

CORRECTION HOMOLOGUÉE SÉANCE 6
LA MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le **contrat de travail** est le contrat par lequel une personne physique s'engage à exécuter un travail sous la subordination d'une personne physique ou morale en échange d'une rémunération (définition doctrinale).

Le salarié peut voir sa relation de travail avec son employeur se métamorphoser. Certaines modifications impliquent la modification du contrat et le consentement du salarié, d'autres ne l'impliquent pas. Originellement, la distinction s'opérait entre les éléments substantiels du contrat et les éléments non substantiels. Cette distinction a été remplacée par celle entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail.

La modification du contrat de travail implique le changement d'un élément ou d'une clause du contrat. Il faut relever des éléments qui relèvent du socle contractuel afin de déterminer si l'employeur soumet une modification du contrat de travail au salarié ou non. La modification peut être demandée par l'employeur et par le salarié. Les éléments qui relèvent du socle contractuel sont les éléments essentiels de la relation de travail (rémunération, lieu de travail, qualification professionnelle, durée, etc). La modification repose sur une logique contractuelle bilatérale. En effet, elle nécessite le consentement des deux parties. L'employeur ne peut pas l'imposer unilatéralement au salarié.

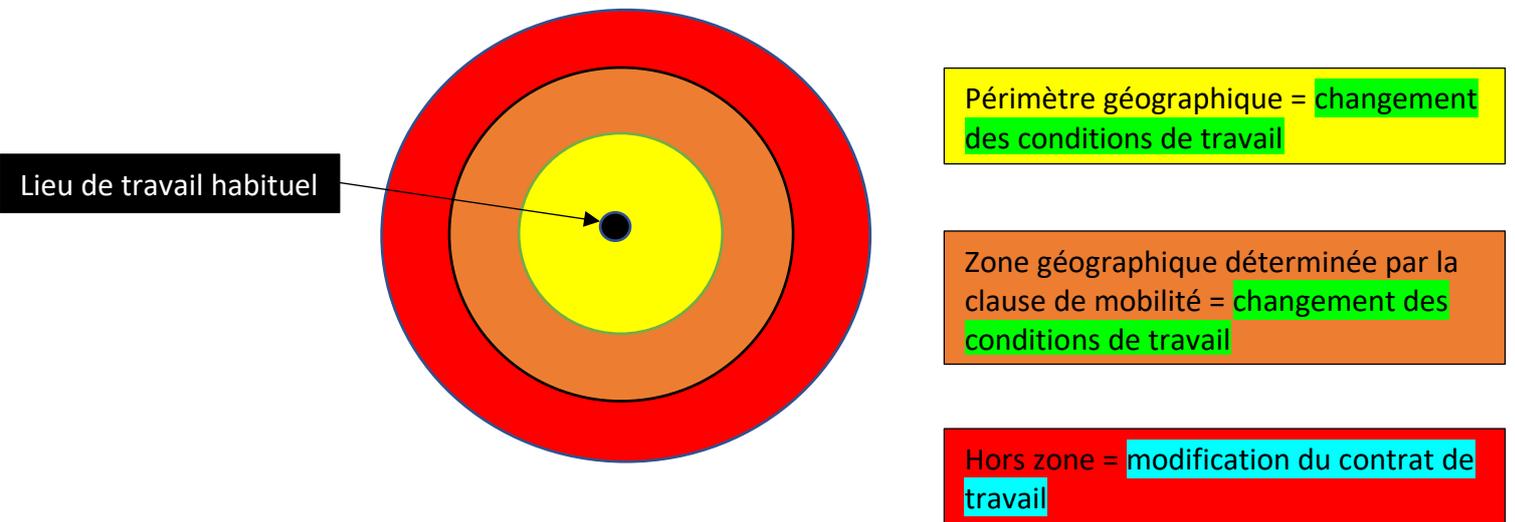
Le changement des conditions de travail relève du pouvoir unilatéral de direction de l'employeur. Unilatéral ne veut pas dire discrétionnaire, on va donc pouvoir contrôler ce changement avec un régime juridique différent de celui de la modification du contrat de travail. Pour certains paramètres, l'employeur doit pouvoir, dans l'intérêt de l'entreprise, décider seul des altérations qu'il souhaite mettre en place. Par conséquent, il n'a pas besoin d'obtenir le consentement du salarié. Le changement des conditions de travail intervient sur les éléments non essentiels de la relation de travail qui ne sont pas contractualisés (le lieu de travail dans la limite du périmètre géographique, les horaires s'ils ne sont pas contractualisés, etc).

CHANGEMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL (= éléments non essentiels)	MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL (= éléments essentiels)
→ Lieu de travail *	→ Rémunération
→ Horaires de travaux s'ils ne sont pas contractualisés	→ Qualification professionnelle
→ Tâches accomplies	→ Durée de travail
	→ Lieu de travail

* Le lieu de travail peut être changé unilatéralement par l'employeur dans un périmètre géographique qui entoure le lieu habituel. Si une clause de mobilité a été convenue dans le contrat, l'employeur pourra également changer le lieu de travail du salarié à l'intérieure d'une zone géographique plus étendue délimitée par la clause. Il appartient au juge d'apprécier

souverainement les conséquences que peut impliquer le changement du lieu de travail sur la vie du salarié. Si les conséquences sont trop grandes, il pourra s'agir d'une modification du contrat de travail.

Schéma représentant les différentes zones géographiques autour du lieu de travail habituel



LE REFUS DU SALARIÉ	
CHANGEMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL	MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL
<p>→ Le salarié ne peut pas refuser <i>Exception : Les salariés protégés* peuvent contester le changement. L'employeur doit demander l'accord à l'inspection du travail.</i> → Un salarié peut refuser une mutation si elle est abusive même en cas de clause de mobilité.</p>	<p>→ Le salarié peut refuser ↳ L'employeur ne peut pas sanctionner le refus, il devra choisir une autre sanction si la modification intervient dans le cadre disciplinaire.</p>

* salariés protégés = membres du CSE (comité social et économique), femmes enceintes.

Le salarié pourra invoquer une atteinte à ses libertés fondamentales (comme une atteinte à sa vie privée) comme moyen de défense pour contester les changements des conditions de travail.

→ **La rémunération** comprend le salaire global (le quantum), les avantages en nature, les commissions, etc. La structure et le montant de la rémunération ne peuvent pas être modifiés unilatéralement par l'employeur.

RÉMUNÉRATION =

- Montant global
- Avantage en nature
- Commissions

Structure de la rémunération

CHANGEMENT DE LA DURÉE DE TRAVAIL

HORAIRES DE TRAVAIL (ex : 8h/12h, 14h/18h)

DURÉE TOTALE (ex : 35h/mois)

Si les horaires sont contractualisés : on ne peut pas les modifier sans l'accord du salarié.

Si les horaires ne sont pas contractualisés : l'employeur peut les modifier unilatéralement *

Principe : on ne peut pas modifier sans l'accord du salarié.
Exception : heures supplémentaires

* Il appartient au juge d'apprécier souverainement les conséquences que la modification des horaires pourrait avoir sur la vie du salarié (exemple : si un salarié travaille avec des horaires de nuit, le changement de ses horaires à des horaires de jour est un bouleversement dans sa vie. Ce sera donc une modification du contrat de travail).

MODIFICATION DU CONTRAT

POUR RAISON PERSONNELLE (délai d'information du salarié = délai raisonnable : environ 15 jours)

POUR RAISON ÉCONOMIQUE (délai d'information du salarié = 1 mois par LRAR)

REFUS du salarié

ACCEPTATION du salarié

ACCEPTATION du salarié

REFUS du salarié

Si l'employeur n'est pas OK = Sanctions

Si l'employeur est OK = anciennes conditions contractuelles

Si l'employeur est OK = anciennes conditions contractuelles

Si l'employeur n'est pas OK = Licenciement pour motif économique

SUJET :

La force obligatoire du contrat et le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

« *Le pouvoir disciplinaire dont dispose l'employeur dans l'entreprise constitue un véritable pouvoir de sanction comparable, par certains aspects, au pouvoir de sanction de l'administration fiscale, voire du juge pénal* » a indiqué Sébastien Tournaux, Maître de conférences à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV. Cette citation traduit parfaitement l'idée de l'importance du pouvoir disciplinaire de l'employeur, découlant du contrat de travail, qui peut fortement atteindre le salarié.

L'article 1103 Code civil définit le contrat comme une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne, le salarié, se tient à disposition pour exercer son activité professionnelle au profit et sous la subordination d'une autre personne, l'employeur, qui lui verse en contrepartie une rémunération. L'employeur et le salarié accordent leur volonté pour conclure un contrat.

Le terme de force sous-entend la contrainte, un caractère obligatoire. En vertu de l'article 1103 du code civil, la force obligatoire du contrat suppose que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. De plus, l'article 1193 du Code civil prévoit que les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que par consentement mutuel des parties, ou pour les causes prévues par la loi.

L'employeur est une personne physique ou morale partie à un contrat de travail conclu avec un salarié. L'employeur dispose de prérogatives découlant de son pouvoir de direction. Le pouvoir disciplinaire est l'une des prérogatives reconnues à l'employeur lui permettant de prononcer une mesure disciplinaire à l'encontre un salarié en cas de comportement qu'il juge fautif qui est définie par l'article L.1331-1 du code du travail.

Depuis toujours les parties à un contrat craignent une inexécution de la part de leur cocontractant. En droit romain, l'inexécution contractuelle était punie par une sanction divine. Les contrats étaient donc assortis d'une force obligatoire puisque les romains craignaient les sanctions divines. Le principe de force obligatoire des contrats a ensuite été consacré par le Code civil de 1804. Le droit du travail naît de la révolution industrielle au XIXe siècle mais les rapports entre le salarié et l'employeur sont fortement déséquilibrés. Les premières lois sociales apparaissent dès le milieu de XIXe pour essayer d'améliorer la situation des salariés face au tout puissant employeur, notamment avec la création des syndicats. Le pouvoir de l'employeur n'était pas réellement encadré. La loi « Auroux » du 4 août 1982 est intervenue afin d'organiser la mise en œuvre et le contrôle du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Pour les sanctions disciplinaires, la loi organise les droits de la défense des salariés face au pouvoir disciplinaire de l'employeur en l'obligeant à respecter une procédure avant toute sanction et en permettant au conseil des prud'hommes d'annuler les sanctions.

L'articulation entre la force obligatoire du contrat et le pouvoir disciplinaire de l'employeur appelle à une réflexion approfondie. En effet, il y a un rapport de force entre le cadre choisi par les parties pour mettre en œuvre la relation de travail et d'éventuelles sanctions

disciplinaires de l'employeur qui pourraient affecter ce cadre contractuel. Une modification du contrat de travail a de grandes conséquences pour le salarié. Une opposition se crée entre la logique bilatérale du contrat et la logique unilatérale du pouvoir disciplinaire. Un équilibre doit donc être trouvé pour que l'employeur puisse tout de même exercer son pouvoir disciplinaire unilatéralement sans porter atteinte à la relation contractuelle à laquelle le salarié a consenti.

Il conviendra de s'interroger : la force obligatoire du contrat est-elle un frein à l'exercice du pouvoir disciplinaire ?

L'employeur n'est pas totalement libre dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire. En effet, de nombreux éléments viennent le contraindre comme le Code du travail et les dispositions conventionnelles prévues dans le contrat de travail. Paradoxalement, c'est de ce contrat de travail que l'employeur détient son pouvoir disciplinaire en raison du lien de subordination. Le législateur est intervenu pour limiter le pouvoir disciplinaire en interdisant de modifier le contrat même à titre disciplinaire sans l'accord du salarié.

Ainsi, il convient de s'intéresser tout d'abord à la nécessaire limite du pouvoir disciplinaire de l'employeur en vertu du contrat de travail **(I)**, avant de s'intéresser aux effets pervers de la limitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur par le contrat de travail **(II)**.

I. La nécessaire limite du pouvoir disciplinaire de l'employeur par le contrat de travail.

La force obligatoire du contrat constitue une limite nécessaire au pouvoir disciplinaire de l'employeur dont la supériorité a été affirmée de manière expresse **(A)**. Toutefois, la traduction de cette supériorité est délicate **(B)**.

A. L'affirmation expresse de la supériorité de la force obligatoire du contrat.

Le contrat de travail est avant tout un contrat. Il se définit comme la convention par laquelle une personne physique, le salarié, met son activité à la disposition d'une autre personne physique ou morale, l'employeur, sous la subordination de celle-ci moyennant une rémunération. De ce fait, les obligations qui en découlent sont l'objet de l'échange des volontés entre les parties. Il résulte de cette affirmation que le principe de la force obligatoire du contrat, principe que l'on retrouve aux articles 1103 et 1193 du code civil, s'appliquera. Ces articles disposent que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits et qu'ils ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

L'employeur dispose d'un pouvoir général de direction résultant du lien de subordination qu'il exerce sur son salarié. Le salarié exécute 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

d'en sanctionner les manquements¹. De ce pouvoir découle le pouvoir réglementaire, qui lui permet d'édicter des normes générales et permanentes, et le pouvoir disciplinaire qui permet de sanctionner le manquement à ces règles. La sanction disciplinaire est définie à l'article L.1331-1 du Code du travail comme toute mesure, autre que verbale, prises à la suite d'un agissement d'un salarié considéré comme fautif par l'employeur. Il y a donc ici le reflet d'une volonté unique, d'un pouvoir unilatéral, puisque l'appréciation de ce qu'est une faute disciplinaire est à la discrétion de l'employeur.

Le contrat de travail est formé par l'accord des parties même si en général c'est un contrat d'adhésion. Il doit donc être modifié d'un accord commun de ces deux parties, même l'employeur qui est hiérarchiquement supérieur ne pourrait venir exprimer son pouvoir unilatéral. Ce qui a été fait par la voie contractuelle doit être défait par la voie contractuelle en raison du parallélisme des formes. Le salarié a consenti à une situation en signant le contrat, cette situation ne peut être modifiée sans son accord. Le Conseil d'État² a érigé en principe général du droit du travail le principe selon lequel toute modification du contrat de travail doit recueillir l'accord du salarié. De ce fait, la force obligatoire de contrat qui résulte d'une volonté partagée est plus forte que le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Auparavant, il était fait une distinction entre les modifications substantielles et non substantielles du contrat. Les premières ne pouvaient être réalisées sans l'accord du salarié tandis que les deuxième si. Cependant ce mécanisme posait un problème. Il portait atteinte à la force obligatoire du contrat. Une modification unilatérale n'est pas juridiquement correcte puisque cela autorisait l'employeur a opéré des modifications sans l'accord du salarié pour des éléments non-substantiels. En effet, dans le cas de modifications considérées comme non substantielles l'employeur pouvait modifier unilatéralement le contrat de travail ; et en ce qui concerne le critère de la substantialité comment était-il interprété ? Il a été jugé qu'il était interprété de façon trop subjective, qu'il était source d'insécurité juridique et de plus, mettait les employés en position délicate. Ils ignoraient dans quel cas ils pouvaient s'opposer ou non à cette modification sans craindre le licenciement. La limite était trop mince entre les éléments substantiels et non substantiels puisqu'une frontière n'était pas clairement définie. C'est pour cette raison que cette distinction a été remplacée par les changements de conditions de travail et les modifications du contrat de travail par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 1996 « Le Berre »

Par la suite ce débat sur l'agencement de la force obligatoire du contrat et le pouvoir normatif de l'employeur a été clarifié par le biais d'un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 16 juin 1998 dit Hôtel Le Berry. Il énonce qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; que, cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, au lieu et place de la sanction refusée. Le contrat de travail est donc frappé d'une sorte d'intangibilité qui lui permet de ne pas être modifié sans l'accord des deux parties contractantes, peu importe que l'une soit subordonnée à l'autre.

¹ Arrêt de la chambre sociale « Société Générale » du 13 novembre 1996

² Arrêt du Conseil d'Etat « Berton » du 29 juin 2001

La primauté de la force obligatoire du contrat est établie tout comme le principe selon lequel le salarié ne peut pas se voir imposer une modification de son contrat de travail. Cependant il reste une difficulté, en effet, il peut être difficile d'arriver à savoir à quelle catégorie appartiennent certains éléments du contrat de travail. De plus, il existe des éléments pouvant être qualifiés « d'hybride » comme les horaires de travail.

B. La traduction délicate de la supériorité de la force obligatoire du contrat.

La force obligatoire du contrat contraint l'employeur à respecter tous les éléments du socle contractuel lorsqu'il souhaite exercer son pouvoir disciplinaire. Il faut arriver à déterminer les éléments qui relèvent du socle contractuel, et donc d'une modification de travail, et ceux qui ne le sont pas qui sont donc soumis au régime du changement des conditions de travail. L'employeur n'est tenu d'obtenir le consentement du salarié que pour les éléments régis par le contrat de travail puisque la force obligatoire du contrat s'impose en vertu d'une logique bilatérale.

L'identification des éléments relevant du socle contractuel est évidente pour ceux qui sont contractuels par nature. Il s'agit tout d'abord de la qualification professionnelle qui concerne la nature de l'emploi occupé tel que prévu par le contrat. La modification de cet élément doit nécessairement obtenir le consentement du salarié puisque cet élément a par principe une valeur contractuelle³. En revanche, la jurisprudence considère que certains changements mineurs de responsabilité ou d'affectation professionnelle sont assimilés à de simples changements des conditions de travail. Les fonctions prises en compte par le juge sont celles réellement exercées, et pas celles inscrites sur le contrat de travail. Un employeur qui demanderait à un tel salarié de revenir au poste initialement prévu dans le contrat de travail procéderait à une modification nécessitant l'accord du salarié. Il a pu être jugé que l'emploi de chef de développement dans un laboratoire de cuisine comportait un élément de recherche plus important qu'un poste de cuisinier dans une brasserie, de ce fait les modifications proposées concernaient un élément essentiel du contrat de travail, modifications que le salarié était en droit de refuser⁴.

Le deuxième élément disposant d'une valeur contractuelle par nature est la rémunération. Elle possède un caractère alimentaire et ne peut être altérée sans l'accord du salarié. La rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minimale, sans son accord ; qu'il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux⁵. Néanmoins, il existe des exceptions puisque certaines mesures affectant la rémunération peuvent être prises unilatéralement par l'employeur comme le versement d'une prime exceptionnelle ou la modification d'objectifs commerciaux dont la réalisation déclenche le versement d'une prime. La diminution de la rémunération résultant de la réduction des sujétions consécutive à un changement des horaires du cycle de travail ne

³ Arrêt de la chambre sociale « Citron Banane » du 10 mai 1999

⁴ Arrêt de la chambre sociale du 08 janvier 1998

⁵ Arrêt de la chambre sociale du 19 mai 1998

constitue pas une modification du contrat de travail⁶. La rémunération peut donc être affectée par ricochet, puisqu'un autre élément du socle contractuel est lui-même affecté.

Le troisième élément contractuel par nature est la durée du travail qui ne peut être modifiée par l'employeur sans le consentement du salarié. Il s'agit du volume horaire que le salarié peut faire en vertu de ce qui est indiqué dans son contrat de travail. Le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour est une modification du contrat de travail⁷. Il en est de même pour le changement d'horaires fixes à horaires variables qui est une modification du contrat de travail⁸. En principe, pour ces trois éléments, dès lors que l'employeur souhaite mettre en place une sanction disciplinaire les affectant, il doit obtenir le consentement du salarié.

Pour d'autres éléments, la nature contractuelle ou non est variable. Ils peuvent être affectés unilatéralement par l'employeur s'ils ne sont pas contractualisés. C'est tout d'abord le cas des horaires de travail. En principe, le changement des horaires de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur, et ne constitue donc pas une modification du contrat de travail. Néanmoins, si ces éléments sont contractualisés, l'employeur ne pourra les modifier qu'avec l'accord du salarié. Il en est de même si la modification des horaires est tellement importante pour le salarié que l'on touche au contrat de travail. Les juges devront analyser au cas par cas l'importance de la modification des horaires et l'impact qu'elle a sur la vie personnelle du salarié.

Le deuxième élément ambigu est le lieu de travail. En principe, le lieu de travail mentionné dans le contrat n'a qu'une valeur informative. La mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu⁹. Lorsqu'une telle clause est prévue dans le contrat, le lieu de travail est contractualisé et ne peut être modifié sans l'accord de l'employeur. Cependant, l'employeur peut tout de même envoyer son salarié travailler dans le secteur géographique correspondant au lieu de travail contractualisé sans son consentement. Un secteur autour de l'implantation de l'entreprise correspond à ce secteur géographique. Pour déterminer ce secteur, il faut prendre en compte des éléments concrets comme la distance entre l'ancien lieu de travail et le nouveau ou encore la présence de transports en commun. Le déplacement de l'entreprise qui a eu lieu à l'intérieur de la région parisienne ne correspond pas à une modification du contrat de travail¹⁰. Au-delà de ce secteur géographique, l'employeur ne peut pas affecter son salarié unilatéralement, il doit nécessairement obtenir son consentement. Cependant il existe une exception lorsqu'une clause de mobilité est prévue dans le contrat de travail qui permet à l'employeur d'affecter son salarié dans tout le secteur prévu par la clause puisque ce dernier a déjà consenti à la clause au moment de la signature de son contrat. Pour que la clause de mobilité soit valable elle doit définir précisément sa zone géographique d'application et ne doit pas laisser à l'employeur le pouvoir de l'étendre unilatéralement¹¹. Une clause de mobilité indéterminée ne permet pas à l'employeur de muter

⁶ Arrêt de la chambre sociale du 09 avril 2015

⁷ Arrêt de la chambre sociale du 15 juin 2016

⁸ Arrêt de la chambre sociale du 14 novembre 2000

⁹ Arrêt de la chambre sociale du 03 juin 2003

¹⁰ Arrêt de la chambre sociale du 20 octobre 1998

¹¹ Arrêt de la chambre sociale du 14 octobre 2008

le salarié sans son accord¹². Il y a une hypothèse dans laquelle l'employeur peut demander au salarié de travailler hors du secteur géographique sans clause de mobilité lorsqu'il s'agit d'une situation d'urgence¹³ mais cela ne peut s'appliquer dans le cadre du pouvoir disciplinaire. Lorsqu'une clause de mobilité n'est pas prévue, cette limitation au secteur géographique est contraignante pour l'employeur qui ne pourra pas imposer au salarié une mutation disciplinaire hors dudit secteur sans son accord.

L'identification des éléments qui relèvent d'une modification du contrat de travail semble donc complexe. En effet, certains éléments par nature contractuels peuvent souffrir d'exceptions et être affectés unilatéralement par l'employeur. Il en est de même pour des éléments relevant du pouvoir unilatéral de l'employeur qui peuvent se voir contractualisés, ou érigés en modification selon leur intensité, et nécessiter l'accord du salarié. La supériorité de la force obligatoire du contrat est donc difficile à mettre en œuvre au regard de tous les éléments qui doivent être pris en compte par l'employeur. Ce dernier ne peut pas librement exercer son pouvoir disciplinaire, et se voit même contraint de recueillir l'accord du salarié pour des éléments qui ne le nécessitent pas par essence. Il se retrouve donc contraint de mettre en place des sanctions disciplinaires n'affectant pas le contrat de travail au risque de se soumettre à un refus du salarié. L'employeur ne doit pas laisser passer des comportements réprimables mais ses sanctions se révèlent limitées. D'un autre point de vue, c'est tout à fait compréhensible que la modification du contrat de travail soit encadrée puisqu'elle affecte l'essence même de la relation de travail. Le salarié ne doit pas être soumis à des modifications affectant son contrat auxquelles il n'aurait pas consenti. Le juge cherche donc à trouver un compromis entre la force obligatoire du contrat et le pouvoir de l'employeur qui répond à la nécessité de bon fonctionnement de l'entreprise. En conséquence, cette limitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur peut avoir des effets pervers à l'égard du salarié, mais aussi pour l'employeur.

II. Les effets pervers de la limitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur par le contrat de travail.

La limitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur par le contrat de travail présente des effets pervers résultant d'un droit au refus parfois théorique pour le salarié (**A**) et d'une limite dénaturant l'essence même du pouvoir disciplinaire de l'employeur (**B**).

A. Pour le salarié, un droit au refus parfois théorique.

Dans son arrêt de principe Société Hôtel le Berry de 1998, la chambre sociale a reconnu un droit au refus au profit du salarié lorsque l'employeur lui propose une modification de son contrat de travail même à titre disciplinaire. Toutefois, dans ce même arrêt de principe, la Cour de cassation a offert à l'employeur une option lorsque le salarié refuse sa proposition de

¹² Arrêt de la chambre sociale du 17 juillet 2007

¹³ Arrêt de la chambre sociale du 03 février 2010

modification.

Face au refus du salarié pour la rétrogradation ou la mutation, l'employeur va pouvoir opter pour une sanction disciplinaire supérieure qui correspond au licenciement. Cette possibilité offerte à l'employeur apparaît préjudiciable pour le salarié qui peut être contraint de ne pas refuser la sanction initiale proposée par l'employeur. En effet, dans la majorité des cas, le salarié souhaite conserver son emploi et va préférer accepter la rétrogradation ou la mutation qui lui permettent de rester au sein de l'entreprise. Certes le salarié disposera d'une qualification professionnelle inférieure ou sera dans un lieu différent, mais il ne subira pas un éventuel licenciement s'il refuse la sanction disciplinaire. Par conséquent, le salarié ne dispose pas d'un réel droit au refus de toute modification de son contrat de travail au titre d'une sanction disciplinaire. Le droit au refus semble donc rarement acquitté en pratique puisque le travail a une valeur tellement fondamentale qu'un salarié ne peut pas prendre le risque de se retrouver licencié, donc sans emploi et sans rémunération.

De plus, même si le salarié décide de refuser la modification et prend le risque d'être éventuellement licencié, le juge peut être amené à apprécier la légitimité du refus du salarié. En effet, l'employeur préfère souvent proposer une rétrogradation ou une mutation au salarié pour sanctionner son comportement fautif pour éviter de prononcer une sanction trop sévère du comportement du salarié. Dans cette situation, la sanction supposant une modification du contrat de travail est plus opportune pour le salarié que le licenciement. Ainsi, lorsque le salarié refuse la sanction initiale et que le juge estime que le refus du salarié n'est pas légitime car la sanction proposée était avantageuse pour le salarié au regard de son comportement fautif, le juge pourra estimer que le licenciement prononcé à l'encontre du salarié est justifié. Dans cette hypothèse, le salarié ne sera donc pas protégé par le juge face à l'éventuel licenciement qui pourra être prononcé à son encontre lorsque la modification proposée sera analysée comme opportune par rapport à la situation.

Toutefois, il convient de nuancer ce constat. En effet, la chambre sociale a également admis que l'employeur avait la possibilité d'opter plutôt pour une sanction moins forte notamment en retenant plutôt une mise à pied ou un avertissement à l'encontre du salarié voire de renoncer à le sanctionner. Dans ce cas, ce sera positif pour le salarié qui se verra attribuer une sanction moins forte. Dans cette hypothèse, le droit au refus du salarié apparaît moins théorique mais il semble rare qu'un employeur opte plutôt pour une réduction voire l'abandon de la mesure disciplinaire qu'il a prise pour sanctionner le comportement fautif du salarié. Parallèlement, l'employeur se voit limité dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire.

B. Pour l'employeur, une limitation du pouvoir disciplinaire qui en dénature l'essence même.

L'employeur jouit, dans le cadre de ses prérogatives, du pouvoir disciplinaire lui permettant de contrôler le travail de ses salariés et, au besoin, de sanctionner tout comportement

qu'il juge fautif. Néanmoins, si la sanction disciplinaire choisie entraîne une modification du contrat de travail, il ne pourra la mettre en œuvre qu'après l'obtention de l'accord du salarié.

La jurisprudence « Hôtel le Berry »¹⁴ a eu de fortes conséquences pour les employeurs puisque cette dernière privilégie la sphère contractuelle à la sphère unilatérale du pouvoir disciplinaire de l'employeur. L'employeur se retrouve souvent pris au piège entre une sanction moins forte et une sanction trop forte puisque le salarié peut refuser une sanction qu'il jugeait proportionnée au fait fautif. Il est tiraillé entre une sanction trop lourde et une sanction trop faible puisque pour une sanction intermédiaire le consentement du salarié est obligatoire. L'employeur voit donc son pouvoir disciplinaire limité par cet accord du salarié puisque sans ce dernier, son pouvoir est difficile à mettre en œuvre. Il se retrouve à ne plus disposer d'un choix libre dans la sanction à mettre en place. L'employeur peut même en arriver à ne plus prendre des sanctions de mutation ou de rétrogradation puisqu'il sait que le salarié refusera. Il peut même décider de ne pas sanctionner des faits qu'il considère comme fautif. Il peut en arriver à licencier un salarié alors que ce n'était pas ce qui était prévu ou peut se voir contraint d'attribuer une sanction moins sévère alors que la faute ne le méritait pas. C'est un élément à nuancer puisqu'il est tout à fait bienvenu que l'accord du salarié soit nécessaire à la modification du contrat de travail. Cependant, dans la vision de l'employeur, c'est un élément qui vient fortement limiter son pouvoir disciplinaire. Même si en apparence l'employeur semble jouir d'un large choix de sanctions, dans les faits la mutation et la rétrogradation sont rarement mises en place. L'employeur se retrouve donc à choisir entre l'avertissement, la mise à pied et le licenciement, ce qui lui laisse un choix relativement limité.

En dehors du cadre disciplinaire peu contestable, il faudrait savoir si on ne pourrait pas laisser la possibilité à l'employeur de modifier le contrat de travail au titre de son pouvoir disciplinaire dans un cadre relativement encadré. Cela pourra notamment s'appliquer dans le cadre d'une rétrogradation qui, certes touche au socle contractuel, mais qui pourrait relever d'une sanction disciplinaire exercée unilatéralement par l'employeur. Parallèlement, la mise à pied disciplinaire est retenue comme une sanction qui ne modifie pas le contrat de travail alors qu'elle touche indirectement à la rémunération. En effet, durant le temps où le salarié est mis à pied, il ne perçoit aucune rémunération. Cela porte donc atteinte indirectement au socle contractuel puisque la rémunération est un élément par nature relevant de la modification du contrat de travail. Une sanction de mise à pied est mise en place sans l'accord du salarié alors qu'elle peut avoir de plus grandes conséquences qu'une rétrogradation. Cette possibilité laissée à l'employeur lui permettrait d'exercer pleinement son pouvoir disciplinaire sans obtenir l'accord du salarié. Cet élément semble tout de même difficile à mettre en œuvre au regard des conséquences que peuvent avoir les modifications du contrat de travail pour le salarié. Du point de vue du salarié cela semble inconcevable puisque tout le régime de la modification du contrat de travail est mis en place pour le protéger face aux abus de l'employeur qui porteraient atteinte au socle contractuel consenti par les deux parties.

¹⁴ Arrêt de la chambre sociale « Hôtel le Berry » du 16 juin 1998

Le pouvoir disciplinaire de l'employeur peut être soutenu par le contrôle du juge qui apprécie la proportionnalité de la sanction au regard des faits fautifs. Si un salarié refuse une sanction qui modifie son contrat de travail alors que c'était la sanction la plus adaptée et qu'il est licencié, le juge pourra considérer que le licenciement est fondé. Cependant, le refus du salarié d'accepter une modification n'est pas une faute, le licenciement ne pourra donc pas être fondé sur ce motif. Si l'employeur licencie alors que le salarié était fondé à refuser une sanction qui n'était pas adaptée, le licenciement sera invalidé ce qui entraînera des conséquences pécuniaires pour l'employeur. Le juge exerce toujours un contrôle sur la sanction disciplinaire qui sera effectué au cas par cas pour apprécier la réelle présence des faits fautifs, la proportionnalité et la justification de la sanction. Cela peut parfois se révéler en faveur de l'employeur, ou alors restreindre d'autant plus son pouvoir disciplinaire puisque la sanction choisie pourra être annulée et se voir remplacer par une autre choisie par le juge. Le juge appréciera également que l'employeur n'a pas condamné deux fois le salarié pour les mêmes faits en vertu de la règle non bis in idem, que le délai de prescription de deux mois à compter de la connaissance des faits fautifs a été respecté et que la procédure disciplinaire a bien été mise en place. De même, les sanctions pécuniaires, les mesures de rétorsion, les sanctions fondées sur un motifs discriminatoire et les sanctions prises n'étant pas mentionnées dans le règlement intérieur sont prohibées.

Il s'agit donc de constater que la force obligatoire du contrat engendre des conséquences positives pour le salarié qui peut refuser une modification du contrat, entendu que cette possibilité de refuser est limitée puisqu'il ne souhaite pas s'opposer au licenciement. L'employeur se voit contraint par le principe de la force obligatoire du contrat puisqu'il ne peut pas exercer son pouvoir disciplinaire librement, ce qui est justifié par la recherche de l'absence d'abus dans les sanctions. De nombreux principes encadrent le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui se voit dénaturé puisque son exercice est fortement contraint.