



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET DROIT DISCIPLINAIRE

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES

Référence de publication : Droit social 1998 p.120

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET DROIT DISCIPLINAIRE

Le 10 juillet 1996, la chambre sociale de la Cour de cassation a opéré un important revirement de jurisprudence en substituant à la distinction jusqu'alors classique des *modifications substantielles et non substantielles* du contrat de travail, une nouvelle distinction opposant *modifications du contrat et changements des conditions de travail* (1). D'éminents auteurs ont souligné la portée pratique de cette nouvelle terminologie, qui témoigne du souci de rigueur de la chambre sociale de la Cour de cassation, en vue de permettre une clarification, une meilleure lisibilité de sa jurisprudence pour une plus grande sécurité juridique (2).

Il est vrai que la distinction des modifications substantielles et des modifications non substantielles du contrat de travail - les premières impliquant l'accord des parties, les secondes relevant du pouvoir unilatéral de l'employeur - pouvait laisser le juriste perplexe puis qu'étaient qualifiées de modifications du contrat de travail des mesures affectant les conditions d'exécution du travail et qu'inversement, certaines modifications du contrat de travail étaient assimilées à de simples changements des conditions de travail relevant du pouvoir patronal. Finalement, la nature objective de l'élément modifié importait peu ; ce qui comptait, c'était la gravité des conséquences de la modification pour le salarié. Il en résultait que la délimitation des champs respectifs du pouvoir patronal et du contrat dépendait finalement de l'appréciation des conséquences de la modification sur la vie professionnelle, sociale ou familiale du salarié (3).

Aujourd'hui, en revanche, la jurisprudence consacre une définition objective des domaines du contrat et du pouvoir. Selon certains auteurs, une frontière désormais intangible sépare la « sphère contractuelle » qui, « négociée à deux ne peut être modifiée que par les deux parties » et « la phase d'exécution du contrat où le salarié doit se plier aux ordres et directives de l'employeur » (4). Il ne serait donc plus question d'en faire varier les contours en fonction de la situation personnelle de chaque salarié (5) : soit la modification n'affecte pas le contrat, elle peut alors être imposée unilatéralement par l'employeur, soit elle l'affecte, elle ne peut être décidée qu'en accord avec le

salarié. Ainsi, le contrat de travail serait devenu « un bloc de stabilité » (6), à l'abri du pouvoir de l'employeur.

La présentation est séduisante ; sa mise en oeuvre laisse cependant quelque peu perplexe dans la mesure où la démarcation des domaines respectifs du pouvoir et du contrat paraît difficilement réalisable sans une appréciation concrète des faits, nécessairement subjective...

Mais au-delà, l'examen des arrêts du 10 juillet 1996 ainsi que les commentaires auxquels ils ont donné lieu, portent à s'interroger sur les répercussions, *a priori* importantes, qui devraient en découler s'agissant d'un type particulier de modifications du contrat de travail, les modifications consécutives à une faute du salarié.

C'est en matière disciplinaire que la détermination des limites respectives du pouvoir et du contrat a soulevé, dans le passé, le plus de problèmes et de discussions. Un certain nombre d'études avaient été menées sur la question, que l'on peut classer en deux tendances, opposant les défenseurs d'un respect sans compromis des principes du droit contractuel (7) aux tenants d'une analyse plus institutionnelle préconisant une solution conforme aux principes du droit disciplinaire (8). Pour les premiers, les modifications substantielles du contrat de travail devraient toutes être soumises à des règles identiques, quel que soit le motif qui en est à l'origine : notamment, toute modification substantielle du contrat de travail requiert, selon eux, l'acceptation du salarié, son refus n'étant par ailleurs jamais fautif (9). Pour les seconds en revanche, la modification substantielle du contrat de travail consécutive à une faute constitue une sanction disciplinaire, soumise en tant que telle au droit disciplinaire, dont il serait « passablement incongru » (10) de conditionner le prononcé à l'accord du salarié.

Il est vrai que depuis 1991, la jurisprudence relative à la qualification et au régime juridique de ces modifications du contrat de travail s'était stabilisée : le fait pour un salarié de refuser de se soumettre à une sanction disciplinaire justifiée entraînant une modification substantielle du contrat de travail constituait une faute, et même une faute privative des indemnités de préavis et de licenciement (11). Rappelons cependant que c'est au terme d'un processus marqué par de nombreux

revirements (12) que cette solution a été affirmée puis confirmée, ce qui témoigne des contradictions que suscite la question et de la difficulté d'opter en faveur d'une solution plutôt que d'une autre.

Or, en posant le principe de l'intangibilité du contrat de travail, les arrêts du 10 juillet 1996 ne vont-ils pas inciter la jurisprudence à opérer un revirement en matière disciplinaire et à ne plus faire produire au refus d'une sanction disciplinaire entraînant une modification du contrat de travail les conséquences de la faute grave ? C'est ce que l'on pourrait penser *a priori* ; mais en ce domaine plus qu'en tout autre, la portée des arrêts de 1996 s'avère très réduite, même s'ils impliquent un nouveau classement des différentes mesures concernées.

I- L'APPLICATION DE LA DISTINCTION ENTRE MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET CHANGEMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL EN MATIÈRE DISCIPLINAIRE

L'un des apports essentiels de la jurisprudence parachevée par les arrêts du 10 juillet 1996 réside dans la clarification de la détermination des domaines respectifs du contrat et du pouvoir patronal, résultant de « l'abandon de la vieille distinction entre la « modification substantielle » et la « modification non substantielle » (13) et la consécration d'un clivage nouveau opposant la « modification du contrat » au « changement des conditions de travail ». La nouvelle approche se caractérise par une objectivité accrue ; en revanche, elle ne tient pas plus compte que la précédente de la nature du motif à l'origine de la mesure : la distinction a donc vocation à s'appliquer, que ce dernier soit d'ordre économique ou personnel, disciplinaire (14) ou non. Mais avant d'en examiner les modalités d'application en matière disciplinaire, quelques remarques s'imposent.

A - Remarques générales concernant la distinction

Sous l'empire de la jurisprudence antérieure aux arrêts du 10 juillet 1996, la distinction entre modification substantielle et modification non substantielle du contrat de travail dépendait avant tout de la gravité des conséquences de la mesure pour le salarié : si elle lui occasionnait une gêne importante, on considérait qu'il s'agissait d'une modification substantielle ; dans le cas contraire, la modification était qualifiée de non substantielle.

Désormais en principe, il n'est plus question d'appréciation *in concreto*. La qualification de la mesure dépend exclusivement de la nature de l'élément qu'elle affecte : si celui-ci est compris dans le champ contractuel, il s'agit d'une modification du contrat de travail ; si, au contraire, il est extérieur au contrat, il s'agit d'un simple changement des conditions de travail.

Il en résulte que quelle que soit la cause de la mesure, le contrat de travail se situe au coeur de la distinction ; il en est la clef.

Cependant, faire dépendre ainsi les limites du pouvoir patronal du contenu, souvent imprécis et toujours modulable, du contrat de travail ne peut manquer de susciter quelques réserves. Par ailleurs, on peut également s'interroger sur la portée exacte de la clarification résultant des arrêts du 10 juillet 1996, dans la mesure où il n'est pas certain que toute interférence entre les domaines respectifs du pouvoir et du contrat soit désormais écartée.

1. Le contrat de travail, un critère de distinction imparfait

La première objection qu'appelle la jurisprudence actuelle concerne l'absence de formalisme du contrat de travail, lorsqu'il est conclu à durée indéterminée et à temps complet, et donc l'imprécision de son contenu. En effet, comme le souligne M. Morand (15), il n'est pas sûr que la directive communautaire du 14 octobre 1991 (16) ait permis de remédier à l'imprécision du contenu de ce type de contrat. Certes, ce texte prévoit l'obligation pour les parties de préciser par écrit, au moment de l'embauche, un certain nombre de points qui selon M. Waquet, constituent « l'armature » (17) du contrat de travail. On sait cependant que la directive n'a pas conduit le législateur français à exiger un contrat de travail écrit et que le Gouvernement a estimé suffisantes les mentions devant figurer dans la déclaration préalable d'embauché et dans les bulletins de salaire. Dès lors, à défaut de contrat de travail écrit, faut-il considérer que la modification des mentions figurant dans ces documents constitue une modification de contrat ? Il nous semble plus logique de distinguer entre les mentions qui ont donné lieu à un accord et les autres, peu important qu'elles soient ou non consignées dans un écrit.

Par ailleurs, n'est-il pas illusoire de voir dans le contrat de travail « un bloc de stabilité qui protège l'emploi du salarié » (18), quand on sait l'inégalité des parties lors de sa conclusion et que la liberté contractuelle profite le plus souvent à l'employeur ? On peut dès lors aisément imaginer que les employeurs s'appliqueront à insérer dans le contrat de travail toutes sortes de clauses (clauses de mobilité, échelle des sanctions disciplinaires...) qui leur permettront d'accroître notablement le champ de leur pouvoir.

Enfin, lorsqu'un contrat a été rédigé, l'acceptation du salarié est-elle requise quel que soit l'élément contractuel modifié ou doit-on tenir compte de son caractère essentiel ou non ?

2. Modification du contrat de travail ou modification d'un élément essentiel du contrat de travail ?

Sur le plan de la logique juridique, toute hiérarchisation entre les clauses du contrat paraît devoir être exclue ; la force obligatoire du contrat s'impose avec la même énergie quel que soit l'élément contractuel considéré. Toute solution contraire aboutirait en outre à réintroduire une certaine insécurité juridique liée à l'incertitude qui entourerait alors la détermination du « socle contractuel ».

Pourtant, on ne peut manquer de relever que certains arrêts se réfèrent, non pas à la « modification du contrat de travail », mais à la « modification d'un élément essentiel du contrat ». Ne faut-il pas en conclure que pour la jurisprudence, seule la modification d'un élément essentiel du contrat constitue une modification du contrat de travail ?

Certains commentateurs le pensent (19). D'ailleurs, cette distinction ne s'impose-t-elle pas dans la mesure où l'art. L. 321-1 du Code du travail prévoit expressément que seule une « modification substantielle du contrat de travail » peut donner lieu à un licenciement économique lorsqu'elle a pour cause l'un des motifs prévus par ce texte. Il est vrai que les formules « modification substantielle » et « modification d'un élément essentiel » du contrat de travail ne sont pas synonymes (20). Pourtant, et en dépit de la lettre de L. 321-1, la jurisprudence n'hésite pas à substituer l'expression « modification d'un élément essentiel du contrat » (21) ou même « modification du contrat » (22) à celle de « modification substantielle ». Ce faisant, elle atteste de sa volonté de ne pas consacrer un clivage particulier, propre aux mesures justifiées par un motif économique, comme aurait pu l'y inciter une lecture littérale de l'art. L. 321-1. Il convient d'approuver ce choix qui permet d'éviter des incohérences et des différences de traitement en fonction du motif de la mesure difficilement justifiables. Ainsi, pour les juges, les expressions modification du contrat, modification substantielle et modification d'un élément essentiel se confondent, les premières épousant les contours de la troisième.

Par conséquent, le clivage consacré par la jurisprudence oppose bien la « modification d'un élément essentiel du contrat » au « changement des conditions de travail ».

Se pose alors la question de la détermination des éléments essentiels du contrat de travail.

Doivent être considérés comme essentiels les éléments qui participent de l'essence du contrat de travail, autrement dit qui sont liés à la subordination, à la prestation de travail et au salaire, comme par exemple, le niveau hiérarchique, le type de fonctions exercées ou encore la qualification reconnue au salarié qui contribuent à la définition de la prestation de travail, mais aussi les éléments que M. Boubli qualifie d'« accidentels » (23), qui sont essentiels de par la volonté des parties, c'est-à-dire qui font l'objet d'une clause spécifique, leur conférant sans équivoque cette qualité.

Si l'on s'en tient à une définition stricte des éléments qui font la substance du contrat de travail, il convient de conclure que, sauf clause de stabilité géographique, le lieu de travail n'est pas un élément essentiel du contrat et fait normalement partie des conditions de travail. Pourtant, dans les arrêts Framatome et Majorette du 3 décembre 1996 (24), la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que la mutation géographique - de Versailles à Champagne - de plusieurs salariés envisagée par l'employeur dans le cadre d'une restructuration constituait une modification des contrats de travail. Doit-on en conclure que la simple indication du lieu de travail dans le contrat en fait un élément essentiel ? Rien n'est moins sûr dans la mesure où, à aucun moment les juges ne se réfèrent au contenu des contrats pour justifier leur décision. Notons qu'ils ne soulignent pas davantage l'éloignement des deux localités, ce qui exclut toute appréciation *in concreto*.

Il semble donc que le lieu de travail doive être considéré en lui-même comme un élément essentiel du contrat de travail, peut-être assimilé à un élément de définition nécessaire de la prestation de travail, qui serait en principe prévue pour être exécutée en un lieu déterminé (25) : à l'employeur qui souhaite éviter ce glissement de qualification de se prémunir en insérant, lors de la conclusion du contrat, une clause de mobilité géographique (26).

Finalement, on peut penser que bien peu de clauses résultant de la volonté des parties échapperont au régime de la révision du contrat.

En revanche, une place à part doit être faite aux dispositions du contrat qui ne sont pas l'oeuvre des

parties et qui se bornent à reproduire, comme la loi l'impose dans certains cas, les dispositions correspondantes du statut collectif (intitulé de la convention collective applicable en vertu de la loi, durée collective du travail, système de rémunération applicable, durée du préavis de licenciement ou de démission...) ; ces dernières, comme le souligne M. Morand (27), n'ont qu'une portée informative ; elles ne sont pas créatrices de droits. Elles doivent donc être exclues du régime de la révision du contrat, d'autant qu'en ce qui les concerne, le pouvoir patronal est soumis au respect du statut collectif.

Applicable en matière disciplinaire, la nouvelle distinction emporte un certain nombre de changements relatifs à la qualification des mesures.

B - L'application de la distinction en matière disciplinaire

Incontestablement, la distinction des modifications du contrat de travail et des changements de conditions de travail ne se superpose pas à l'ancienne distinction des modifications substantielles et non substantielles du contrat de travail. Il en résulte que des mesures hier qualifiées de non substantielles vont désormais être qualifiées de modification du contrat, tandis que d'autres considérées dans le passé comme des modifications substantielles vont devenir de simples changements des conditions de travail.

Plus précisément, nous avons vu que la rémunération ainsi que la définition des fonctions et le niveau hiérarchique, corollaires de la qualification professionnelle reconnue au salarié lors de l'embauche, constituent des éléments essentiels du contrat de travail. Par voie de conséquence, la rétrogradation qui désigne habituellement un déclassement hiérarchique, assorti le plus souvent d'une diminution correspondante de rémunération, constitue toujours une modification du contrat de travail, qu'elle soit temporaire ou définitive.

En ce qui concerne la mutation, autre sanction disciplinaire consacrée par l'usage, quelques précisions s'imposent également. S'il s'agit d'une mutation professionnelle, il convient de distinguer selon qu'elle est assortie d'un déclassement hiérarchique (auquel cas, on est en présence d'une rétrogradation) ou non. Dans le premier cas, la mesure sera qualifiée de modification du contrat ; dans le second cas, il s'agira d'un changement des conditions de travail. La mutation géographique, quant à elle, doit, semble-t-il, être assimilée à une modification du contrat de travail (28).

De même, dans la mesure où elle affecte la rémunération du salarié, certains auteurs (29), rejoignant sur ce point la jurisprudence (30), considèrent que la mise à pied - sanction constituée, elle aussi, une modification du contrat. En revanche, lorsqu'elle est prononcée à titre conservatoire, la mise à pied ne prive le salarié de la rémunération correspondant à la durée de la mesure qu'en cas de faute grave. Doit-on néanmoins l'assimiler à une modification du contrat de travail ? Le défaut de fourniture de travail par l'employeur affecte un élément essentiel du contrat ; il semble donc conforme aux arrêts du 10 juillet 1996 de qualifier la mesure de modification du contrat.

Pourtant, l'analyse ne convainc pas.

Tout d'abord, bien que les raisonnements par analogie soient souvent aléatoires, on ne peut manquer de souligner que s'agissant d'un autre type de mise à pied, pour motif économique, la jurisprudence considère, depuis un arrêt du 18 juin 1996 (31), que la mise au chômage partiel du personnel ne constitue pas, pendant la période d'indemnisation prévue par l'art. L. 321-25 du Code du travail, une modification du contrat. Par ailleurs, dans un arrêt du même jour, la Cour de cassation qualifiait la mise au chômage partiel d'un salarié protégé de changement des conditions de travail (32). Autrement dit, tant que le salarié mis en chômage partiel perçoit l'indemnité légale destinée à compenser la perte de rémunération consécutive à la réduction momentanée des horaires de travail, il ne peut se prévaloir d'une modification de son contrat (33).

A fortiori, la mise à pied conservatoire ne privant le salarié des salaires correspondant à la période d'inactivité qu'en cas de faute grave, c'est-à-dire dans une hypothèse où le départ immédiat du salarié s'impose, il semblerait logique de qualifier la mesure de simple changement des conditions

de travail.

Mais l'analyse juridique elle-même n'est-elle pas erronée ? Il semble peu rigoureux d'assimiler à une modification du contrat ou même à un changement des conditions de travail, ce qui est une inexécution partielle du contrat de travail entraînant sa suspension (34). En effet, lorsque l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir institutionnel, prononce une mise à pied, pour quel que motif que ce soit, son objectif n'est pas la révision du contrat, dont le contenu demeure intact, ni même le changement des conditions de travail qui elles aussi demeurent inchangées, mais simplement d'écarter provisoirement le salarié de l'entreprise (35).

Par conséquent, si l'on met à part le cas de la mise à pied, qu'il semble plus logique d'analyser comme une mesure qui met le contrat entre parenthèses sans en modifier les termes, il convient de souligner que, désormais, peu importe la gêne subie par le salarié ; la rétrogradation tout comme la mutation géographique et, plus généralement, toute mesure affectant un élément essentiel du contrat constituent en elles-mêmes des modifications du contrat de travail.

Mais si la distinction jurisprudentielle nouvelle n'est pas sans incidence sur la qualification des mesures disciplinaires, ses conséquences sur leur régime juridique sont inexistantes et parfaitement contraires aux principes qui la sous-tendent.

II.- LE RÉGIME JURIDIQUE DES MODIFICATIONS CONTRACTUELLES CONSÉCUTIVES À UNE FAUTE DU SALARIÉ

Le régime juridique des modifications du contrat de travail consécutives à une faute du salarié dépend de la nature juridique des mesures concernées.

Si l'on admet, ce qui semble devoir découler de la jurisprudence issue des arrêts du 10 juillet 1996, qu'elles relèvent de la sphère contractuelle, on pourrait penser qu'il convient de leur appliquer le

régime de droit commun de la modification du contrat de travail. Il n'est pas certain cependant que cette analyse soit compatible avec les dispositions particulières du droit disciplinaire qui incitent plutôt à conclure à la nature disciplinaire de ces mesures.

A - L'esprit de la jurisprudence : l'exclusion des modifications pour faute du champ du droit disciplinaire

Explicité et clairement situé dans l'environnement juridique actuel par le conseiller-doyen Waquet, le revirement achevé par les arrêts du 10 juillet 1996 s'intégrerait dans un mouvement jurisprudentiel plus général, visant « à restaurer les grands axes du droit du travail » (36) et marqué par « le renouveau du contrat de travail » (37), auquel il importe, selon l'auteur, de rendre la place qui lui revient naturellement. Pour ce dernier, le contrat de travail apparaît désormais comme un domaine protégé, inaccessible au pouvoir patronal. Socle inébranlable, il constituerait par ailleurs la pierre de touche qui permet de dissocier ce qui relève du commun accord des parties et ce qui, au contraire, entre dans le champ du pouvoir unilatéral de l'employeur.

Si tel est le cas, nous l'avons souligné, l'effort de clarification entrepris par la Cour de cassation doit se poursuivre ; notamment le contenu de la distinction des modifications du contrat et des changements de conditions de travail doit être affiné. Il n'en demeure pas moins, si l'on en croit M. Waquet, que les principes sont posés : l'employeur ne peut plus, dans l'exercice de son pouvoir institutionnel, décider de modifier un élément essentiel du contrat : il ne le peut, logiquement, ni dans l'exercice de son pouvoir de direction, ni dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire qui n'en est que le prolongement, un simple « attribut » (38). On voit mal en effet pourquoi la loi contractuelle devrait céder face au seul pouvoir disciplinaire et au nom de quel principe l'employeur serait habilité, dans l'exercice de sa fonction disciplinaire, à passer outre cette loi.

Dans ces conditions, le régime juridique de la modification du contrat de travail fondée sur un

motif disciplinaire ne devrait pas se distinguer du régime de droit commun dégagé par la jurisprudence.

S'agissant de la forme, il convient de rappeler que lorsque la modification du contrat repose sur un motif inhérent à la personne du salarié, aucune formalité n'est requise (39). Toutefois, et conformément à la jurisprudence Raquin, le fait pour le salarié de continuer à travailler aux conditions nouvelles, même pendant plusieurs années, ne vaut pas acceptation.

Si la modification doit être motivée au fond, il n'est pas nécessaire, en revanche, que les motifs soient communiqués au salarié ; *a fortiori*, une notification écrite des motifs n'est pas requise. La solution paraît d'ailleurs discutable dans la mesure où il peut être utile au salarié de connaître très précisément les motifs qui sont à l'origine de la proposition de révision de son contrat, pour l'accepter ou la refuser en connaissance de cause.

Il est vrai que seul le législateur pourrait poser une telle obligation.

Quoi qu'il en soit, même lorsque la mesure est justifiée, le refus du salarié ne constitue jamais une faute. L'employeur qui ne souhaite pas maintenir les conditions initiales du contrat doit donc, en présence d'un refus du salarié, procéder à son licenciement ; à défaut d'initiative de l'employeur, le salarié peut se considérer comme licencié (40). Quant à la cause du licenciement, elle se confond avec la cause de la modification du contrat qui doit donc être réelle et sérieuse. Il convient de rappeler que l'employeur qui aura dû respecter la procédure de licenciement, doit énoncer très précisément les motifs de la rupture et donc de la modification dans la lettre de licenciement. À défaut, conformément à la jurisprudence, le licenciement sera considéré comme injustifié (41).

La nature du licenciement dépend de la nature du motif qui en est à l'origine, c'est-à-dire du motif de la modification (42). S'il s'agit d'une faute du salarié, le licenciement serait alors qualifié de disciplinaire ; il conviendrait donc d'en respecter les particularités. Par ailleurs, il ne serait fondé que si la faute invoquée est suffisamment grave pour constituer une cause réelle et sérieuse. En revanche, la qualification de faute grave devrait être exclue, cette dernière étant en effet définie par

la jurisprudence comme celle rendant nécessaire la rupture immédiate du contrat.

Mais l'exclusion des modifications du contrat de travail du champ du pouvoir disciplinaire de l'employeur aurait également pour conséquence d'en limiter l'étendue de manière non négligeable. En effet, entre les sanctions mineures et la rupture du contrat, la plupart des sanctions disciplinaires modifient le contrat. L'échelle des sanctions serait donc amputée de toute une catégorie de mesures intermédiaires. Cette réduction serait encore plus importante en matière de contrat à durée déterminée où la rupture ne peut intervenir que pour faute grave du salarié.

Il convient de souligner cependant que ce rétrécissement de l'échelle des sanctions (on serait tenté de parler, comme un auteur l'avait fait à propos de la qualification de la faute en droit du travail (43), d'« escabeau ») ne serait pas irrémédiable pour l'employeur. En effet, si la modification du contrat de travail requiert l'accord du salarié, cet accord peut résulter d'une clause du contrat. Plus précisément, l'employeur qui souhaiterait faire reculer les limites de son pouvoir disciplinaire aurait toujours la possibilité de faire figurer dans le contrat la liste des sanctions qu'il souhaite pouvoir prendre, même si elles en affectent les éléments essentiels (44).

Conforme à l'esprit des arrêts du 10 juillet 1996, cette analyse qui consiste à considérer que toute modification du contrat de travail échappe au pouvoir patronal n'est pas celle que retiennent les juges s'agissant des modifications pour faute. Il faut dire qu'en la matière les dispositions du droit disciplinaire viennent quelque peu troubler cette approche pourtant conforme à la logique juridique.

B - La lettre des textes : la nature disciplinaire des modifications du contrat de travail consécutives à une faute du salarié

L'art. L. 122-40 du Code du travail donne la définition suivante de la sanction disciplinaire. «

Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

Autrement dit, les éléments constitutifs de la sanction disciplinaire peuvent être ainsi résumés :

- une mesure « prise » par l'employeur ;
- une mesure consécutive à une faute du salarié ;
- une mesure qui modifie les éléments, contractuels ou non, de la relation de travail.

En vertu de ce texte, l'employeur a donc le pouvoir, dans l'exercice de sa fonction disciplinaire, de prendre, unilatéralement, contre les salariés qu'il considère fautifs, des mesures de changement des conditions de travail, mais aussi des modifications du contrat de travail.

Il est vrai que les principes contractuels s'opposent, à ce que l'un des cocontractants puisse modifier unilatéralement le contrat réputé conclu à deux. Déjà par le passé, certains auteurs avaient souligné qu'il convenait de respecter ces principes, y compris en matière disciplinaire (45).

Pourtant, comme le soutenait M. Déprez, ne doit-on pas en l'occurrence faire application du principe en vertu duquel la loi particulière l'emporte sur la loi générale et faire prévaloir les règles disciplinaires particulières sur les principes contractuels généraux ? Sans doute est-ce le cas en l'état des textes ; dès lors, seule une intervention du législateur permettrait de résoudre la difficulté en excluant du champ du pouvoir disciplinaire les mesures entraînant la modification d'un élément essentiel du contrat de travail. Pour l'heure, cependant, ces dernières doivent être considérées comme des sanctions disciplinaires à part entière. Leur régime juridique est donc fixé par le droit disciplinaire. C'est d'ailleurs la position de la jurisprudence (46).

En ce qui concerne les formalités qui président au prononcé de ces mesures, il convient de souligner que la nature disciplinaire du motif qui les sous-tend procure au salarié concerné un certain nombre de garanties spécifiques. En vertu de l'art. L. 122-41 l'employeur doit convoquer le salarié concerné à un entretien préalable, au cours duquel ce dernier a la possibilité de se faire assister par un collègue de travail. À cette occasion, l'employeur doit l'informer du motif de la sanction et écouter ses explications. S'il décide de prendre la sanction, il doit le faire dans un certain délai, entre un jour franc et un mois après la date fixée pour l'entretien. Enfin, il doit notifier à l'intéressé et par écrit les motifs de la sanction.

Bien sûr, si la convention collective applicable prévoit des garanties supplémentaires en matière disciplinaire, elles doivent être respectées.

On notera qu'au nom du respect des droits de la défense qui s'impose en matière disciplinaire (47), le salarié fautif contre lequel est prononcée une sanction entraînant une modification de son contrat de travail doit être informé oralement, puis par écrit, des motifs qui la justifient ; il s'agit là d'une garantie appréciable qu'il serait souhaitable d'étendre aux salariés dont le contrat est modifié indépendamment de tout comportement fautif de leur part. Il existe en effet un décalage, difficilement justifiable sur le plan de l'équité, qui rappelle celui qui existait, depuis la loi du 4 août 1982 et avant la loi du 2 août 1989, entre licenciements disciplinaire et non disciplinaire.

En revanche, les conséquences du refus de se soumettre à une modification du contrat de travail prononcée à titre disciplinaire sont plus lourdes pour le salarié qu'en l'absence de faute. Certes, son refus ne sera jamais assimilé à une volonté de démissionner mais il sera constitutif d'une cause réelle et sérieuse, en tout cas lorsque la sanction initialement prononcée n'est ni injustifiée, ni disproportionnée (48). Selon la jurisprudence, il peut même s'agir d'une faute suffisamment grave pour justifier le licenciement sans indemnité du salarié (49). Cependant, nous ne pensons pas que la privation d'indemnité doive être systématique ; conformément au principe d'individualisation des peines qui constitue un principe fondamental du droit disciplinaire, inhérent à l'idée de justice, la sévérité de la sanction doit s'apprécier *in concreto* (50).

Ainsi, en matière disciplinaire, la légitimité de la rupture du contrat de travail ne dépend pas directement de la qualification du motif de la sanction initiale ; le seul fait pour le salarié de s'opposer à une modification du contrat de travail régulière constitue une faute, et même, à défaut de circonstances atténuantes, une faute privative des indemnités de délai-congé et de licenciement.

Finalement, en l'état des textes, force est de constater la portée limitée des arrêts du 10 juillet 1996 en matière disciplinaire et, du même coup, la relativité du principe d'intangibilité du contrat de travail qui en découle. Certes, la définition juridique des domaines respectifs du pouvoir patronal et du contrat de travail est un objectif louable. Cependant, la pratique révèle l'existence de nombreuses zones d'incertitude...

« La vie dans l'entreprise ne se range pas facilement dans les tiroirs métalliques du disciplinaire opposé au professionnel », observait M. Mazeaud (51) en 1991 ; il semble qu'il ne soit guère plus aisé de la ranger dans les tiroirs du pouvoir et du contrat...

(1) Soc. 10 juillet 1996, *DS* 1996, p. 976 ; *RJS* 8-9/96, n° 900.

(2) Ph. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, chron. p. 791 ; J. E. Ray, « Contrat de travail : modification et droit de révision », *Liaisons sociales*, Le Mensuel, mai 1997, pp. 56 et 57.

(3) J. E. Ray préc.

(4) Ph. Waquet, préc. 793 ; également J. E. Ray, préc.

(5) J. E. Ray, préc.

(6) Ph. Waquet, préc., p. 792.

(7) A. Mazeaud, « La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire », *DS* 1991, pp. 16 et s. ; J. Pélissier, « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », *D.* 1992, chron. p. 30.

(8) J. Déprez, « Évolutions récentes de la jurisprudence en matière disciplinaire », *RJS* 6/91, chron. pp. 351 et s. ; « La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire : le cas de la rétrogradation », *JCP* 92, éd. E, I, 148. Cf. ég. notre thèse, « Droit pénal et droit disciplinaire dans l'entreprise privée », Toulouse 1992, pp. 294 et s.

(9) J. Pélissier, préc. p. 31 ; A. Mazeaud, préc. p. 19.

(10) J. Déprez, *RJS* 6/91, préc. p. 355, n° 7.

(11) Soc. 9 octobre 1991, C^{ie} internationale des wagons-lits c./ Chrétiennot, *B. V.*, n° 400 ; *D.* 1991, IR, 247 ; *DS* 1991, p. 787 ; *RJS* 11/97, n° 1208 ; cf. J. Déprez, « La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire : le cas de la rétrogradation », *JCP* 1992, éd. E, I, n° 148.

Il n'est pas indifférent de souligner cependant que la Cour de cassation ne qualifie pas expressément de faute grave le refus du salarié ; elle lui en fait simplement produire les mêmes

effets. Peut-être faut-il voir dans cette démarche ambiguë, un signe de la réticence des juges à qualifier de faute le refus par le salarié d'une modification de son contrat, même en matière disciplinaire.

(12) V. notre thèse, pp. 299 et s.

(13) Ph. Waquet, préc. p. 792.

(14) Cf. Soc. 5 février 1997, *Woerther c./ Société After nettoyage*, *DS*, p. 318.

(15) Morand, « Propos sur la modification du contrat de travail ou des conditions de travail », *JCP* 97 éd. E n° 643, p. 48.

(16) Directive CEE 91/533 du 14 octobre 1991, *JOCE* n° L. 288 du 18 octobre, D. et ALD 91, 455, relative à l'obligation de l'employeur d'informer les travailleurs des conditions de travail applicables au contrat ou à la relation de travail.

(17) Ph. Waquet, préc. p. 793.

(18) Ph. Waquet, préc. p. 792.

(19) B. Boubli, « Sur la modification du contrat de travail », *Sem. soc. Lamy* du 14 avril 1997, n° 835, pp. 3 et s.

(20) Ph. Waquet, préc. p. 782 ; M. Morand, préc. p. 148, n° 6.

(21) Soc. 4 oct. 1996, *DS* 96, p. 198 ; Soc. 22 mai 1996, *DS* 96, p. 981.

(22) Soc. 14 mai 1997, *DS* 1997, pp. 740 et s., obs. Favennec et obs. Couturier ; ég. Soc. 10 déc. 1996, *JCP* 1997, éd. E, n° 42 p. 13.

(23) B. Boubli, préc. p. 3.

(24) *JCP* 1997, éd. E, II, 916, note J. Barthélémy ; rapport de M. le doyen Waquet, *DS* 97, p. 18.

(25) Ph. Waquet, préc. p. 794.

(26) Cf. Soc. 10 juin 1997, Soc. 12 juin 1997, Soc. 3 juin 1997, *RJS* 7/97, n° 794. Il résulte de ces arrêts que l'employeur qui mute un salarié en application d'une clause de mobilité procède à un simple changement de ses conditions de travail et non à la modification d'un élément essentiel.

(27) Morand, préc. p. 148, n° 4.

(28) Arrêts Framatome et Majorette, préc.

(29) A. Mazeaud, préc. p. 19.

(30) Soc. 4 octobre 1990, *BV*, n° 412.

(31) *DS* 1996, p. 978 obs. Blaise.

(32) *DS* 1996, p. 979, obs. Blaise.

(33) On ne peut manquer d'observer que la solution consacrée par la jurisprudence en matière de chômage partiel est en contradiction avec les arrêts du 10 juillet 1996. Il en ressort effectivement que la mise au chômage partiel d'un salarié sera qualifiée, tantôt de simple changement des conditions de travail, tantôt de modification du contrat de travail, en fonction des conséquences en résultant pour l'intéressé : si la perte de rémunération subie est compensée par le versement de l'indemnité légale, il y a changement des conditions de travail ; dans le cas contraire, la mesure constitue une modification du contrat.

(34) Cf. J. M. Beraud, « La suspension du contrat de travail », *LGDJ* 1980 ; ég. A. Arséguet et M. C. Amauger-Lattes, « Les incidences du chômage partiel sur le contrat de travail », *rev. fr. de comptabilité*, 1994, n° 258, pp. 52 et s.

(35) L'employeur a-t-il le pouvoir de provoquer ainsi, du fait de l'inexécution de ses obligations, la suspension du contrat ? La loi le lui confère en cas de difficultés économiques. Elle le lui reconnaît expressément en matière disciplinaire lorsqu'il agit à titre conservatoire. (Pour les représentants du personnel : art. L. 425-1 ; L. 436-1 du Code du travail ; pour les salariés ordinaires : art. L. 122-41

in fine du Code du travail) Lorsque la suspension a une finalité répressive, c'est la jurisprudence qui lui a reconnu ce pouvoir que le législateur de 1982 n'a pas jugé bon de lui retirer, (ex. Soc. 25 mai 1989, *BV*, n° 393).

Quant au salarié, n'a-t-il d'autre choix que de s'y soumettre ? Conformément aux principes du droit contractuel, il faut admettre qu'il a toujours la possibilité de prendre l'initiative de la résolution du contrat. Cependant, étant donnée la rigueur de la jurisprudence sociale, qui n'admet qu'exceptionnellement l'existence d'une volonté réelle et non équivoque du salarié de démissionner, la rupture s'analysera le plus souvent en un licenciement.

Se pose donc la question du bien fondé de ce licenciement. Qu'elle repose sur un motif d'ordre économique ou disciplinaire, la mise à pied du salarié est toujours prononcée par l'employeur dans l'exercice des prérogatives inhérentes à sa qualité. Par conséquent, parallèlement à la solution retenue aujourd'hui en matière de changement des conditions de travail, le refus par le salarié d'une suspension de son contrat de travail provoquée par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir patronal doit, nous semble-t-il, être considéré comme une faute qui, sauf circonstances particulières, sera en principe qualifiée de faute grave. Il est toutefois nécessaire que la mesure repose sur un motif légitime et qu'elle ne fasse pas peser sur le salarié des sujétions excessives : tel n'est plus le cas lorsque le salarié ne perçoit plus l'indemnité légale destinée à compenser la perte de rémunération découlant d'une mesure de chômage partiel ou lorsque la durée de la mise à pied disciplinaire s'avère être disproportionnée à la faute commise.

(36) Ph. Waquet p. 798.

(37) Ph. Waquet p. 791.

(38) B. Boubli, « Modification du contrat de travail et modification du statut collectif », *Sem. soc. Lamy* 21.07.97, supp. n° 849, D 11.

(39) Il en va différemment en cas de motif économique. Art. L. 321-1-2 du Code du travail.

(40) Par ex. Soc. 22 mai 1996, *DS* 1996, p. 981, obs. G. Couturier ; *RJS* 1996, n° 771.

(41) Soc. 29 nov. 1990, *BV*, n° 598.

(42) Soc. 14 mai 1997, *DS* 97, p. 740, obs. (1) F. Favennec et obs. (2) G. Couturier. Cet arrêt met particulièrement en évidence le lien de dépendance qui existe entre le motif de la modification et la nature du licenciement.

(43) Y. Saint-Jours, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.* 1990, chron., pp. 118 et s.

(44) A. Mazeaud dénonçait déjà cet inconvénient, art. préc. p. 19.

(45) J. Péliissier, préc.

(46) Ex. Soc. 11 décembre 1996, *D.* 1997, p. 198 obs. A. Mazeaud.

(47) Cf. notre thèse, préc. pp. 551 et s. ; ég. pp. 367 et s.

(48) Soc. 13 nov. 1991, UFSA-Vie c./ Dillinger, DS 1992, p. 77 ; Soc. 5 février 1997, Woerther c./ Societe After nettoyage, préc.

(49) Soc. Soc. 9 octobre 1991, préc.

(50) Cf. notre thèse, préc. pp. 303 et s., ég. pp. 340 et s.

Il n'est pas indifférent de souligner à cet égard que, dans une décision du 3 avril 1997, la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait refusé de qualifier de faute grave le refus du salarié concernant un simple changement de ses conditions de travail. (*RJS* 5/97 n° 523).

(51) A. Mazeaud, préc. p. 16.