne-Ingelaere, « Technologies de l'information et de la communication » et télétravail : un couple paradoxal », Bulletin Joly Travail, octobre 2018, n°110h9, p 139
- G. Loiseau, « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », Recueil Dalloz 2011 p.1568
- J. Martinez, A. d'Alençon, « Durée du travail - Mise en œuvre du nouvel accord relatif aux forfaits-jours dans la branche des bureaux d'études (SYNTEC) », La Semaine Juridique Social n°51, 16 décembre 2014, 1479
- J. Mouly, « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 21-22, 26 Mai 2011, 1422
- T. Pasquier, « Les plateformes numériques dans la tourmente : À propos de l'arrêt Uber rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 janvier 2019 », Sem. Soc. Lamy, n°1845, 21 janvier 2019
- C. Radé, « La réforme de la négociation collective après la loi du 4 mai 2004 : le changement dans la continuité », Lexbase Hebdo, Edition sociale, n°120, mai 2004
- C. Radé, « Des critères du contrat de travail, Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », Dr. Soc. 2013, Dalloz, p.202
- J-E. Ray, « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », Droit social 1995 p.634
- J-E Ray, « De la question sociale du XXIème siècle au télétravail », Droit social 2019 p.52
- T. Revet, « L'objet du contrat de travail », Droit social 1992, p.859
- J. Savatier, « La protection de la vie privée des salariés », Droit social 1992, p.329
- A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », Droit social 1990 p.485
- B. Teyssié, « Droit du travail et droit des Affaires », Recueil Dalloz 2004, p.2698
- B. Teyssié, « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », Droit social 2005 p.127
- B. Teyssié, « Droit du travail, droit des affaires, vie des affaires », Droit social 2015 p.193

- P. Waquet, « Le juge et l'entreprise », Droit social 1996 p.472
- P. Waquet, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », Droit social 2010 p.14
- « Etude 100 – L'évolution du droit à la négociation collective », « 100-9 L'ordonnance du 16 janvier 1982 et la loi du 13 novembre 1982 », Lamy Négociation Collective, 2014
- « Le pouvoir de direction de l'employeur est-il devenu chimère ? », Jurisprudence Sociale Lamy, n°380, 1^{er} janvier 2015
- « 91- Accord collectif et contrat de travail », Le Lamy social, 2019
- « 133- Force obligatoire de la décision unilatérale de l'employeur », Le Lamy social, 2019

Documents explicatifs

- Y. Aubrée, « Contrat de travail : existence – Formation », Répertoire de droit du travail, janvier 2014, actualisé en 2019
- « Contrat d'entreprise », Fiches d'orientation, février 2020
- L. Dauxerre, « Synthèse Sources nationales », Lexis Nexis, 17 janvier 2019
- G. De Raincourt, M. Cerdeira, S. Rioche, « Fasc. 19-40 : Modification du contrat de travail », JurisClasseur Travail Traité, 10 fév. 2020
- D. Gibirila, « Synthèse – Louage d'ouvrage et d'industrie : entreprise et sous-traitance », LexisNexis, mis à jour le 30 avril 2019
- H. Guyot, actualisé par L. Dauxerre, « Fasc 1-20 : Usages », JurisClasseur Travail Traité, Lexis Nexis, 23 janvier 2020.
- « Fiche d'orientation, Vie privée », Dalloz, février 2020
- E. Jeansen, Fasc. 17-1 : Salariat. – Définition, JurisClasseur Travail Traité, mis à jour le 22 janvier 2019
- L. Levi, S. Rodrigues, A. Blot, A. Champetier, N.Flandin, « Fonction publique de l'Union européenne », Répertoire de droit européen, Edition Dalloz, 2019
- « Syndrome d'épuisement professionnel : examen du rapport par la Commission aux affaires sociales », AN, actualités, 15 février 2017, LexisNexis

Sites internet

- www.blogrhiaepoitiers.wordpress.com
- www.cairn.info
- www.cddd.fr
- www.cnil.fr
- www.courdecassation.fr
- www.cse-guide.fr
- www.dpms.eu
- www.droit-travail-france.fr
- www.editions-tissot.fr
- www.gallica.bnf.fr
- www.impôts.gouv.fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.legislation.gov.uk
- www.senat.fr
- www.virtua-legis.com

Index alphabétique

A

Accord atypique : 72

Accord collectif : 67, 68, 69

- Négociation collective : *voir négociation collective*

Astreinte : 112

B

C

Clause de mobilité : 125, 126

- Refus : 128

Comité social et économique : 87

Compétitivité : 89

Contrat de travail : 7,8

- Acte-condition : 81
- Caractères : 11
- Changements des conditions de travail : 78, 118
- Clause de mobilité : *voir clause de mobilité*
- Consentement : 76
- Lieu de travail : 77, 129
- Modification : 77, 79
- Outil d'individualisation : 74
- Pays voisins : 24, 25, 26, 27
- Secteur géographique : 126

Contrats voisins :

- Contrat d'entreprise : 22
- Contrat de franchise : 21
- Contrat de mandat : 18
- Contrat de mandat social : 19
- Contrat de société : 20

Convention collective : 50, 69, 70

D

Décisions unilatérales : 73

Dégradation des conditions de travail : 157, 158, 159

Dépendance économique : 14, 41, 45, 46, 49

Dialogue social : 63, 64

- Acteurs : 65

Droit à la déconnexion : 166

Durée légale de travail : 111

- Consentement : 118

E

Engagement unilatéral : 85

Entreprise libérée : 122

Epargne salariale : 88

F

Force de travail : 4, 5, 6, 9

G

Géo localisation : 93, 98

- Mise en place : 94

I-J-K

L

Libertés individuelles : 100, 147

- Atteinte justifiée : 106, 107, 149
- Liberté d'aller et venir : 101
- Liberté d'expression : 102
- Droit à l'image : 103
- Secret des correspondances : 104
- Contrôle de proportionnalité : 107

Louage :

- de chose : 3
- d'ouvrage : 3

Lien de subordination : *voir subordination*

Lieu de travail : 123, 124

- Aménagement du lieu de travail : *voir télétravail*
- Changement de lieu de travail : 126, 129
- Clause de mobilité : 125
- Refus du changement : 128

M

Modification du contrat : *voir contrat de travail*

N

Négociation collective : 70, 80

- Evolution : 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57
- Accord d'entreprise : 53, 60, 61, 62, 71
- Accord de branche : 53, 59, 71
- Ordonnances Macron : 57, 67
- Réformes Auroux : 51

Nouvelles technologies :

- Contrôle des salariés : 91, 92, 93, 95
- Dégradation des conditions de travail : *voir dégradation des conditions de travail*
- Moyen de preuve : 96, 97, 98
- Géolocalisation : *voir géolocalisation*
- Restrictions par l'employeur : 157
- Utilisation abusive : 156
- Vidéo surveillance : 92, 94, 97

O

Obligation de santé et de sécurité : 162

- Nature de l'obligation de l'employeur : 162, 163
- Droit au repos : 165

Ordre public absolu et ordre public social : 29

Organisation du travail : 89

Organisation du temps de travail : 113, 117, 119, 121

- Equipes successives, alternantes : 120
- Horaires individualisées : 115
- Pouvoir employeur : 118
- Temps partiel : 114
- Travail de nuit : 116

P

Pouvoir de l'employeur : 15, 78

Pouvoir souverain des juges du fond : 17, 34

Prestation de travail : 13

Q

R

Règlement intérieur : 84

Rémunération : 12

Représentants du personnel : 64, 87

S

Salarié : 16

- Protection : *voir obligation de santé et de sécurité*

Santé des travailleurs : 154, 161

- Burn-out : 164
- Droit au repos : 165
- Droit à la déconnexion : 166
- Obligation de santé et de sécurité : *voir obligation de santé et de sécurité*
- Santé mentale : 153, 161

Subordination : 8, 9, 12

- Economique : 14, 15
- Etat : 33, 34, 36
- Lien : 32, 37, 38, 44, 47, 49
- Juridique : 14, 15, 40, 43, 46
- Service organisé : 15, 39

T

Temps de travail : 110, 111, 112

- Evolution : 108, 109
- Aménagements des horaires de travail : 118
- Impact des nouvelles technologies : 155
- Temps de travail effectif : 111
- Organisation : *voir organisation du temps de travail*

Travailleurs assimilés salariés : 28

Télétravail : 130

- Contrôle : 95
- Mise en place : 131
- Pour le salarié : 133, 135
- Pour l'employeur : 134, 136

U

Usage : 85

V

Vie extraprofessionnelle : 145, 148

Vie familiale et personnelle : 127, 128, 129

Vie personnelle : 137, 140, 144

- Licenciement : 150, 151
- Restrictions : 146, 148, 149

Vie privée : 138, 140, 143, 144

Vie professionnelle : 141, 153

- Abus des salariés : 155
- Impact des nouvelles technologies : 152, 154, 155, 156

Vie publique : 139, 140

W-X-Y-Z

Tables des matières

REMERCIEMENTS	1
SOMMAIRE	2
Principales abréviations	3
INTRODUCTION	4
Partie 1 : La relation contractuelle au XXIème siècle fondée sur une conception classique du salarié sous l'autorité de son employeur	16
Titre 1 : La subordination du salarié au travers du contrat de travail et de la négociation collective.	16
Chapitre 1 : Le lien de subordination juridique réel critère de définition du contrat de travail ?	16
Section 1 : La distinction entre le lien et l'état de subordination	16
§1 : La distinction des notions de lien et d'état de subordination	16
§2 : L'état de subordination, réel critère utilisé.....	17
Section 2 : La distinction entre la subordination (juridique) et la dépendance (économique).....	19
§1 : La distinction des notions de subordination et de dépendance	20
§2 : Une éventuelle évolution ?	21
Chapitre 2 : L'importance croissante de la négociation collective	23
Section 1 : La place importante de la négociation collective	24
§1 : L'évolution de la négociation collective avec les lois	24
§2 : La négociation collective portant sur des thèmes fondamentaux ..	26
§3 : Le dialogue social au cœur des entreprises	28
Section 2 : L'articulation des différents engagements	30
§1 : L'accord collectif s'imposant au contrat de travail.....	30
§2 : La primauté de l'accord d'entreprise	31
Titre 2 : L'évolution des pouvoirs de l'employeur se modernisant au gré de la société actuelle	32
Chapitre 1 : Les formes traditionnelles du pouvoir de l'employeur	32
Section 1 : Le pouvoir de l'employeur au regard du contrat de travail ..	32
§1 : Le contrat de travail comme outil d'individualisation	32

§2 : Le pouvoir de l'employeur et le consentement du salarié	33
Section 2 : Le pouvoir de direction de l'employeur au regard des autres engagements	35
§1 : Au travers de la négociation collective	35
§2 : Le pouvoir normatif de l'employeur	36
Chapitre 2 : Les nouvelles formes du pouvoir de l'employeur dans l'ère du XXIème siècle	38
Section 1 : L'organisation de l'entreprise comme outil pour l'employeur	38
§1 : La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise	39
§2 : L'organisation du travail dans l'intérêt de l'entreprise	39
Section 2 : L'arrivée des nouvelles technologies au cœur du pouvoir de l'employeur	40
§1 : L'impact des nouvelles technologies sur la surveillance du salarié	40
§2 : L'impact des nouvelles technologies sur la sanction des salariés	42
Section 3 : Des libertés individuelles permettant une protection du salarié	44
§1 : Les libertés individuelles du salarié nécessaires à notre temps ...	44
§2 : Les restrictions pouvant être apportées à ces libertés	46
Partie 2 : La relation contractuelle du XXIème siècle fondée sur une conception moderne du salarié en quête d'autonomie	47
Titre 1 : L'acquisition d'une autonomie par le salarié	47
Chapitre 1 : L'aménagement de son temps de travail	47
Section 1 : La notion de temps	47
§1 : L'évolution de la notion de temps	47
§2 : Le temps de travail	49
Section 2 : L'organisation de son temps de travail	50
§1 : L'organisation du temps de travail pour le salarié	50
§2 : L'organisation du temps de travail pour répondre aux besoins du marché	51
§3 : Le modèle de l'entreprise libérée basé sur l'autonomie et la liberté des salariés	52
Chapitre 2 : L'aménagement de son lieu de travail	53

Section 1 : La notion de lieu	53
§1 : Le lieu de travail.....	54
§2 : L'articulation du lieu de travail et le respect d'une vie personnelle, familiale	55
Section 2 : Le télétravail comme moyen d'aménagement de son lieu de travail	56
§1 : La codification du télétravail.....	57
§2 : Les aspects positifs et négatifs du télétravail.....	58
Titre 2 : Les conséquences de l'autonomie du salarié	59
Chapitre 1 : La nécessité de définir les frontières entre l'entreprise et la vie personnelle, extraprofessionnelle	59
Section 1 : Les notions de vie privée, vie extraprofessionnelle, vie professionnelle, vie personnelle et vie publique	60
§1 : Définitions et fondements de ces notions	60
§2 : Illustration de ces notions	61
Section 2 : Des flux entre vie personnelle et vie professionnelle	62
§1 : Des restrictions possibles à la vie personnelle durant la vie professionnelle	62
§2 : Des faits relevant de la vie personnelle ayant des conséquences dans la vie professionnelle.....	64
Chapitre 2 : Les difficultés apportées par la notion d'autonomie du salarié au XXIème siècle	65
Section 1 : Des frontières fines et non respectées entre vie extraprofessionnelle et vie professionnelle	65
§1 : La vie professionnelle pesant sur les salariés en dehors de leur temps de travail.....	66
§2 : La vie extraprofessionnelle du salarié impactant leur temps de travail	67
Section 2 : Une dégradation des conditions de travail entraînant de nouvelles protections nécessaires	67
§1 : Les facteurs de la dégradation des conditions de travail.....	67
§2 : Les conséquences : de nouvelles protections au XXIème siècle...	69
Bibliographie	73
Index alphabétique	79
Tables des matières	82