



HAL
open science

Les cadres et le droit du travail

Sabahe Tahtah

► **To cite this version:**

Sabahe Tahtah. Les cadres et le droit du travail. Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français.
NNT : 2017BORD0930 . tel-01807824

HAL Id: tel-01807824

<https://theses.hal.science/tel-01807824v1>

Submitted on 5 Jun 2018

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.

UNIVERSITE DE BORDEAUX
ECOLE DOCTORALE DE DROIT

DOCTORAT en DROIT

LES CADRES ET LE DROIT DU TRAVAIL

Sabahe TAHTAH

Thèse dirigée par M. **Christophe RADÉ**, Professeur,

Soutenue le 11 décembre 2017.

Jury (*par ordre alphabétique*) :

M. Lucas BENTO DE CARVALHO,
Professeur, Université de Montpellier
Rapporteur,

Mme. Lise CASAUX-LABRUNÉE,
Professeur, Université de Toulouse Capitole
Rapporteur,

M. Christophe RADÉ,
Professeur, Université de Bordeaux,

M. Sébastien TOURNAUX,
Professeur, Université de Bordeaux
Président.

RESUME en français

L'apparition de nouveaux emplois et de nouvelles fonctions au sein de l'entreprise, l'existence quasi exclusive de hauts niveaux de qualifications dans certains secteurs, la gestion « en réseau » dans les groupes de taille importante ont rendu inadaptée la notion traditionnelle de cadre, mais sans pour autant la rénover en profondeur ou lui en substituer une nouvelle, mieux adaptée.

En droit du travail, le législateur qui intervient pour mettre en place des dispositifs qui leur sont spécifiques, oublie l'essentiel, celui de définir de manière cohérente la catégorie des cadres, en conséquence on assiste aujourd'hui à la construction d'un édifice pour le moins instable. Ainsi, il n'existe en droit du travail aucun texte permettant de définir précisément ceux qui relèvent de la catégorie des cadres.

On constate donc qu'il n'est pas aisé d'appréhender la catégorie des cadres. Un examen des textes, notamment des textes portant sur la durée du travail permet cependant de constater une réelle bipolarité des cadres. Les cadres non-dirigeants qui, dans certaines circonstances, bénéficient du même régime que les salariés, et à l'opposé, les cadres dirigeants qui, selon les hypothèses, sont ou non traités comme des salariés.

A partir de la distinction cadre-dirigeant et cadre non-dirigeant, la présente étude tend à rechercher les éléments caractéristiques de la notion de cadre mais aussi à rechercher les éléments constitutifs du régime des cadres.

TITRE en anglais

Executives and labour law

RESUME en anglais

In labour law, the legislator steps in to create a specific legislative framework for executives, but forgets a major issue which is to give a comprehensive definition of the "executive" category, thus today one witnesses the creation of an unstable structure. Also, in labour law no text allows for the identification of those who specifically fall within the category of "executives".

It appears that it is not simple to apprehend the « executives » category. A study of the legal texts, particularly those regarding working time, shows real bipolarity within this category. Indeed, on the one hand it appears that some non-executives, in certain circumstances, benefit from the same legal framework as employees, and on the other hand, executives, depending on the case, are, or are not, treated like employees.

The distinction between executives and non-executives having been made, it becomes the basis of the present study that aims to investigate the characteristics of the notion of executive, and the components of the specific legal framework dedicated to executives.

MOTS-CLES en français

Cadre, contrat de travail, rémunération, durée du travail, dirigeant ; mandat.

MOTS-CLES en anglais

Executives, employment, contract, rémunération, working time, manager, leader, mandate.

LABORATOIRE : COMPTRASEC UMR CNRS 5114 – UNIVERISTE DE BORDEAUX

À Elias, Naïm et Noureddine.

À mes parents, ma famille et mes amis.

TABLES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Adde. :	Ajouter
Al. :	Alinéa
Ass.plén. :	Assemblée plénière
Art. :	Article
Bull. civ. :	Bulletin des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. :	Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly sociétés :	Bulletin Joly de droit des sociétés
CA. :	Cour d'appel
Cass. :	Cour de cassation
Cf. :	Confer
Chr. :	Chronique
Civ. :	Chambre civile
CE. :	Comité d'entreprise
CSE :	Comité social et économique
CHSCT. :	Comité d'hygiène de santé et des conditions de travail
Concl. :	Conclusions
Crim. :	Chambre criminelle
CSB :	Cahiers sociaux du barreau de Paris
D. :	Recueil Dalloz
Defrénois :	Répertoire du notariat Defrénois
Dir. :	Direction
DP. :	Délégué du personnel
Dr. Ouvr. :	Droit ouvrier
Dr. soc. :	Droit social

Ed. :	Édition, éditeur
Gaz. Pal. :	Gazette du palais
Ibid. :	Au même endroit
Infra :	Ci-dessous
J.- Cl.trav. :	Jurisclasseur droit du travail
JCP A :	La semaine juridique, édition administrative
JCP E :	La semaine juridique, édition entreprise
JCP N :	La semaine juridique, édition notariale
JCP S :	La semaine juridique, édition sociale
JCP G :	La semaine juridique, édition générale
JORF :	Journal officiel de la République Française
JSL :	Jurisprudence sociale Lamy
Juris. :	Jurisprudence
Lexbase hebdo,éd. soc. :	Revue Lexbase hebdomadaire, édition sociale
Mix. :	Chambre mixte
N ⁰ :	Numéro
Not. :	Notamment
p. ;pp. :	page ; pages
PME :	Petites et Moyennes Entreprises
Préc. :	Précité dans le même paragraphe
Rapp. :	Rapport
RDT :	Revue de droit du travail
Réf. :	Références
Rep. Civ. :	Répertoire de droit civil Dalloz
Rep. trav. :	Répertoire de droit du travail Dalloz
Req. :	Chambre des requêtes

Rev. sociétés :	Revue de droit des sociétés
RJS :	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ. :	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. :	Revue trimestrielle de droit commercial
RDT. :	Revue du droit du travail Dalloz
s. :	suivants
SA. :	Société anonyme
SARL. :	Société à responsabilité limitée
SAS. :	Société par action simplifiée
Soc. :	Chambre sociale
Spéc. :	Spécialement
SSL :	Semaine sociale Lamy
Supra. :	Ci-dessus
T. :	Tome
V.V ⁰ . :	Voir ; Voyons

Sommaire

Introduction

Première partie

Les cadres, une catégorie hétérogène

Titre 1 : Les cadres par nature

Chapitre 1 : Les cadres par nature, une notion en apparence circonscrite

Chapitre 2 : Les ambiguïtés de la distinction cadre dirigeant et dirigeant social

Titre 2 : Les cadres par extension

Chapitre 1 : Une catégorie morcelée

Chapitre 2 : Une catégorie fragilisée

Conclusion de la première partie

Deuxième partie

Le régime inadapté des cadres

Titre 1 : La complexification du régime des cadres

Chapitre 1 : L'éclatement du temps de travail des cadres

Chapitre 2 : L'érosion du statut des cadres

Titre 2 : L'existence d'un statut particulier des cadres

Chapitre 1 : Une spécificité identifiable en matière individuelle

Chapitre 2 : Une spécificité identifiée en matière collective

Conclusion de la deuxième partie

Conclusion générale

Introduction

1. « Les sociétés ne se présentent pas comme l'assemblage désordonné d'individus séparés. Elles sont toujours organisées selon des principes qui évoluent à travers l'histoire. Si la division du travail a pris, dans les sociétés industrielles modernes, une place tout à fait particulière, la classification, la hiérarchisation des personnes, et la répartition sociale des activités existent dans toutes les sociétés »¹. Toutes les sociétés ont catégorisé leurs membres, notamment par la place qu'ils occupaient dans l'espace travail. Le Droit du travail reflète lui aussi cette impérieuse volonté taxinomique, en catégorisant les salariés.

2. Le Droit du travail tel que nous le connaissons aujourd'hui au sens de Droit protecteur du salarié commence à la première moitié du XIX^{ème} siècle, avec la loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants, faisant suite au rapport présenté par le Docteur VILLERME, en 1840, à l'Académie des Sciences morales et politiques sous le titre « Tableau physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures »².

3. Par la suite, durant la Révolution industrielle, puis tout au long du XX^{ème} siècle, le Droit du travail va se développer, autour de l'idée-force qu'il convient de protéger le salarié, en situation de faiblesse et d'infériorité³, contre l'arbitraire patronal, soupçonné d'user et d'abuser de sa puissance économique, car il ne faut pas oublier que le salarié, ou plus exactement l'ouvrier, était selon Philippe WAQUET « dans la situation d'un esclave, du moins dans celle d'un serf attaché à la tenure. N'était-il pas dans l'impossibilité de se déplacer librement tant que son maître ne lui avait pas remis son livret ouvrier avec la mention : libre de tout engagement. N'était-il soumis par le Code civil à une cruelle et manifeste inégalité de traitement : « Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, pour les acomptes donnés pour l'année courante (article 1781 du

¹ PILLON (T.) et VATIN (F.), *Traité de sociologie du travail*, éd. Octares, coll. Travail et activité humaine, 2003, spéc. p. 246.

² Sur les origines du Droit du travail, cf. COUTURIER (G.), *Droit du travail, relations individuelles*, Collection Droit Fondamental, P.U.F.

³ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF 0035 du 11 février 2016), SABATTÉ (M.), « La Loi Travail et la réforme du droit des obligations : un nouveau paradoxe du droit du travail », JCP G 2017, n°21 p. 1002 ; BARTHELEMY (J.), « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », Dr.soc. n°9 p.734 ; FROUIN (J.-Y.), « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », Dr.soc. n°9 p. 696.

Code civil de 1804-article abrogé en 1868) »⁴. La découverte de la question sociale posée dans les années 1830 par la situation des travailleurs de la nouvelle industrie a fait émerger la législation ouvrière protectrice des travailleurs subordonnés⁵. Ainsi cette volonté de rétablir, grâce à un régime juridique spécifique, un équilibre entre deux parties aussi dissemblables, a conduit le législateur, dans un premier temps, puis le juge, dans un second temps, à multiplier les interventions, pour corriger, au profit des salariés, les effets pernicieux engendrés par le simple jeu des lois du marché. Les dispositifs, ainsi mis en place, s'adressent à une « classe ouvrière », considérée dans sa globalité, intégrant indistinctement les ouvriers, les employés, les contremaîtres, les agents de maîtrise, les ingénieurs et les cadres.

4. Si l'on s'attache à l'apparition de la figure du cadre dans l'entreprise, « *c'est le phénomène du progrès technique qui figure comme la cause première de la promotion des cadres* »⁶, le passage de la civilisation artisanale à la civilisation industrielle avec l'avènement du machinisme a favorisé l'évolution des structures des entreprises. La machine se substituant à l'outil, la révolution industrielle du XVIII^{ème} siècle a ouvert la voie à une seconde révolution industrielle. L'utilisation des machines a entraîné une augmentation de la production, et la diversification technique du processus de la fabrication d'un produit, a nécessité la multiplication des postes, des ateliers, des services, il a donc fallu la présence « *d'hommes capables d'avoir une vue d'ensemble, au moins sur le plan technique, des divers groupes d'individus spécialisés* »⁷. Il est important de revenir au sens premier du terme cadre. En effet, selon Monsieur Alain LE BAYON l'origine du mot cadre est militaire, souvenir du temps où l'on « *carrait* », c'est à dire où l'on formait une troupe en carré. Dans le Littré le terme semble réservé « *à l'ensemble des officiers et sous-officiers d'une compagnie* »⁸. L'origine du terme est riche d'enseignements, car on comprend que derrière la notion de cadre se cache l'idée de commandement avec comme corollaires la compétence et l'autorité. C'est donc le machinisme industriel qui a donné aux problèmes strictement techniques une importance primordiale. Ainsi, pendant tout le XIX^{ème} siècle, selon Monsieur Alain LE BAYON, « *il n'existait pas pour ainsi dire de cadre dans les entreprises. On ne trouvait alors pour « encadrer » la main d'œuvre que les ingénieurs, plus préoccupés par les questions proprement techniques que par les problèmes*

⁴ WAQUET (PH.), préface in *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, LE GOFF (J.), éd.PUR, 2004, spéc p.12.

⁵ OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, PUF, éd.1999.

⁶ LE BAYON (A.), *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, LGDJ, Bibliothèque de droit sociale, Tome 13, éd.1971, p. 15 et s.

⁷ LE BAYON (A.), *ibid*, spéc. p.21.

⁸ Le Littré, éd.Garnier, 2009.

humains. L'ingénieur représentait directement le patron, il était considéré comme tel par ses subordonnés »⁹. D'ailleurs, l'ingénieur de *Germinal* d'Émile ZOLA n'était-il pas le neveu du patron de la mine ? Aucun lien ne le reliait aux mineurs qu'il avait sous ses ordres. Cette position de trait d'union entre l'employeur et les salariés a posé de nombreuses difficultés, car le droit du travail n'a longtemps distingué que deux types d'acteurs dans l'entreprise, l'employeur et le salarié. Peu à peu cependant les problèmes de rationalisation et d'organisation du travail allaient prendre de l'importance avec la multiplication des services non techniques, à savoir les postes administratifs et comptables qui se sont développés en même temps que la taille des entreprises. C'est donc la pression des faits, qui a fait apparaître la nécessité de faire appel au personnel d'encadrement. Cette catégorie créée afin de faciliter, dans un modèle économique imprégné par la doctrine tayloriste, les liaisons fonctionnelles entre le patronat et les travailleurs s'est peu à peu individualisée au sein de la population salariée pour représenter une élite sociale privilégiée. Durant les vingt années qui ont suivi la Libération, cette élite, constituée à la fois de salariés sortis du rang et de diplômés de l'enseignement secondaire ou supérieur, a bénéficié d'avantages matériels et d'une reconnaissance sociale qui lui ont fait accepter, sans protester, un rôle, souvent ingrat, d'exécutant des ordres patronaux, assortis de journées de travail longues et chargées, ainsi que d'un contrôle hiérarchique parfois pesant¹⁰.

5. Ainsi, l'émergence de la catégorie des cadres [entendue comme un ensemble ayant des caractères communs]¹¹ est étroitement liée à la mobilisation collective d'une classe moyenne amalgamant petits patrons et salariés bourgeois, sous la houlette des organisations d'ingénieurs diplômés¹², mais ces organismes ont surtout été des centres d'études et de culture¹³. Il n'y avait pas encore de conscience sociale, d'ailleurs d'après Monsieur Luc BOLTANSKI, on ne trouve aucune trace des « cadres » dans les œuvres antérieures aux années 30, qu'il s'agisse de romans, ou de pièces de théâtre. Ils sont absents aussi des recensements statistiques, ils ne seront pris en compte dans celles-ci qu'après la guerre, « *le*

⁹ LE BAYON (A.), *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, LGDJ, Bibliothèque de droit sociale, Tome 13, éd.1971, spéc.p.4.

¹⁰ RIVOAL (O.), *Les cadres en entreprise « Dialectique de la diversité et de l'unité des cadres dans l'entreprise »*, Université de Rennes I, 2004.

¹¹ Voir *Vocabulaire juridique*, par CORNU (G.) 6ème éd., Presse universitaire de France., V° « catégorie » au sens 1°.

¹² L'enjeu de l'époque était celui de la représentation ternaire du monde social, centré sur la classe moyenne. Les premières tentatives d'organisations syndicales se manifestent dès 1885 par la naissance de l'Union Sociale des Ingénieurs Catholique ; la Société des Chimistes Français en 1890 l'Union des syndicats d'Ingénieurs Français, en 1920 ; l'Union Syndicale des Techniciens de l'Industrie, du Commerce et de l'Agriculture, en 1919. V. MALTERRE (A.), *La Confédération générale des cadres, La révolte des mal aimés*, Epi, éd. 1972.

¹³ LE BAYON (A.), préc., spéc. p.5.

droit les ignore, aucune organisation ne s'en réclame »¹⁴. Mais dès les années 1930, et surtout lors des grèves de 1936, l'élaboration de catégories mentales permettant de penser comme un ensemble doté de caractéristiques sociales et professionnelles semblables et d'intérêts communs aussi disparates que les comptables, les chefs du personnel, les contremaîtres, les représentants de commerce, les ingénieurs, a donné l'occasion à ces catégories de se structurer en organisations collectives et en organes de représentation pour prendre part aux négociations entre partenaires sociaux.

6. Ainsi, les accords de Matignon¹⁵ font l'effet d'un révélateur, car les cadres ne sont pas partis à ces accords signés par le patronat et les syndicats ouvriers. La leçon retenue par les cadres met en évidence la faiblesse du système de défense de leurs intérêts ; privés d'une authentique représentation dans le processus de recherche de solution aux conflits sociaux, les cadres sont oubliés et défavorisés. Dans la marche du mouvement syndical, une date est importante : 1937, qui marque la création de la Confédération générale des cadres de l'économie (C.G.C.E.), dont le sigle met pour la première fois en valeur ces « partenaires sociaux » que sont les cadres. Les cadres se sont affirmés comme un nouveau partenaire social, en 1938, les ingénieurs, les techniciens, les travailleurs intellectuels sont invités à la nouvelle conférence de Matignon¹⁶. C'est la loi du 4 octobre 1941, adoptée au moment du régime de Vichy, relative à l'organisation sociale des professions, dite « charte du travail », qui envisage pour la première fois la question des cadres, dans un texte législatif¹⁷.

7. En 1944, trente-deux fédérations et syndicats de cadres et d'ingénieurs constituent la Confédération générale des cadres (C.G.C.), aujourd'hui Confédération française de l'encadrement (C.F.E.-C.G.C.) à qui la représentativité sera accordée fin 1946 par le ministère du Travail. Mais l'émergence de ce syndicalisme catégoriel, longtemps incarné par la C.G.C., se dessine en réalité au pluriel. Les ingénieurs et cadres sont largement présents dans les organisations dites « ouvrières »¹⁸. En effet, selon Guy GROUX, si dans les années soixante,

¹⁴ BOLTANSKI (L.), *Les cadres, la formation d'un groupe social*, éd. Les éditions de minuit, 1982, p.63.

¹⁵ Les accords de Matignon sont des accords signés dans la nuit du 7 au 8 juin 1936 à l'hôtel Matignon, sous la présidence du Conseil de Léon Blum (Front populaire), entre la Confédération générale de la production française (CGPF), la Confédération générale du travail (CGT) et l'État. Voir DOUBLET (J.) et PASSELECQ (O.), *Les cadres*, Coll. Que sais-je, PUF, éd.1973, spéc. p.6.

¹⁶ DOUBLET (J.) et PASSELECQ, *ibid*, spéc. p. 7.

¹⁷ DOCKÈS (E.), « Les ambiguïtés de la Charte du travail », in *Mélanges en l'honneur de DAVID (M.)*, éd. Calligrammes, 1991, p. 106.

¹⁸ L'Union générale des ingénieurs, cadres et techniciens C.G.T. (U.G.I.C.T. – C.G.T.), l'Union des cadres et ingénieurs F.O. (U.C.I.- F.O.), l'Union confédérale des ingénieurs et cadres C.F.D.T. (U.C.C. – C.F.D.T.), ou

les effectifs de la CGC représentaient à eux seuls plus de 50% des cadres syndiqués, dans les années 1980, ce taux pouvait être estimé entre 30 et 36 %¹⁹. Cette spécificité dans la représentation syndicale explique pourquoi, dans les accords et conventions collectives de travail, les cadres font l'objet d'avenants particuliers, établissant un régime juridique spécifique dans l'entreprise.

8. La représentation syndicale a donc permis aux cadres d'être pris en compte par le droit du travail en tant que catégorie juridique qui s'entend comme « *tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait la condition nécessaire et généralement suffisante, pour que certaines solutions s'imposent au juge* »²⁰. Parfois, on parle de statut de cadre et non pas de catégorie. La notion de statut est beaucoup plus large que la notion de catégorie juridique, car elle est perçue comme « *un ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes et qui en détermine pour l'essentiel la condition juridique* »²¹. Le statut détermine une localisation sociale pour les individus. Selon Madame GOGOS-GINTRAND « *le statut a un rôle de structuration sociale* »²². D'ailleurs, à travers leur statut les cadres « *ne parlent plus de ce qu'ils font, mais de ce qu'ils sont* »²³. La notion de catégorie juridique, quant à elle, permet d'identifier un groupe de personnes afin de lui appliquer un régime spécifique. Dans le cadre de notre étude, nous serons amenés à recourir à l'une et l'autre des notions, selon que l'on envisage la condition du cadre dans le droit du travail ou selon que l'on s'interroge sur l'identification d'un groupe auquel on applique un régime juridique. Dans ce dernier cas, le recours au concept de catégorie juridique est important puisque pour le juriste les catégories juridiques ont pour rôle principal de faciliter le raisonnement en permettant de structurer la pensée²⁴. Or, comme il est très difficile d'identifier clairement la catégorie des cadres, il peut être tentant de considérer que parce que cette catégorie est imprécise, il ne peut

encore l'Union générale des ingénieurs, cadres et assimilés C.F.T.C. (U.G.I.C.A. – C.F.T.C.) représentent le groupe social des cadres. V. DOUBLET (J.) et PASSELECQ, *Les cadres*, coll. Que sais-je ?, éd. PUF, 1973.

¹⁹ GROUX (G.), *Les cadres*, éd. La découverte / Maspero, 1983, p.94.

²⁰ WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : Faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de DABIN (J.)*, tome II, Bruxelles et Paris, Etablissements Emile Bruylant et Sirey, 1963, spéc., p.365.

²¹ GOGOS-GINTRAND (A.), *Les statuts des personnes. Etude de la différenciation des personnes en droit*, thèse, éd. IRJS, 2011, tome 30, spéc. p. 2 ; de la même auteure « L'égalité de traitement des salariés ou l'éternelle question de la légitimité des différences », *Dr.soc.* 2012, p.804.

²² GOGOS-GINTRAND (A.) *Idem*, spéc. p. 8.

²³ COUSIN (O.), *Les cadres à l'épreuve du travail*, collection Le sens social, Presses Universitaires de Rennes, 2008, spéc. p.177.

²⁴ PEYRON-BONJAN (C.), *Force et logique du discours*, *RRJ*, 1991-3, PUAM, 1991 ; MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, PUF, 1^{er}éd. 2001.

pas exister de catégorie de cadre. Pour autant, l'imprécision d'une catégorie ne lui enlève pas tout intérêt, au contraire, elle permet une certaine souplesse dans le raisonnement. En réalité, depuis le début des années 90, la catégorie des cadres connaît une crise d'identité²⁵ qui fait douter de l'existence d'une catégorie juridique et ne permet plus de justifier l'application d'un régime spécifique. Pourtant, le droit du travail et plus particulièrement le droit des conventions collectives s'est construit en se fondant sur cette distinction, supprimer la catégorie des cadres reviendrait alors à déstructurer le droit du travail. En effet « *pour juger juste et raisonner droit* »²⁶ le juriste a besoin de recourir à des catégories juridiques, la difficulté en réalité réside non pas dans l'inexistence de la catégorie des cadres, mais dans l'absence d'une identification de cette catégorie, c'est pour cette raison qu'il est nécessaire de refonder la notion de cadre afin de lui appliquer un régime spécifique.

9. Ainsi, une matière en droit social en offre une parfaite illustration, il s'agit de la prévoyance d'entreprise et de branche qui s'est structurée autour d'une distinction entre cadres et non-cadres. En effet, le système d'assurances sociales obligatoires issu des lois sur les assurances sociales du 5 avril 1928 et du 30 avril 1930, n'était alors destiné qu'aux salariés modestes dont les revenus étaient inférieurs à un plafond de ressources, favorisant l'apparition d'une prévoyance au bénéfice des salariés dont les revenus excédaient ces plafonds, à savoir les cadres²⁷. Au moment de la mise en œuvre d'un plan de Sécurité sociale entre 1945 et 1946, les cadres se sont opposés à l'assurance obligatoire au régime général, du fait notamment du plafonnement de leurs cotisations sociales et des prestations en espèces²⁸, le compromis politique a été de laisser les cadres créer, « *à leur guise, leurs propres institutions autonomes [...], pour créer des institutions complémentaires [...] afin de se constituer des garanties sociales supérieures* »²⁹. Les conventions collectives de branche, mais aussi les politiques de ressources humaines des entreprises se sont appuyées sur cette distinction cadre et non-cadres, pour mettre en place des régimes de prévoyance institués en faveur des seules catégories des cadres. Mais lorsque le législateur a souhaité que seuls les régimes de prévoyance d'entreprise

²⁵ BOUFFARTIGUE (P.), *Les cadres, Fin d'une figure sociale*, éd. La dispute, 2001 ; DELTEIL (V.), DIEUAIDE (P.), « Mutations de l'activité et du marché du travail de cadres : l'emprise croissante des connaissances », *Revue de l'IRE* n°37-2001/3, p. 59 ; GADÉA (C.), *Les cadres en France, une énigme sociologique*, éd. Belin « Perspectives sociologiques », 2003.

²⁶ PEYRON-BONJAN (C.), préc.; MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), préc.

²⁷ SAINT-JOURS (Y.), *Le droit de la Sécurité sociale*, Tome 1, LGDJ, 2^{ème} éd. 1984, p. 29.

²⁸ GABLLIERI (B.), *Le régime complémentaire de retraite et de prévoyance des cadres, institution du droit économique*, Université de Nice, 1987, p.142 et s.

²⁹ SAINT-JOURS (Y.), *ibid.*

ayant un caractère collectif soient éligibles à des exonérations de cotisations de sécurité sociale des contributions des employeurs destinées à leur financement, les difficultés sont apparues. En effet, aux termes de l'article L.242-1 du Code de la Sécurité sociale, le financement que l'employeur consacre à la protection sociale complémentaire de ses salariés est déductible sous plafond de l'assiette des cotisations sociales, à la double condition que le régime institué présente un caractère collectif et obligatoire. L'enjeu du décret du 9 janvier 2012³⁰, modifié par le décret du 8 juillet 2014³¹, était donc de préciser les critères objectifs permettant de définir une catégorie déterminée de salariés, condition pour que l'opération de prévoyance soit considérée comme collective et rende les financements patronaux éligibles au régime social de faveur posé à l'article L.242-1 du code précité. En effet, il en est résulté une modification de l'article L.242-1 du Code de la Sécurité sociale qui précise désormais qu'il convient que « ces garanties [...] revêtent un caractère obligatoire et bénéficient à titre collectif à l'ensemble des salariés ou à une partie d'entre eux sous réserve qu'ils appartiennent à une catégorie établie à partir de critères objectifs déterminés par décret en Conseil d'État »³². Ce texte établit une liste de cinq critères dont l'utilisation permet, à certaines conditions, de réputer le régime collectif au sens de l'article L.242-1 du Code de la Sécurité sociale³³. Il s'agit d'une liste limitative. Mais la détermination des catégories objectives, au regard de ces nouveaux critères, est

³⁰ Décret n°2012-25 du 9 janvier 2012, relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire, (JORF 11 janvier 2012, p. 514) ; note DEL SOL (M.) Lexbase hebdo éd.soc. n°472 du 9 février 2012.

³¹ Décret n°2014-786 du 8 juillet 2014 relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire, JORF n°158 du 10 juillet 2014, p. 1149, études SERIZAY (B.), JCP S 2014 n°44, 1413 ; aperçu rapide WISMER (F.), JCP S 2014 n°29 act. 282 ; études KOVAC (J.), JCP E 2014 n°31-34, 1422.

³² Cette partie de l'article n'a pas été modifiée par l'article 7 de la loi n°2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 (JORF n°0299 du 24 décembre 2016 texte n°1). V. MILLET (W.) « La faculté d'assumer la généralisation de la complémentaire santé d'entreprise par une aide financière patronale », Dr.soc.2017 n°6 p.561 ; WISMER (F.) ; DE CALBIAC, (J.) « Protection sociale d'entreprise : bilan 2016 », JCP S 2017, n°15 p.13.

³³ Décret n°2012-25 du 9 janvier 2012, relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire, (JORF 11 janvier 2012, p. 514) : (...) « Ces garanties peuvent également ne couvrir qu'une ou plusieurs catégories de salariés sous réserve que ces catégories permettent, dans les conditions prévues à l'article R. 242-1-2, de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées. Une catégorie est définie à partir des critères objectifs suivants : « 1° L'appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres résultant de l'utilisation des définitions issues des dispositions des articles 4 et 4 bis de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et de l'article 36 de l'annexe I de cette convention ; « 2° Les tranches de rémunérations fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite issus de la convention nationale mentionnée au 1° ou de l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961 ; « 3° L'appartenance aux catégories et classifications professionnelles définies par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés au livre deuxième de la deuxième partie du code du travail ; « 4° Le niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie dans le travail des salariés correspondant aux sous-catégories fixées par les conventions ou les accords mentionnés au 3° ; « 5° L'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir des usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession ; (...) ».

empreint d'une indéniable complexité et révèle les difficultés du législateur à définir et à délimiter la catégorie des cadres, car le législateur se contente de renvoyer à la négociation collective³⁴.

10. Cette difficulté semble être une spécificité française puisque le terme cadre n'existe pratiquement pas dans les autres langues. *« La terminologie pose un problème insoluble : « cadre » « leitender Angessstelle », « exécutive et manager » sont des qualifications entre lesquelles il est impossible de trouver une correspondance exacte dans la mesure où elles se réfèrent à des concepts différents, à des modèles d'organisation des entreprises différents, à des modèles d'organisation des entreprises différents, à des types de comportements différents »*³⁵. Mais au-delà de cette spécificité terminologique, le droit international et le droit de l'Union européenne, à l'image de la plupart des droits nationaux, s'efforcent de distinguer cette catégorie de salariés particuliers des autres salariés de l'entreprise.

11. En droit international, le Recueil de principes et de bonnes pratiques concernant les conditions d'emploi et de travail des travailleurs intellectuels adopté en 1978 par le conseil d'administration du Bureau international du travail définit les cadres comme les personnes qui exercent *« en qualité de salariés, des fonctions à caractère intellectuel prédominant, comportant l'application à un haut degré des facultés de jugement et d'initiative et impliquant*

³⁴ Art.R.242-1-1 du Code de sécurité sociale, *« (...) L'appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres résultant de l'utilisation des définitions issues des dispositions des articles 4 et 4 bis de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et de l'article 36 de l'annexe I de cette convention ;*
2° *Un seuil de rémunération déterminé à partir de l'une des limites inférieures des tranches fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite issus de la convention nationale mentionnée au 1° ou de l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961, sans que puisse être constituée une catégorie regroupant les seuls salariés dont la rémunération annuelle excède la limite supérieure de la dernière tranche définie par l'article 6 de la convention nationale précitée ;*
3° *La place dans les classifications professionnelles définies par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés au livre deuxième de la deuxième partie du code du travail ;*
4° *Le niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie ou l'ancienneté dans le travail des salariés correspondant aux sous-catégories fixées par les conventions ou les accords mentionnés au 3° ;*
5° *L'appartenance au champ d'application d'un régime légalement ou réglementairement obligatoire assurant la couverture du risque concerné, ou bien l'appartenance à certaines catégories spécifiques de salariés définies par les stipulations d'une convention collective, d'un accord de branche ou d'un accord national interprofessionnel caractérisant des conditions d'emploi ou des activités particulières, ainsi que, l'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir des usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession ;*

Ces catégories ne peuvent en aucun cas être définies en fonction du temps de travail, de la nature du contrat, de l'âge ou, sous réserve du 4° et du dernier alinéa de l'article R. 242-1-2, de l'ancienneté des salariés ».

³⁵ DOUBLET (J.) et PASSELCO (O.), Les cadres, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 1973, spéc. p.30.

un niveau relativement élevé de responsabilité»³⁶. Cette définition est intéressante, car elle renvoie à la notion de responsabilité, qui est en réalité un critère déterminant. En revanche, nous pouvons rester plus circonspects lorsqu'il s'agit d'envisager le critère «*des facultés de jugement et d'initiatives*» introduisant ainsi, une appréciation subjective dans les critères de reconnaissance du cadre. En revanche, l'utilisation de la conjonction de coordination permet de restreindre la catégorie de cadre puisqu'elle suppose un cumul, même si elle repose sur des notions ou des concepts flous.

12. À l'échelle de l'Union européenne, une résolution du Parlement européen du 25 juin 1993 sur la situation des cadres dans la Communauté européenne³⁷, anticipant une directive du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail³⁸, a précisé l'étendue du groupe des cadres. Ce «*sont des salariés, assumant, du fait de leur emploi, soit une fonction ou délégation extérieure, technique ou commerciale exercée au nom de leur employeur, soit un commandement, soit une responsabilité, et dont les fonctions se caractérisent notamment par des responsabilités supérieures à celles des autres salariés ainsi que par un haut niveau de qualification, de compétence et d'efficacité dans la gestion de l'entreprise ou de l'organisme où ils exercent leurs fonctions*»³⁹. Cette définition semble moins restrictive que celle proposée par le droit international, pour autant nous relevons que le critère de la responsabilité revient, il semble donc être un critère important de la détermination du cadre. L'autre critère qui semble intéressant, c'est celui du commandement. Même s'il apparaît que c'est un versant de la responsabilité. En revanche, comme pour la définition que l'on retrouve dans le Recueil de principes et de bonnes pratiques, le droit de l'Union européenne recourt à des critères subjectifs tels que «*l'efficacité*». Ces critères ne contribuent pas à rendre plus lisible la catégorie de cadre.

13. Sur le plan national, les États, tout en reconnaissant l'existence de cette communauté humaine que sont les cadres, adoptent différentes politiques. Certains, à l'image

³⁶ RIVOAL (O.), Les cadres en entreprise «*Dialectique de la diversité et de l'unité des cadres dans l'entreprise*», Université de Rennes I, 2004, spéc.12.

³⁷ Résolution du Parlement européen du 25 juin 1993 sur la situation des cadres dans la communauté européenne (JOCE n°C194 du 19 juillet 1993, part. II, 20, p.414).

³⁸ La directive 93/104/CE du conseil du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, modifiée par les directives 2000/34/CE du Parlement européen et du conseil du 22 juin 2000 (JOCE n°L.195 du 1er août 2000, p. 41) et 2003/88/CE du Parlement européen et du conseil du 4 novembre 2003 (JOCE n°L.299 du 18 novembre 2003 p. 9). FAVENNEC-HERY (F.), Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? Liaisons, Coll. Droit vivant, éd. 2003, p. 9.

³⁹ Résolution n°A3-0196/93 du 25 juin 1993 sur la situation des cadres dans la Communauté européenne (JOCE n°C 194 du 19 juillet 1993, p. 405).

du Japon, n'opèrent aucune distinction claire et précise entre les cadres et les autres salariés. D'autres, au contraire, s'efforcent de définir précisément les personnels qui relèvent dans l'entreprise de la catégorie des « cadres »⁴⁰.

14. Les États-Unis distinguent ainsi trois catégories de personnes pouvant répondre à la définition de cadre : Les « supervisors », qui, dans l'intérêt de l'employeur, exercent leur autorité pour embaucher, transférer, suspendre, mettre en chômage technique, réintégrer, promouvoir, licencier, affecter, récompenser ou sanctionner d'autres salariés dans l'entreprise, ou sont responsables de leur direction ou du règlement des litiges, ou sont susceptibles de recommander une telle action, dès lors que cette autorité nécessite l'exercice d'un jugement indépendant et non la simple exécution routinière d'une tâche. Les « managers », qui formulent et réalisent la politique de la direction, laquelle exprime et met en œuvre les choix de l'employeur ; et les « professional employees », c'est-à-dire les salariés qui ont acquis leurs compétences par des études poussées et exercent des fonctions intellectuelles variées, lesquelles nécessitent du jugement et du discernement⁴¹.

15. En Espagne, la loi reconnaît l'existence de « *relations professionnelles à caractère spécial* » soumises à des règles particulières fixées par décret pour certaines catégories de salariés au rang desquels figurent les hauts dirigeants, les « personal de alta direccion », salariés investis de tous les pouvoirs inhérents à la propriété de l'entreprise, qui exercent leurs fonctions sous la dépendance directe des organes d'administration et qui, tout en étant soumis au statut général des travailleurs, bénéficient d'un droit exorbitant du droit commun. Elle reconnaît par ailleurs la qualité de cadres à ceux qui, sans assumer l'administration générale de la société, ont des fonctions de direction dans des services déterminés, pour lesquels ils reçoivent des ordres des hauts dirigeants, les « personal directivo »⁴². En revanche, à l'exception de ces cadres supérieurs de haut niveau, la législation espagnole du travail considère les cadres de la même manière que les autres travailleurs⁴³.

16. Le droit italien distingue deux catégories de cadres les « dirigenti », définis par la nature de leurs fonctions et l'étendue des responsabilités qu'ils assument, représentants directs

⁴⁰ RIVOAL (O.), préc.

⁴¹ RIVOAL (O.), préc., spéc.p.13.

⁴² LEFEBVRE (F.), *Espagne ; Juridique, fiscal social*, Francis LEFEBVRE, Coll. Dossiers internationaux, 5e éd., 2002, n°3080, p. 356 ; EUROCADRES, « Cadres en Europe et leurs syndicats au 21^{ème} siècle », 2^{ème} éd., 2009, spéc. p.93.

⁴³ EUROCADRES, « Cadres en Europe et leurs syndicats au 21^{ème} siècle », 2^{ème} éd., 2009, spéc. p.94 ; TEYSSIE (B.), « Les cadres », JCP E, 1995, I, 514 p. 513.

de l'employeur à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise, et les « quadris », travailleurs salariés qui « *bien que n'appartenant pas à la catégorie des dirigeants [occupent] des fonctions dont l'importance implique [leur] participation au développement de l'entreprise et à l'accomplissement des objectifs poursuivis par cette dernière* »⁴⁴.

17. En Allemagne, une distinction traditionnelle oppose les « *arbeiter* », les ouvriers, et les « *angestellte* », les employés. Par ailleurs, il existe une distinction entre les différentes catégories d'employés, il y a les employés rémunérés en vertu de la convention collective, les employés ne relevant pas de la convention collective (*außertarifliche angestellte*) et enfin, les cadres dirigeants (*leitende angestellte*). Ces derniers sont envisagés comme une catégorie séparée de travailleurs, qui exercent les fonctions ou certaines des fonctions d'un employeur. Selon la loi, cette catégorie est composée d'individus habilités à engager et à licencier le personnel de manière indépendante ou qui effectuent régulièrement des tâches de gestion qui implique des responsabilités importantes pour l'existence et l'évolution de l'entreprise. Le niveau de rémunération est généralement le critère utilisé pour classer des individus dans cette catégorie⁴⁵. Ils disposent d'un organe représentatif distinct « *sprecherausschuss* ». Ces employés dirigeants sont exclus des conditions établies par convention collective. Ils peuvent être assimilés à nos cadres dirigeants⁴⁶. S'agissant des employés exclus des conditions établies par convention collective (*außertarifliche angestellte*), il s'agit généralement d'employés qui occupent des postes à haute responsabilité. Ils sont soit, explicitement exclus du champ d'application des conventions collectives par les parties contractantes, soit, ils bénéficient d'un statut spécial en vertu de leur contrat de travail. Dans le cas des individus automatiquement exclus, la définition fait souvent référence à la position particulière de ces employés dans l'entreprise. Ceux qui ont choisi d'être exemptés en vertu du contrat de travail bénéficient de privilèges spéciaux, comme des régimes de pension et des avantages non salariaux attrayants.

18. Alors que le droit international, le droit de l'Union européenne et certains autres États étrangers s'efforcent de donner une définition commune ou unique de cette catégorie, le droit du travail français n'adopte pas cette approche. Pourtant, au regard des exemples des pays étrangers, il semblerait que des critères puissent être retenus pour caractériser la catégorie de cadre à savoir la responsabilité, l'autorité et un niveau élevé de formation. De plus à l'instar du

⁴⁴ VILLA (M.), ROBINE (C.), *Le droit social en Italie*, Lamy, Coll. Lamy Europe, éd. 1992, n°149, p. 91 ; EUROCADRES, *ibid*, spéc. p.131.

⁴⁵ FROMONT (M.) et RIEG (A.), *Introduction au droit allemand*, Tome 3, droit privé, CUJAS, éd. 1991, p. 477, EUROCADRES, *ibid*, spéc. p.75.

droit espagnol, le droit du travail français pourrait limiter la catégorie de cadre aux cadres dirigeants et aux cadres ayant des fonctions de directions dans des services déterminés.

19. Pourtant, « le Droit n'est plus le Droit, s'il ne manipule que des fictions », la catégorie des cadres n'est-elle pas devenue une fiction ? En effet, les cadres en France forment une catégorie de salariés qui a connu de profondes déstabilisations ces vingt dernières années, car elle cristallise les difficultés d'adaptation du droit du travail. Ainsi, considérer les cadres et le droit du travail c'est envisager un certain nombre d'évolutions : la féminisation, la montée des experts, l'expérience du chômage, l'effritement du contrat de confiance avec l'entreprise, mais aussi l'introduction des nouvelles technologies dans l'entreprise, qui a bouleversé les frontières entre vie professionnelle et vie personnelle. Ces évolutions sont autant d'éléments qui ont profondément modifié les modèles traditionnels en droit du travail.

20. En réalité, l'originalité au moins relative des cadres vient de ce que la figure française de ces derniers est indissociable des formes qu'a prises dans notre pays la lutte des classes au cours du XX^{ème} siècle. En fait, *« une révolution bien plus importante que celle de l'ère industrielle est en train de se produire. Sous l'effet des formidables et exponentielles évolutions techniques, la civilisation de l'usine cède peu à peu le pas à celle de l'information. [...] Les systèmes de type taylorien [vont être] progressivement remplacés par des organisations modulaires. [...] L'accès du plus grand nombre au savoir ne rendra plus nécessaire une hiérarchie permanente [...]. La contrepartie de la rémunération sera de moins en moins le temps consacré à une machine, mais l'intelligence à réaliser une tâche »*⁴⁷.

21. La difficulté du législateur à définir le cadre résulte en grande partie de l'évolution économique et sociale. D'ailleurs l'apparition du cadre dans l'entreprise est fortement liée aux doctrines d'organisation de l'entreprise qui ont recherché à rationaliser le travail. Ainsi, au XX^{ème} siècle, lors de l'apparition de la deuxième Révolution industrielle, deux ingénieurs ont développé des doctrines d'organisation de l'entreprise à caractère complémentaire. Le premier, Frédéric Winslow TAYLOR⁴⁸ s'est avant tout intéressé à la tâche à accomplir, alors que le second, Henri FAYOL⁴⁹ s'est préoccupé des hommes

⁴⁷ BARTHELEMY (J.), « Le professionnel parasubordonné », JCP E, 1996, n°47, p. 606.

⁴⁸ TAYLOR (F.), 1856-1915, ingénieur et économiste américain, préconisait une réorganisation scientifique des entreprises et une rationalisation du travail. Il substituait à la hiérarchie militaire celle de type administratif. Le système Taylorien reposait sur l'autorité dans la spécialité. V. PLANE (J.-M.), Théorie des organisations, 4 éd. Dunod, coll. Topos, 2004.

⁴⁹ FAYOL (H.), 1841-1925, ingénieur français fait reposer l'organisation des entreprises sur la division des services et sur l'unité de commandement. Il élabore sa doctrine de fayolisme à partir de l'observation des faits. Il

responsables. Au sein des doctrines d'organisation, celle d'Henry FORD⁵⁰ occupe une place particulière puisqu'elle critique les schémas qui étaient mis en place, ce qui a une incidence directe sur la fonction et l'existence des cadres dans l'entreprise. En effet, partisan d'une spécialisation très poussée de ses ouvriers et d'une politique de hauts salaires, il était hostile à toute forme d'organisation complexe du travail. Il avait donc centralisé à outrance l'autorité en réduisant la hiérarchie au minimum : entre lui et l'ouvrier, il y avait, dès lors, très peu d'intermédiaires et de services annexes. L'histoire de FORD constitue, sans aucun doute, l'un des meilleurs exemples de la nécessité d'une organisation axée sur les cadres, pour assurer le bon fonctionnement d'une entreprise. Elle permet, aussi, de mesurer l'incidence de l'organisation comme facteur d'apparition des cadres.

22. Avec le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, une troisième révolution industrielle⁵¹ est en cours avec la création d'un nouveau modèle économique et social. Les doctrines d'organisation ayant mis en lumière la nécessité de recourir à des structures mieux adaptées aux nouvelles dimensions et aux nouveaux besoins des entreprises.

23. Trois types d'évolutions de l'entreprise privée ont, nous semble-t-il, contribué à accroître la distance entre la définition classique du cadre et la réalité : le développement des activités de service, la complexification des structures juridiques et matérielles, et l'apparition des nouvelles technologies de communication ont bouleversé les méthodes de travail ainsi que les repères traditionnels. En raison de cette diversification de l'activité privée, et du schéma classique d'organisation qui avait permis une transposition en l'état de la notion, empruntée au monde militaire, le cadre a cessé de constituer un modèle standard.

24. L'apparition de nouveaux emplois et de nouvelles fonctions au sein de l'entreprise, l'existence quasi exclusive de hauts niveaux de qualification dans certains secteurs, la gestion « en réseau » dans les groupes de taille importante ont rendu inadaptée la notion traditionnelle de cadre, mais sans pour autant la rénover en profondeur ou lui en substituer une nouvelle, mieux adaptée.

attache une importance à la fonction d'administration, et la structure de l'entreprise est fondée sur une hiérarchie de type militaire. V. PLANE (J.-M.), *ibid.*

⁵⁰ FORD (H.), 1863-1947, industriel américain a contribué, pour une large part, au développement de l'industrie automobile naissante, grâce à ses nouvelles méthodes de production. V. PLANE (J.-M.), *ibid.*

⁵¹ RIFKIN (J.), La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde, titre original, *The third industrial revolution*, éd. Les liens qui libèrent pour la traduction française, 2012.

25. Ainsi, le machinisme industriel, la division du travail et les théories de l'organisation ont foncièrement renouvelé l'approche structurelle du salariat et ont exacerbé la crise d'identité des cadres. Avec la fin des années soixante, le monde de l'entreprise, hiérarchisé de manière verticale et pyramidale, a connu une remise en cause radicale. Le modèle de l'autorité, mis en œuvre pendant les décennies précédentes, et contesté en mai 1968, a définitivement disparu et le pouvoir de l'employeur est de moins en moins discrétionnaire, pour devenir fonctionnel. Le travailleur aspire à développer sa personnalité et n'hésite pas à critiquer, à contester, à revendiquer une large marge d'autonomie, et ce d'autant que son niveau moyen de formation et d'information s'élève.

26. Le cadre, placé entre dirigeants et salariés, subit en première ligne ces mutations et les tensions qui en résultent. Selon Monsieur Paul BOUFFARTIGUE, « *la prise de distance des cadres à l'égard des directions d'entreprise et les progrès de leur conscience salariale ne font aucun doute* »⁵². Pour cet auteur, de nombreux éléments attestent de « *leur crise de confiance* » et même de « *leur sentiment d'une solidarité avec les autres salariés* »⁵³. En effet, le mode de fonctionnement des entreprises, qui a pris le contre-pied du modèle taylorien⁵⁴, demande de moins en moins des chefs, mais de plus en plus des responsables, des coordinateurs, des spécialistes⁵⁵. Aujourd'hui, il semblerait que les salariés, quel que soit leur statut d'emploi, sont soumis aux exigences de rentabilité d'un capital à l'échelle mondiale, « *parfaitement mobile* »⁵⁶, « *où la coordination hiérarchique semble être archaïque dans un contexte de changement continu avec une extension de la logique de compétences qui conduit à une personnalisation de l'évaluation du travail et une individualisation de la relation d'emploi jusqu'aux niveaux les plus subalternes de la production* »⁵⁷. Parallèlement, l'évolution des techniques de communication et la mondialisation de l'économie accentuent le phénomène de concurrence, rendant incontournables les exigences de qualité et de rapidité imposées par la clientèle : plus spécialisés, plus nombreux, directement confrontés aux lois du marché, les cadres, au sein des entreprises, ne ressemblent plus à leurs aînés. En effet, l'employeur qui ne

⁵² BOUFFARTIGUE (P.), *Les cadres, Fin d'une figure sociale*, éd. La dispute, 2001 p.299.

⁵³ BOUFFARTIGUE (P.), *ibid*, p.65.

⁵⁴ AGLIETTA (M.) et REBERIOUX (A.), *Les dérives du capitalisme financier*, éd. Albin Michel, 2004.

⁵⁵ PIOTET (F.) (dir.), *La révolution des métiers*, éd. PUF « Le lien social », 2002, REYNAUD (J.-D.), « Le management par les compétences : un essai d'analyse », *Sociologie du travail*, Vol 43, n°1, 2001, p.7 ; PAREDEISE (C.) et LICHTENBERGER (Y.), « compétences, compétences », *Sociologie du travail*, Vol 43, 2001 n°1, p. 33 ; OIRY (E.) et d'IRIBARNE (A.), « La notion de compétences : continuités et changements par rapport à la notion de qualification », *Sociologie du travail*, Vol.43, n°1, 2001, p. 49.

⁵⁶ BENSOUSSAN (M.), *L'engagement des cadres*, éd. L'Harmattan, 2010, spéc. p.14.

⁵⁷ *ibidem*.

peut gérer seul la direction économique et la direction des personnels de l'entreprise, la production de l'ensemble des sites, doit faire appel à « des salariés de confiance⁵⁸ ». À l'opposition employeur – salarié se substitue alors une construction pyramidale complexe.

27. Cette transformation du travail, déstabilise l'intégration par le droit de cette catégorie et nous conduit nécessairement à nous interroger sur le devenir des cadres. Aujourd'hui le développement de l'information et de la communication, contribue au rapprochement des cadres ou du moins d'une partie d'entre eux, des autres salariés. Les effectifs de la catégorie de l'INSEE dite « des cadres et professions intellectuelles supérieures » représentaient 9,1% de la population active en 1985⁵⁹, en 2013, cette proportion passe à 15,7%, et dans certaines entreprises ils représentent plus de la moitié des salariés⁶⁰. L'augmentation de la catégorie des cadres dans la population active s'accompagne de l'élévation du niveau de compétence et de qualification. Ainsi, d'après l'INSEE, près de 70% des « cadres supérieurs d'entreprise », qui alors étaient en activité n'avaient pas de diplôme du supérieur en 1968. Trente ans plus tard, près de la moitié des « cadres supérieurs d'entreprise » était titulaire d'un diplôme venu sanctionner au moins trois ans d'études supérieures⁶¹. La pression croissante de la concurrence sur des marchés plus ouverts et l'accélération du progrès technique déterminent de nouveaux modèles d'organisation de l'entreprise reposant chaque jour davantage sur l'autonomie des salariés qui ne semble plus être un critère déterminant de la qualité de cadre.

28. Pourtant, malgré l'importance des cadres, aucun texte ne permet de définir précisément ceux qui relèvent de la catégorie des cadres. « À l'identification du cadre, un texte, parfois, s'attache. Mais son propos ne vaut que dans le périmètre offert à son application »⁶². En effet, ni les partenaires sociaux, ni le législateur, ni les juges ne sont parvenus à donner une définition des cadres. Aucune source en droit du travail n'est parvenue à circonscrire la catégorie des cadres. Concrètement, aucune définition d'ensemble, aucune définition de la notion de cadre n'a été envisagée. En réalité, on se rend compte qu'au fur et à mesure des interventions législatives, les cadres ont fait l'objet d'essais en vue d'étendre à l'ensemble des salariés des dispositions qui leur étaient spécifiques. Ce fut d'abord le cas pour les conventions de forfaits en jours qui, initialement, ne concernaient que les salariés ayant la qualité de cadre

⁵⁸ BOUFFARTIGUE (P.), *Les cadres fin d'une figure sociale*, éd. La dispute, 2001.

⁵⁹ INSEE Première « L'évolution sociale de la population active », n°434, mars 1996.

⁶⁰ INSEE Première « Une photographie du marché du travail en 2013 », n°1516, septembre 2014.

⁶¹ BENSOUSSAN (M.), *L'engagement des cadres*, éd. L'Harmattan, 2010., spéc. p.22.

⁶² TEYSSIE (B.), « Les cadres », JCP E 1995, I, 514 p. 510.

au sens de la convention collective de branche, ou au sens du premier alinéa de l'article 4 de la Convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et dont la nature des fonctions ne les conduisait pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils étaient intégrés. La loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises⁶³ a étendu la possibilité de conclure une convention de forfait en jours avec des salariés non-cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. Mais c'est la loi du 20 août 2008 portant « rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail »⁶⁴ qui est venue modifier en profondeur la section 4 du chapitre I^{er} du titre II du livre I^{er} de la troisième partie du Code du travail relative aux conventions de forfait. Désormais, la possibilité de conclure une convention de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois est étendue à l'ensemble des salariés. Par la suite en raison des lacunes du législateur, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 est venue encadrer le dispositif des conventions de forfait et surtout des conventions de forfait en jours⁶⁵ en raison de l'insécurité juridique née de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation quant à l'encadrement des conventions de forfait en jours. Les interventions législatives dans le domaine du temps de travail et les extensions de dispositifs particuliers aux cadres appliqués aux autres salariés démontrent le danger de l'absence de définition de la catégorie des cadres.

29. Il est donc clair que les critères de l'autonomie, des compétences, des responsabilités ne sont plus suffisants pour identifier le cadre. Le système productif a évolué, les entreprises exigent un renouvellement rapide des compétences des salariés, une capacité : à mobiliser leurs connaissances pour résoudre les problèmes, à raisonner, à communiquer en groupe et à faire preuve de créativité. Ces qualités sont aujourd'hui demandées à tous les niveaux, alors qu'autrefois ces compétences étaient l'apanage du cadre. Les compétences sont plus « générales », plus « transversales ». Cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'existe plus d'emplois considérés comme faiblement qualifiés. Mais les critères qui auparavant pouvaient permettre d'identifier les cadres ne sont plus opérants, car ils sont communs à une grande partie

⁶³ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (JORF, n°179 du 3 août 2005, p. 12639).

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc. n°666 du 1^{er} septembre 2016 ; Étude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016.

du salariat. Est-ce à dire que la catégorie des cadres n'a plus d'intérêt ou, plus radicalement, n'existe plus ? D'aucuns diront que ce n'est pas parce qu'on ne sait pas à quel âge commence la vieillesse que la catégorie des vieillards n'existe pas.

30. Le droit à une fonction à remplir : celle de la stabilité et de la sécurité juridique, l'individu ne se sent protégé que lorsque, par avance, il sait quelle règle va s'appliquer à la situation dans laquelle il envisage de se placer. C'est pourquoi selon Monsieur Jean RIVERO, l'individu « *s'est détourné du règne du Juge, préférant la sécurité de la règle à un arbitraire qui, si excellente qu'en pussent être les manifestations lorsque le juge était sage, présentait le risque minimum de tous les arbitraires : l'imprévisibilité* »⁶⁶. Le droit du travail, et plus précisément le droit des conventions collectives, s'est structuré autour des catégories de salariés ; supprimer la catégorie des cadres reviendrait à déstructurer le droit du travail. En effet, selon Monsieur Luc BOLTANSKI « *c'est au terme d'un immense travail collectif que le groupe s'est incarné dans ses institutions et a fini par faire reconnaître son existence comme fondée, de toute éternité, dans la nature des choses* »⁶⁷. La catégorie des cadres reste une catégorie juridique pertinente et nécessaire. D'ailleurs le législateur, avec la loi du 20 août 2008⁶⁸ et conformément au souhait des partenaires sociaux exprimé dans la position commune du 9 avril 2008⁶⁹, a mis en place un véritable régime dérogatoire pour les syndicats catégoriels d'entreprise, preuve de l'intérêt de la catégorie de cadre. Ainsi, le législateur, pour permettre au syndicat catégoriel d'exister a instauré un véritable régime de faveur. Désormais, ces derniers ont le droit de faire mesurer leur audience électorale dans certains collèges électoraux et non pas sur l'ensemble des collègues⁷⁰. Donc le législateur et la jurisprudence semblent considérer les cadres comme une catégorie juridique.

⁶⁶ RIVERO (J.), « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *D.*, 1951, Chron. p. 23.

⁶⁷ BOLTANSKI (L.), *Les cadres, la formation d'un groupe social*, 1982, collection « Le sens commun ».

⁶⁸ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008, p. 13064).

⁶⁹ ANTONMATTEI (P.-H.), « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr.soc.*, 2008, p.771 ; « Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis » ; *Dr.soc.*, 2011, p. 89 ; BORENFREUND (G.), « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT*, 2008, p. 360 ; MORIN (M.-L.) « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise », *Dr.soc.* 2011, p. 62 ; PÉCAUT-RIVOLIER (L.), « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », *Dr.soc.* 2010, p. 647 ; RADÉ (C.), « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Dr.soc.* 2010 p.821 ; « l'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr.soc.* 2011, p.1234.

⁷⁰ Art. L.2122-2 du Code du travail, l'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 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017) a supprimé la référence au comité d'entreprise pour la remplacer par le comité social et économique. V. note 260.

31. En outre la situation des cadres peut apparaître différente du fait de leur position dans l'entreprise. En effet, être cadre dans une entreprise entraîne des conséquences plus ou moins favorables. Les cadres sont des salariés, mais ils sont dans une situation particulière, ce qui a conduit le législateur à leur appliquer un statut particulier. La singularité des cadres tient à ce qu'ils occupent une position intermédiaire entre l'employeur et les autres salariés, on peut même aller plus loin en affirmant que les cadres dirigeants ont un rôle de quasi employeur.

32. En effet, la catégorie des cadres dirigeants apparaît comme étant l'essence même de la catégorie des cadres que l'on peut aisément opposer aux autres salariés, mais aussi aux autres cadres. Ils sont cadres « par nature » en opposition aux cadres que l'on pourrait qualifier de « cadre par extension », qui révèle une réelle bipolarité de la catégorie de cadres⁷¹. Ainsi, les cadres dirigeants se caractérisent par leur autonomie, leur liberté d'initiative et par un contrôle limité de leur travail : ils doivent uniquement rendre des comptes aux instances dirigeantes de l'organisation qui les emploie. La définition même des cadres « dirigeants » contient donc le germe d'un débat sur la réalité de leur subordination et leur légitimité à être considérés comme des salariés. Ainsi, l'article L.3111-2 du Code du travail dispose que « *sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant, les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement* ».

33. Il apparaît évident que le législateur a voulu circonscrire la catégorie des cadres dirigeants au premier cercle concentrique autour du chef d'entreprise, c'est pour cette raison qu'il impose un cumul de ces critères. Ainsi, la catégorie de cadre dirigeant ne correspond pas à celle des cadres dit « supérieurs » qui n'est d'ailleurs pas envisagée par le droit du travail, car elle apparaît comme étant moins restrictive. Mais on s'aperçoit très vite que le contenu de ces critères demeure imprécis, ce qui va conduire le juge à être très vigilant, afin de respecter la volonté du législateur. La spécificité des cadres dirigeants ne pose aucune difficulté, en revanche c'est la prise en compte de ces cadres par le droit du travail qui semble soulever quelques inconvénients. En effet, les montages juridiques dans les groupes de sociétés et la

⁷¹ Nous nous sommes inspirés de la distinction utilisée par Gérard LYON-CAEN qui considérait que « *de même qu'il y a des immeubles par nature, par destination, par l'objet auquel ils s'appliquent, par déclaration, il y [aurait] toutes sortes de cadres : par nature, par titre, par la rémunération qu'ils perçoivent, par déclaration ou volonté des parties, sans parler des cadres par assimilation* », « Les cadres », *D.* 1961 Chron. XXI, p. 115.

question du cumul contrat de travail et mandat social brouillent les frontières entre travailleur dépendant et indépendant⁷². Se pose donc la question de la légitimité du maintien des cadres dirigeants dans le droit du travail. Pour ces salariés, il n'y a pas de subordination, en effet « *l'idée de subordination ne suffit pas à caractériser la situation des salariés qui jouissent dans l'exécution de leur travail d'une indépendance objective due à leur compétence professionnelle* »⁷³. Comment une personne qui peut décider de l'avenir de l'entreprise peut-elle être considérée comme un salarié ? D'ailleurs, dans certains cas, le Code du travail assimile les cadres dirigeants aux employeurs. Ainsi, l'article L.1141-12 du Code du travail dispose que « *peuvent être candidat dans le collège des employeurs : [...] les directeurs généraux et directeurs, les cadres détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité, établie par écrit, permettant de les assimiler à un employeur* »⁷⁴. Il apparaît ainsi que le droit du travail appréhende les cadres dans leur diversité.

34. Les nécessités du XXI^{ème} siècle avec le développement des nouvelles technologies, mais aussi le développement des nouvelles formes de travail, appellent un remaniement de la catégorie des cadres par le droit du travail. Pour que la catégorie des cadres demeure une catégorie identifiable avec un traitement spécifique (en termes de rémunération, de conditions de travail, d'indemnités de départ ou de protection sociale d'entreprise⁷⁵) il est

⁷² VACARIE (I.), « Travail subordonné, travail indépendant : question de frontières ? », in Les frontières du salariat, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 1996, p. 103.

⁷³ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd. 2015, p. 165.

⁷⁴ Loi n°2014-1528 relative à la désignation des conseillers prud'hommes du 18 décembre 2014 (JORF n°293 du 19 décembre 2014, p. 21435), et loi n°2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015, (JORF n°181 du 7 août 2015), Etudes LAHALLE (T.), « La justice prud'homale à l'aune des lois du 18 décembre 2014 et du 6 août 2015 », JCP S 2015, n°38, 1324 ; ORIF (V.) « Loi « Macron » : dispositions relatives à la justice prud'homale (article 258)-première partie », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°623 du 3 septembre 2015 ; MAGGI-GERMAIN (N.), « Les enjeux autour de la réforme de la formation des conseillers prud'hommes », Dr.soc. 2015 n°6 p. 547.

Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, pris pour l'application des articles 258, 259 et 267 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques adopte les mesures nécessaires à la modernisation de la procédure devant les conseils de prud'hommes et à la rationalisation du traitement de certains contentieux du travail relevant de la compétence judiciaire, LAHALLE (T.) « La désignation des conseillers prud'hommes », JCP S 2016 n°42, 380 ; HENRIOT (P.), « Ne rien changer (ou presque) pour que tout change. Que reste-t-il de la prud'homie ? », RDT 2017, n°2, p.143 ; du même auteur « Ne rien changer (ou presque) pour que tout change. Que reste-t-il de la prud'homie ? (Suite) », RDT 2017, n°3, p.214 ; BECKERS (M.), « La Réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité », RDT n°4, 2017, p.4.

Ordonnance n°2016-388 du 31 mars 2016, relative à la désignation des conseillers prud'hommes, (JORF n°77 du 1er avril 2016 texte n°41), l'entrée en vigueur des dispositions relatives au nouveau mode de désignation des conseillers prud'hommes est différée au 1er février 2017 ; Étude V. ORIF, « Vers la nomination des conseillers prud'hommes et au-delà », Lexbase Hebdo éd.soc. n°652 du 21/04/2016.

⁷⁵ WISMER (F) ; DE CALBIAC, (J.) « Protection sociale d'entreprise : bilan 2016 », JCP S 2017, n°15 p.13.

vital non seulement de restreindre la notion de cadre pour permettre une meilleure application d'un régime spécifique, mais aussi de donner une définition unique du cadre non dirigeant.

35. Aujourd'hui nous pouvons faire le constat que le régime des cadres reste marqué par une certaine complexité, la loi sur les 35 heures en est l'exemple le plus parfait, car le législateur prenant la mesure de l'hétérogénéité de cette catégorie de salariés a élaboré un système relativement complexe. Un autre phénomène vient rendre plus instable le régime des cadres, celui de l'application des droits fondamentaux, avec notamment l'application du principe d'égalité. En effet, la distinction entre les salariés semble ne plus avoir d'intérêt lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux. Ils permettent de saisir la personne non plus seulement en tant que travailleur mais en tant que personne à part entière, envisagée dans les différentes dimensions de sa vie, à la fois professionnelle et personnelle.

36. Ainsi, l'application du principe d'égalité de traitement par la Cour de cassation a d'ailleurs révélé la fragilité d'une opposition cadre/non cadre. En effet, depuis 2008, la Cour de cassation considère que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés dans une situation identique au regard dudit avantage* »⁷⁶. La chambre sociale de la Cour de cassation avait suscité de nombreuses critiques quant à l'application qu'elle faisait du principe de l'égalité de traitement aux avantages catégoriels d'origine conventionnel⁷⁷, obligeant celle-ci à revenir sur sa jurisprudence en légitimant les avantages catégoriels instaurés par les partenaires sociaux⁷⁸. Il apparaît donc que le régime des cadres est sauvegardé lorsqu'il s'agit d'accord collectif, ceci étant le principe d'égalité de traitement continue à s'appliquer s'agissant des usages et des engagements unilatéraux de l'employeur⁷⁹. Le principe d'égalité de traitement aurait pu remettre en cause tout le régime spécifique des cadres, notamment en ce qui concerne les avantages catégoriels, mais aussi en ce qui concerne la prévoyance.

⁷⁶ Cass.soc. 20 févr. 2008, n°05-45.601: Bull. civ. V, n°39, obs. RADÉ (C.), « Chaud et froid sur la protection du principe « à travail égal, salaire égal » », Lexbase Hebdo éd. Soc. n°295 du 6 mars 2008.

⁷⁷ JEANSEN (E.), PAGNERRE (Y.), *Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction*, JCP S 2012 n°31-35 p.1338; PEREIRA (S.), *Jurisprudence sur les avantages catégoriels : vers la fin de la négociation collective*, JCP S 2011, n°40, 1436; DUCHANGE (G), *Égalité de traitement-Le juge, la convention collective et les fondements incertains du principe d'égalité de traitement*, JCP S 2014 n°48, 1462.

⁷⁸ Cass.soc. 27 janvier 2015, cinq arrêts n°13-22.179 ; n°13-25.437 ; 13-14.773 ; 13-23.818 ; 14-13.569, obs. RADÉ (C.), Lexbase Hebdo éd.soc. n°600 du 5 février 2015 ; Études DANIEL (J.) « Différences de traitement entre catégories professionnelles : la justification n'évite pas le soupçon » *JCP S*, n°7-8, 2015, 1054.

⁷⁹ Cass.soc. 14 septembre 2016, n°15-11.386, DUMOT (F.), « L'engagement unilatéral de l'employeur source d'inégalité de traitement : strict contrôle du juge », JCP S 2016, n°42, p. 28.

37. Il faut donc repenser la notion de cadre en la fondant sur des critères tels que le niveau des responsabilités, des compétences, le niveau de qualification, mais également le commandement, et ainsi, lui appliquer un régime unique. En effet, comment appliquer un régime spécifique clair et précis à des cadres qui ne sont pas identifiés ? Le législateur intervient pour mettre en place un régime qui leur est spécifique, mais oublie l'essentiel, celui de définir de manière cohérente la catégorie des cadres, en conséquence on assiste aujourd'hui à la construction d'un édifice pour le moins instable lié à l'hétérogénéité de cette catégorie (1^{ère} partie) qui conduit à leur appliquer un régime qui leur est inadapté (2^{ème} partie).

Partie 1 : Les cadres, une catégorie hétérogène

38. Le droit du travail ne donne aucune définition générale du cadre, au contraire il contribue à la difficulté à appréhender cette notion. En effet, les différentes sources du droit du travail, qu'elles soient légales ou conventionnelles, adoptent des définitions qui se cantonnent à un périmètre très limité. Certaines auront une conception large de la catégorie des cadres, d'autres au contraire auront une conception plus limitée. Il est donc difficile de distinguer les cadres des autres salariés, car, comme nous l'avons déjà précisé certains textes (légaux ou conventionnels) considèrent que les agents de maîtrise ou les salariés ayant une classification hiérarchique supérieure ou égale à 300 ou même certains voyageurs représentants placiers sont des cadres.

39. De même qu'il est difficile de distinguer les cadres des autres salariés, cette difficulté réapparaît également quand il s'agit d'établir une distinction entre cadres, car cette catégorie est extrêmement diversifiée : cadre encadrant, cadre commercial, cadre expert, cadre administratif, cadre technique... Une distinction peut se faire suivant l'ancienneté du salarié cadre (les cadres confirmés, les cadres débutants).

40. On constate donc qu'il n'est pas aisé d'appréhender la catégorie des cadres. Un examen des textes, notamment des textes portant sur la durée du travail permet cependant de constater une réelle bipolarité des cadres. Les cadres par extension qui, dans certaines circonstances, bénéficient du même régime, et à l'opposé, les cadres dirigeants qui, selon les hypothèses, sont ou non traités comme des salariés. *« La limite entre cadres et non-cadres fluctue en fonction des intérêts en jeu. Celle entre cadre et cadre dirigeant n'est pas toujours d'une grande clarté »*¹. Selon Monsieur Gérard LYON-CAEN, *« de même qu'il y a des immeubles par nature, par destination, par l'objet auquel ils s'appliquent, par déclaration, il y [aurait] toutes sortes de cadres : par nature, par titre, par la rémunération qu'ils perçoivent, par déclaration ou volonté des parties, sans parler des cadres par assimilation »*².

41. Les lois relatives à la réduction du temps de travail ont révélé l'hétérogénéité des cadres. Certes, ces prescriptions sont d'une portée très limitée, mais elles nous permettent de constater une réelle bipolarité des cadres. Il y aurait donc d'une part les cadres par nature (Titre I), et d'autre part les cadres par extension (Titre II). Les premiers apparaissent comme une

¹ FAVENNEC-HERY (F.), *Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? Liaisons*, Coll. Droit vivant, éd. 2003 p.13.

² LYON-CAEN (G.), « Les cadres », *D.* 1961 Chron. XXI, p. 115.

catégorie strictement délimitée tandis que les seconds constituent une catégorie floue, difficile à délimiter de façon précise.

Titre 1 : Les cadres par nature

42. Les cadres par nature apparaissent comme une catégorie strictement délimitée où l'argument de la banalisation du statut de cadre ne semble pas s'appliquer, car il s'agit ici de traiter des cadres qui se situent au plus haut niveau dans la structure de l'entreprise.

43. Ainsi, le droit français reconnaît ces salariés depuis le milieu du XX^{ème} siècle avec les arrêtés CROIZAT-PARODI de 1945 et 1946 en les définissant comme « *les agents possédant une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière et exerçant par délégation de l'employeur un commandement sur des collaborateurs de toute nature : ouvriers, employés, techniciens, agents de maîtrise, ingénieurs, collaborateurs administratifs ou commerciaux* »³.

44. Ces cadres par nature que le langage courant qualifie de « cadres supérieurs » ont fait l'objet d'un traitement spécifique par les juges. En raison des responsabilités qu'ils assument, de la liberté dont ils disposent dans l'organisation de leur travail et de leur rémunération⁴. Ils ont en effet été exclus de la réglementation sur les heures supplémentaires et sur le droit au repos compensateur.

45. L'Administration a abordé la catégorie des cadres avec la même logique et a opposé, elle aussi, les cadres supérieurs aux autres cadres. Elle a défini les cadres supérieurs comme les « *cadres de haut niveau dont la nature des fonctions et [le] niveau de responsabilité impliquent une large indépendance dans l'organisation de leur temps de travail excluant tout horaire précis et déterminé* »⁵.

46. Le concept de « cadre dirigeant » est né avec la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail. Il s'agit d'une véritable consécration de l'existence d'une catégorie ambivalente, car les cadres dirigeants bénéficient d'une double qualité, celle de salarié et celle de dirigeant. L'existence de cette catégorie oblige à tordre certaines notions du droit du travail telle la subordination juridique. En effet, au regard de la définition de la subordination juridique donnée par la Cour de cassation en 1996, « *le lien de*

³ Arrêtés CROIZAT-PARODI (JO 27 septembre 1945 p. 6070 et p. 6071 ; JO 2 février 1946 p. 913, p. 920 et p.924 ; V. RIVOAL (O.), Les cadres en entreprise « Dialectique de la diversité et de l'unité des cadres dans l'entreprise », Université de Rennes I, 2004, spéc., p. 23.

⁴ Cass.soc. 5 janvier 1945, Vincent c/ Régie autonome des Pétroles, CARBONNIER (J.), Dr. soc. 1946, p. 37 ; Cass.soc. 21 octobre 1999, M. Dombal c/ Sté La station service RDO, RJS 12/99, n°1471.

⁵ LECOHU (P.), « La réduction du temps de travail des cadres », LPA n°105, 2 septembre 1998, p. 1.

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 (...)»⁶. Comment considérer que les cadres dirigeants qui se situent au sommet de la hiérarchie dans l'entreprise et décident de la stratégie de celle-ci soient soumis à une autorité.

47. En raison de la spécificité des conditions de travail de ces cadres de « direction », le législateur a souhaité les exclure des dispositions relatives à la durée du travail. Mais afin d'éviter toute confusion entre ces cadres et les cadres supérieurs, et en vue de restreindre le champ des personnes exclues des dispositions protectrices du droit du travail, il a adopté la terminologie des textes du droit de l'Union européenne⁷.

48. La définition légale n'en est pourtant pas moins fortement inspirée de la jurisprudence⁸ et de la doctrine administrative⁹. L'article L.3111-2 du Code du travail dispose que « (...) sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant, les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ».

49. Si la notion de cadre par nature est en apparence circonscrite (chapitre 1) elle ne permet pas pour autant de lever les ambiguïtés de la distinction entre le cadre dirigeant et le dirigeant social (chapitre 2).

⁶ Cass.soc. 16 novembre 1996, Sté générale c/ URSSAF ; Bull. civ. V, n°386 ; JCP E, 1997, II, 911, note J. BARTHELEMY ; RJS 12/96, n°1320 ; DUPEYROUX (J.J.), « A propos de l'arrêt Société générale », Dr. soc., 1996, p. 1067. Lire notamment obs. sous Cass.2^{ème}Ch.civ. 9 mars 2017, n°16-11.535, TOURNAUX (S) « Le lien de subordination en droit du travail et en droit de la sécurité sociale : une distinction de nature procédurale », RDT du 1^{er} avril 2017 n°4, p.259.

⁷ Directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JOCE n°L.307 du 13 décembre 1993, p.18 (modifiées par les directives 2000/34/CE du Conseil du 22 juin 2000, JOCE n°L.195 du 1^{er} août 2000 p. 41 et 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, JOCE n°L.299 du 18 novembre 2003 p. 9).

⁸ Cass.soc. 21 octobre 1999, M. Dombal c/ Sté La station service RDO, RJS 12/99, n°1471.

⁹ LECOHU (P.), « La réduction du temps de travail des cadres », op.cit.

Chapitre 1 : Les cadres par nature, une notion en apparence circonscrite

50. La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a introduit la notion de cadre dirigeant. Il s'agit d'une véritable manifestation du paradoxe du « *salarié employeur* »¹⁰, car il participe « *à la prise de décisions stratégiques concernant la vie de l'entreprise* »¹¹. Loin d'être des cadres « *de droit commun* », les cadres dirigeants semblent se différencier des autres cadres en raison de leur position hiérarchique dans l'entreprise.

51. En effet, ce sont les cadres « *auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevées des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement* »¹².

52. La qualification de cadre dirigeant nécessite donc la réunion de trois critères : l'importance des responsabilités, l'autonomie et le niveau élevé de rémunération. Les deux premiers éléments de la définition ne sont en effet que les deux aspects d'une même condition, il s'agit des fonctions élevées du cadre (section 1), en outre le cadre dirigeant bénéficie d'une rémunération spécifique (section 2).

¹⁰ LYON-CAEN (G.), « Quand cesse-t-on d'être salarié ? », D. 1977, Chron. XIII, p. 109.V. également étude CHAMPEAUX (F.) « L'avenir du salariat », SSL du 2 mai 2017, n°1767, p.7.

¹¹ GORCE (G.), Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles et familiales et sociales sur le projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail, Rapport AN n°1826, p.164.

¹² Art. L.3111-2 du Code du travail.

Section 1. Les fonctions élevées du cadre dirigeant

53. La chambre sociale a eu l'occasion de confirmer le caractère cumulatif des critères énoncés à l'article L.3111-2 du Code du travail¹³. Ainsi, cette approche a permis, dans une certaine mesure, de circonscrire cette catégorie de salariés, qui compte tenu des dérogations au droit du travail, doit rester exceptionnelle.

54. Dans une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation, il a même semblé que les juges ont ajouté un autre critère, à savoir la participation du cadre à la direction de l'entreprise. En effet, la rédaction de la décision pouvait alimenter cette interprétation, « *la salariée bien que disposant d'une grande autonomie dans l'organisation de son travail nécessitée par son haut niveau de responsabilité dans l'élaboration de la collection homme et étant classée au coefficient le plus élevé de la convention collective, ne participait pas à la direction de l'entreprise* »¹⁴. Pourtant, il semblerait que les juges de la Chambre sociale aient voulu donner de la substance à l'adjectif « dirigeant », car pour être cadre dirigeant il faut avant tout diriger. Il s'agit d'une précision importante qui permet de circonscrire la notion de cadre dirigeant et ainsi éviter que certains salariés disposant d'une grande autonomie et d'une large indépendance, comme certains commerciaux, se voient appliquer le statut de cadre dirigeant. Par ailleurs, dans une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 22 juin 2016, les juges réaffirment que chacun des trois éléments de définitions doit être examiné à la lumière de ce critère discriminant qu'est la participation à la direction¹⁵.

55. La Cour de cassation fait donc la démonstration de sa grande rigueur dans l'appréciation de la notion de cadre dirigeant, elle fait également preuve d'un certain pragmatisme dans l'appréciation des critères faisant abstraction de la volonté des parties en s'intéressant aux fonctions réellement exercées dans l'entreprise¹⁶. Pourtant, il est intéressant

¹³ Cass.soc. 13 janvier 2009, n°06-46.208, note PASQUIER (T.), D. 2009, p. 1931 ; note FAVENNEC-HERY (F.), JCP S 2009, 1096 ; obs. RADÉ (C.), Dr.soc. 2009, p. 611.

¹⁴ Cass.soc. 31 janvier 2012, n°10-24.412, note CHAMPEAUX (F.), SSL 2012, n°1550, p. 133 ; note LOKIEC (P.), D. 2012, p. 1167 ; note MORAND (M.), RJS 5/2012, p. 347 ; note PIGNARRE (G.), RDT, 2012, p. 369 ; obs. TOURNAUX (S.), Dr.soc. 2009, p. 422.

¹⁵ Cass.soc. 22 juin 2016, n°14-29.246, V. note HAUTEFORT (M.), « Cadre dirigeant : la preuve par trois plus un », JSL, n°415, septembre 2016, p.3, note MASSON (Ph), « salariés de confiance : le retour ? (à propos des arrêts du 22 juin 2016 concernant les cadres dirigeants) », Dr.ouvr., 2016 n°821, p.744

¹⁶ Cass.soc. 23 novembre 2010, n°09-41.552, note PUIGELIER (C.), JCP S 2011, n°1122 « Attendu, cependant, que pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant d'un salarié, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun des critères cumulatifs énoncés par l'article L.3111-1 du

de relever que les juges de la Chambre sociale ont écarté la qualité de dirigeant à un cadre au motif que le contrat de travail prévoyait l'impossibilité pour le salarié de refuser d'effectuer des heures supplémentaires et de suivre l'horaire de travail en vigueur dans l'entreprise. La Cour se contentant de faire référence aux stipulations contractuelles, sans vérifier si le salarié était effectivement soumis à ces contraintes. En l'espèce, les juges ont considéré que les stipulations portant sur la durée du travail étaient totalement en contradiction avec l'article L.3111-1¹⁷ du Code du travail, notamment sur l'indépendance dans l'organisation de l'emploi du temps¹⁸.

56. Ainsi, selon les juges de la Cour de cassation il conviendra de mesurer l'importance des responsabilités, la « grande indépendance » ou la « large autonomie », en recherchant au cas par cas si l'intéressé participe bien de « manière effective » à la direction de l'entreprise¹⁹.

57. La définition légale se rapporte en premier lieu aux fonctions exercées par les cadres dirigeants. Mais le législateur n'a pas voulu dresser une liste, même non exhaustive, des fonctions permettant à un cadre de se prévaloir de la qualité de cadre dirigeant. Il s'est contenté de dégager deux critères destinés à permettre d'opérer la distinction entre les cadres dirigeants et les autres cadres. L'article L.3111-2 du Code du travail se réfère d'une part, à l'importance des responsabilités exercées par ces cadres (A) et d'autre part, à l'autonomie dont ils bénéficient (B).

I. Les responsabilités du cadre dirigeant, un concept flou

58. Pour mieux comprendre le critère de l'importance des responsabilités des cadres dirigeants, il convient de revenir d'une part sur la notion de responsabilité (A) et d'autre part sur le paradoxe de l'employeur salarié (B).

Code du travail (...) » ; Cass.soc. 30 novembre 2011, n°09-67.798, obs. LALANNE (F.), JSL, 2012, n°313, p. 19 ; obs. TOURNAUX (S.), Lexbase hebdo, éd.soc, n°466.

¹⁷ Nouvel art. L.3111-2 du Code du travail.

¹⁸ Cass.soc. 27 mars 2013, n°11-19.734, PONTIF (V.), « Qualité de cadre dirigeant : « Gare au contenu du contrat de travail ! », RDT 2013, p. 491.

¹⁹ VATINET (R.), « Les cadres dirigeants », in Mélanges GERMAIN (M.), éd. LGDJ, 2015, p. 841.

A. La notion de responsabilité

59. Dans une première approche, la responsabilité reflète l'idée que chacun doit répondre de ses actes à l'égard d'autrui. Si l'on s'intéresse à l'étymologie du mot responsabilité, il vient du mot latin *respondere* et renvoie au fait de se « porter garant », de « répondre de »²⁰.

60. En droit civil, la personne responsable doit réparer les conséquences de ses actes et en droit pénal, la responsabilité se traduit par le fait que l'auteur d'un dommage doit être sanctionné. En effet, le Code civil prévoit à l'article 1240²¹ que tout fait de l'homme causant un dommage à autrui oblige son auteur à le réparer, l'article 1241²² précisant que l'on est responsable du dommage causé, non seulement, par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. Toutefois, cette définition de la responsabilité apparaît être en contradiction, avec les principes du droit du travail.

61. Le salarié, y compris le cadre, à l'occasion de l'exécution du travail bénéficie d'une immunité avec le mécanisme de la responsabilité basé sur l'article 1242, alinéa 5, du Code civil²³. Ainsi, depuis 1950, la Chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'un salarié ne peut « être tenu pour responsable du résultat défectueux de son travail que si sa façon de procéder [révèle], par comparaison avec un [salarié] normalement diligent, non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde »²⁴. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a également affirmé sur le terrain de la responsabilité délictuelle que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui

²⁰ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p.496.

²¹ Ancien article 1382 du Code civil, V.not. parmi les nombreux travaux d'ensemble BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RDT civ.* 2016, p.247 ; LATINA (M.), « apprécier la réforme », *RDC* 2016, p. 615 ; MEKKI (M.), « Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016. p. 494

²² Ancien article 1383 du Code civil.

²³ Ancien article 1384 al. 5 du Code civil dont la formulation n'a pas été modifiée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ».

²⁴ Cass.civ., sect. soc., 19 mai 1958, Matériel cellulosique c/ Ligonnet, *Bull.civ.IV* n°612 ; *D.*, 1958, Somm. p. 123 ; Cass. civ., sect.soc., 19 mai 1958, Transports Pignats c/ Dupont, *Bull. civ.* IV n°163, *JCP CI*, 1958, 63824, obs. B.B ; Cass. civ., sect.soc., 13 novembre 1958, Sté des pneumatiques Dunlop c/ Ronnat, *Bull. civ.* IV n°1179 ; Cass. civ., sect.soc., 27 novembre 1958, Sté des Forges stéphanaises c/ Blanchard et autres ; *D.* 1959. 20 note LINDON (R.) ; *RDT civ* 1959. 753 note CARBONNIER (J.) ; *RDT civ.* 1959. 731 note MAZEAUD (H.) et (L.) ; *JCP CI* 1959, 65240, obs. F.D. ; V. RADÉ (C.), « *Droit social et responsabilité civile* », *Dr.soc* 1995, p.491, du même auteur voir également, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome, 282, 1997.

lui a été impartie par son commettant »²⁵. En Droit du travail le principe est que le salarié quelle que soit sa fonction, bénéficie d'une « véritable immunité »²⁶.

62. Sur le plan de la responsabilité civile, le cadre dirigeant bénéficie, en qualité de salarié, d'une immunité qui le protège sauf à prouver l'intention de nuire de ce dernier. Cependant, cette immunité semble être en contradiction avec le haut degré de responsabilités que le cadre dirigeant doit assumer dans l'entreprise. Il s'agit ici, d'un paradoxe faisant douter de l'intérêt de maintenir les cadres dirigeants dans le droit du travail.

63. En droit pénal, en revanche, il n'existe pas d'immunité du salarié, l'employeur peut même décider de déléguer une partie de son autorité et de transférer sa responsabilité pénale. En effet « un chef d'entreprise, occupé à ses tâches de direction et d'administration, ne peut en même temps vérifier qu'à chaque instant ses ouvriers utilisent correctement leurs équipements de sécurité, qu'ils respectent la loi sur l'élimination des déchets, que le bureau de la comptabilité remplit les factures selon les normes réglementaires, que le service du personnel calcule correctement les salaires et établit des feuilles de paye exactes, etc. »²⁷. Les chefs d'entreprise se doivent par conséquent de déléguer certaines de leurs prérogatives à leurs subordonnés. Le cadre dirigeant, au regard de la définition donnée par l'article L.3111- 2 du Code du travail pourra se voir attribuer une telle délégation²⁸ engageant sa responsabilité pénale.

64. Le législateur exige que les cadres dirigeants se voient confier « *des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps* ». Pour être soumis aux dispositions de l'article L.3111-2 du Code du travail, un salarié doit donc d'abord se voir confier des responsabilités. « *L'acception à retenir*

²⁵ Ass.plén. 25 février 2000, Costédoat, *Bull. A.P.* n°2 ; *JCP* 2000, II, 10295 concl. KESSOUS (R.) et note BILLIAU (M.) ; *RJDA* 5/00 p.395 obs. DORLY (J.-P.) ; *Gazette du Palais* 2000. 1462 note RINALDI (F.) ; *RDT civ.* 2000. 582 obs. JOURDAIN (P.) ; *Resp.civ. et assur.*, 2000, Chron. n°11, obs. GROUDEL (H.) ; *Resp.civ. et assur.*, 2000 n°10, p. 6 note RADÉ (C.) ; *RTD civ.* 2000, p.528, n°5, Chron. RADÉ (C.) DESPORTES (F.), « Faute pénale et responsabilité civile du préposé », *RJS* 8-9 / 02 Chron. p. 71 ; Ass.plén. 14 décembre 2001, Cousin, *Bull. A.P.* n°17 ; *RJS* 2/02 concl. de GOUTTES (R.), p.117, *JCP* 2002,II, 10026 note BILLIAU (M.) ; *RDT civ.* 2002. 109 note JOURDAN (P.) ; *D.*, 2002. 1317 note MAZEAUD (D.) ; *JCP* 2002, I, 124 note VINEY (G.) ; *Gazette du Palais* 2002, doct. p.1209, note PETIT (S.) ; *D.*, 2002. 1230 note JEROME (J.) ; *D.*, 2002. 2117 obs. THULLIER (B.), *JCP E* 2002. 275 note BRIERE (C.) ; *RJS* 2/02 n°142 obs. X.

²⁶ DEPREZ (J.), « La responsabilité civile du salarié envers l'employeur », *BS Lefebvre*, décembre 1981, p. 425 et s. ; RADÉ (C.), op.cit. note 107, p.43 ; RADÉ (C.), « À propos de la responsabilité civile des salariés : les médecins enfin immunisés », *Lexbase Hebdo éd.soc.* n°141 du 25 novembre 2004 ; BERTIER-LESTRADE (B.), « Des fautes sans responsabilité », *LPA* du 25 janvier 2005, n°17, p. 5.

²⁷ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, PUF, Coll. Thémis, 6 éd, 2005, p.361.

²⁸ V. infra sur les délégations de pouvoir I. le cadre face à la délégation de pouvoir de la section 2 les sujétions pesant sur les cadres.

n'est visiblement pas juridique, elle relève plus du langage courant. Avoir des responsabilités c'est avoir la possibilité d'organiser, de diriger et donc d'assumer »²⁹.

65. L'article L.3111-2 du Code du travail, dispose que sont confiées au cadre dirigeant « *des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans son emploi du temps* », la présence de responsabilités dans l'exercice de la mission est donc nécessaire. Le législateur emploie le pluriel, est-il donc nécessaire que le cadre ait plusieurs responsabilités pour être qualifié de cadre dirigeant ? Une responsabilité devrait *a priori* suffire. Cependant, une difficulté demeure puisque le terme responsabilité peut recouvrir deux acceptions. En effet, l'une relève plus du langage courant, avoir des responsabilités, c'est avoir la possibilité d'organiser, de diriger et donc d'assumer. L'autre relève plus du langage juridique notamment en droit pénal. Quel est l'aspect à retenir pour qualifier le cadre de dirigeant ? Faut-il qu'il ait des responsabilités au sens du langage courant ou au sens juridique du terme ? Ou bien encore, s'agit-il d'une conception large qui engloberait ces deux acceptions ?

66. L'analyse de la jurisprudence semble révéler l'attachement du juge à contrôler la participation effective du cadre dirigeant à la direction de l'entreprise³⁰, sans autre précision³¹. Faut-il comprendre direction centrale ou direction générale ? On pourrait supposer que le cadre qui bénéficie d'une délégation de pouvoir pour licencier ou embaucher et sanctionner, pour présider le comité d'entreprise à la place de l'employeur, pour négocier le protocole préélectoral³², participe à la direction effective de l'entreprise. Pour autant, le recours à la technique de la délégation de pouvoirs ne suffit pas à identifier le cadre dirigeant, car nombre de directeurs techniques disposent de larges délégations sans appartenir nécessairement à la direction de l'entreprise.

67. D'ailleurs une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 11 mai 2017 est venue apporter des précisions, en retenant la qualification de cadre dirigeant au

²⁹ ANTONMATTEI (P.-H.), « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois ! (Premières lectures de l'article 5 du projet de loi) », *Dr.soc.* 1999, p. 996.

³⁰ Cass.soc. 2 juillet 2014, n°12-19.759, LHERNOULD (J.-P.), « À la recherche du cadre dirigeant », *JSL* 2014, n°372, p. 17.

³¹ Cass.soc. 31 janvier 2012, n°10-24.412, obs. LOKIEC (P.), « La notion de cadre dirigeant », *D.* 2012, p. 1167 ; MORAND (M.), « Les cadres dirigeants et le temps de travail », *RJS* 5 /2012, p.347.

³² Cass.soc. 3 juin 2009, n°07-44.293 : le salarié « *était le seul interlocuteur des organisations syndicales, gérant et présidant les réunions des délégués du personnel, du comité d'établissement et du comité d'hygiène et de sécurité, et ne répondant lui-même qu'envers le président-directeur général. Il signait les protocoles de fin grève, a signé le protocole sur la réduction du temps de travail sur le site de Lyon, ainsi que pour le compte de la société, l'accord d'entreprise pour l'application des 35 heures [...]. Il possédait une délégation de pouvoir notamment pour organiser et diriger les chantiers de l'entreprise* ».

salarié « *qui exerce ses fonctions au sein de l'entreprise, même à un niveau décentralisé, dès lors qu'il se voit confier des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, qu'il est habilité à prendre des décisions de façon largement autonome et qu'il perçoit une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise* »³³.

68. Ainsi, le cadre dirigeant pourra être considéré comme pouvant recevoir cette qualification même à un niveau décentralisé de l'entreprise. Les juges estiment que la participation du cadre à la direction centrale de l'entreprise n'est pas nécessaire, un pouvoir de direction sur un service est suffisant, dès lors que le salarié se voit confier des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, qu'il est habilité à prendre des décisions de façon largement autonome et qu'il perçoit une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise.

69. Cette décision ne revient pas sur l'idée que le cadre dirigeant révèle le paradoxe de l'employeur salarié. En effet, même à un niveau décentralisé, le cadre dirigeant doit se comporter comme un employeur.

B. Le paradoxe de l'employeur salarié

70. A la lecture de l'article L.3111-2 du Code du travail, il apparaît que le cadre dirigeant est un salarié particulier qui dispose d'un pouvoir de décision important.

71. En pratique le cadre dirigeant est celui qui au sein de l'entreprise, peut prendre dans son domaine de compétences des décisions qui relèvent habituellement des pouvoirs de l'employeur. Le cadre dirigeant doit être, en quelque sorte, à même de prendre des décisions tant en matière de gestion d'entreprise que de gestion du personnel. Un tel cadre doit donc pouvoir embaucher ou licencier des salariés, déterminer leurs horaires de travail et leurs conditions de travail, fixer les tâches qu'ils doivent accomplir, en contrôler la bonne exécution et sanctionner éventuellement les agissements fautifs tout comme le ferait le véritable employeur au nom de son pouvoir de direction. Mais les cadres dirigeants doivent aussi être en

³³ Cass.soc. 11 mai 2017, n°15-27.118, note MORAND (M.), « Les cadres dirigeants à responsabilité locale », JCP S du 27 juin 2017 n°25, 1211.

mesure de représenter l'employeur « *en matière sociale ou autre* ». Cela suppose par conséquent qu'ils puissent représenter l'employeur devant le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, le remplacer à la présidence du comité d'entreprise, du comité d'établissement, du comité de groupe³⁴, mais aussi qu'ils soient investis de pouvoirs importants dans leurs rapports avec les clients, les fournisseurs, les sous-traitants et les banquiers de l'entreprise.

72. La Chambre sociale de la Cour de cassation considère également qu'appartiendront à la catégorie des cadres dirigeants, les salariés qui pourront être assimilés à l'employeur. En effet, s'agissant des élections professionnelles, la Cour de cassation a précisé que « *seuls les salariés qui, en raison de l'exercice des pouvoirs qu'ils détiennent, peuvent être assimilés au chef d'entreprise sont exclus du droit d'être électeurs* »³⁵. De plus, la qualité de cadre dirigeant est accordée lorsque ce dernier dispose d'une « *délégation générale de l'employeur* »³⁶ qui confirme l'hypothèse que le cadre dirigeant est « un quasi-employeur ».

73. Cependant, une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 11 mai 2017 a retenu la qualification de cadre dirigeant au salarié « *qui exerce ses fonctions au sein de l'entreprise, même à un niveau décentralisé, dès lors qu'il se voit confier des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, qu'il est habilité à prendre des décisions de façon largement autonome et qu'il perçoit une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise* »³⁷.

74. Ainsi, il apparaît que le pouvoir de décision du cadre dirigeant puisse être limité à un service de l'entreprise. Dès lors se pose la question de la distinction entre un cadre dirigeant et un cadre supérieur. Pourtant, les juges exigeaient que le cadre soit associé aux

³⁴ L'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, prévoit la fusion des institutions représentatives du personnel au profit d'un comité social et économique à compter du 1^{er} janvier 2018 ; AUZERO (G.), « Ordonnances réformant le droit du travail. L'avènement du comité social et économique », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017 ; BORENFREUD (G.), « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p.608 ; CHAMPEAUX (F.), « Le mécano du comité social et économique », SSL 2017, n°1782, p.2 ; PIGNARRE (G.) « Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique », RDT 2017, n°10 p.647 ; SIMONPOLI (J.-D.), « L'instance unique est l'avenir », SSL 2017 n°1766, p.6.

³⁵ Cass.soc. 12 juin 2002, n°01-60.617. V. études COEURET (A.) et DUQUESNE (F.), « Une année d'évolutions jurisprudentielles », SSL, 2003, n°1110, p.6.

³⁶ Cass.soc. 3 novembre 2004, n°02-44.778, note ALOUR (C.), Lexbase hebdo, éd.soc., n°141 du 18 novembre 2004.

³⁷ Cass.soc. 11 mai 2017, n°15-27.118, note MORAND (M.), « Les cadres dirigeants à responsabilité locale », JCP S du 27 juin 2017 n°25, 1211.

décisions stratégiques et participe aux organes de direction de la société pour recevoir la qualification de « cadre dirigeant ». Les juges ont considéré dans cette même décision que « *l'accord national du 6 novembre 1998, relatif à l'organisation, la réduction du temps de travail et l'emploi dans le bâtiment et les travaux publics* » applicables aux personnels d'encadrement assumant une fonction de « *management élargi, libre et indépendant dans l'organisation et la gestion de leur temps de travail pour remplir leur mission* » ne concerne pas la catégorie plus restrictive des cadres dirigeants tels que définis par l'article L.3111-2 du Code du travail. Cette décision est venue confirmer une solution rendue par la Chambre sociale le 22 juin 2016 qui avait écarté la qualification de cadre dirigeant aux motifs que le « *salarié bien que bénéficiant d'un des salaires les plus élevés de l'entreprise et disposant d'une certaine indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, ne participait pas à la stratégie de l'entreprise et ni aux instances dirigeantes de la société* »³⁸. Selon Monsieur Sébastien TOURNAUX « une sorte d'équilibre doit être trouvé entre la nature des pouvoirs octroyés et le domaine dans lequel ils s'exercent ».

75. Mais aux termes de l'article L.3111-2 du Code du travail, le haut niveau des responsabilités ne suffit pas pour entrer dans la catégorie des cadres dirigeants, encore faut-il que le salarié en question bénéficie d'une autonomie renforcée.

³⁸ Cass.soc. 22 juin 2016, n°15-12.894, inédit, obs. LOKIEC (P), « Actualités autour de la qualification de cadre-dirigeant » Lexbase Hebdo, éd. soc., n°662 du 7 juillet 2016.

Cass.soc. 22 juin 2016, n°14-29.246, HAUTEFORT (M.), « Cadre dirigeant : la preuve par trois plus 1 », JSL 2016, n°415, p.3 ; MASSON (Ph), « salariés de confiance : le retour ? (A propos des arrêts du 22 juin 2016 concernant les cadres dirigeants) », Dr.ouvr. 2016, p.744 TOURNAUX (S.), « Le niveau d'exercice du pouvoir autonome de décision d'un cadre dirigeant », Lexbase hebdo, éd.soc., n°700 du 1er juin 2016.

II. Le critère de l'autonomie renforcée

76. L'autonomie des cadres dirigeants s'exprime tout d'abord par la liberté dans l'organisation de leur travail. En effet, l'article L.3111-2 du Code du travail dispose que les cadres dirigeants sont ceux qui se voient confier des responsabilités dont l'importance implique « *une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps* » (A). Mais l'autonomie est également liée à la prise de décision puisque le cadre dirigeant exerce, dans son domaine de compétences, les pouvoirs du chef d'entreprise. Il doit donc être en mesure de prendre des décisions sans en référer à une autorité supérieure (B).

A. Le degré d'indépendance des cadres dirigeants dans l'organisation de l'emploi du temps

77. L'article L.3111-2 du Code du travail prévoit donc que les cadres dirigeants se voient confier des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps.

78. Pour autant, l'indépendance n'est pas l'apanage des cadres dirigeants, en effet on peut considérer que c'est une caractéristique partagée avec les cadres « non dirigeants ». Mais aux termes de l'article L.3111-2 du Code du travail, le cadre dirigeant dispose d'une grande indépendance, c'est donc le degré d'indépendance qui caractérise les cadres dirigeants. La « *grande indépendance* » dont jouissent les cadres dirigeants exclut par principe un quelconque contrôle de la part de l'employeur sur leurs horaires, mais aussi sur l'organisation de leur travail, c'est d'ailleurs ce qui justifie leur exclusion des dispositions relatives à la durée du travail.

79. La Chambre sociale de la Cour de cassation est très vigilante, ainsi dans une décision rendue le 27 mars 2013, elle approuve la cour d'appel qui, pour écarter la qualification de cadre dirigeant, a « *constaté que le contrat de travail du salarié prévoyait qu'il ne pourrait refuser d'effectuer des heures supplémentaires qui lui seraient demandées et que son horaire*

de travail était celui en vigueur dans l'entreprise»³⁹, ou encore, lorsque le cadre qui lorsqu'il exerce des prérogatives demande des autorisations préalables⁴⁰.

80. En plus de ce haut degré d'indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, le cadre dirigeant doit bénéficier d'une large autonomie.

B. La large autonomie dans la prise de décision

81. Autonomie vient du grec *autonomia*, « Droit que les Romains avaient laissé à certaines villes grecques de se gouverner par leur propre loi »⁴¹. L'autonomie est donc la possibilité pour un individu de décider sans en référer à une hiérarchie, une autorité. Dans le droit commun l'autonomie n'est pas un concept étranger, il innerve même tout le droit des obligations au travers notamment de la théorie de l'autonomie de la volonté. En droit du travail, ce critère, tout comme la notion de responsabilité décrite plus haut, apparaît être en contradiction avec les théories développées par le droit commun. En effet, un salarié peut être autonome alors que là encore il est soumis à l'autorité de l'employeur. Une fois de plus, le droit du travail a une conception non juridique du terme « autonomie » surtout lorsqu'il y ajoute des adjectifs.

82. Ce critère de l'autonomie, tout comme d'ailleurs le critère de l'indépendance dans l'organisation de l'emploi du temps du cadre dirigeant, n'est pas à proprement parler réservé aux cadres qui exercent des fonctions de « *dirigeants* ». La doctrine et la jurisprudence reconnaissent aux cadres un pouvoir d'initiative, une autonomie dans la prise de décision. De plus, avec le développement des techniques modernes de gestion, même les personnes occupant des postes d'exécution sont amenées à prendre des décisions de façon autonome. C'est pour cette raison que le qualificatif « *largement* » a toute son importance, un cadre dirigeant doit donc disposer d'un pouvoir d'initiative supérieur aux autres cadres, aux autres salariés.

83. Le cadre dirigeant est donc, selon l'article L.3111-2 du Code du travail, « *habilité à prendre des décisions de façon largement autonome* ». Il bénéficie d'une délégation

³⁹ Cass.soc. 27 mars 2013, n°11-19.734, note PONTIF (V.), « Qualité de cadre dirigeant : « gare au contenu du contrat de travail ! », RDT 2013, p. 493.

⁴⁰ Cass.soc. 3 novembre 2004, n°02-44.778, préc. p.40. Cass.soc. 3 novembre 2004, n°02-44.778, note ALOUR (C.), Lexbase hebdo, éd.soc., n°141 du 18 novembre 2004.

⁴¹ LITTRÉ.

de pouvoirs qui lui permet de prendre des décisions sans avoir à en référer en permanence à ses supérieurs. Mais l'absence de contrôle *a priori* n'exclut pas cependant un contrôle *a posteriori*.

84. On s'aperçoit donc que l'importance des fonctions exercées par les cadres dirigeants est un élément essentiel de leur qualification, mais le législateur exige l'identification d'un autre critère, celui de la rémunération. La rémunération est à la fois la conséquence de l'importance des fonctions exercées par le cadre et un critère de qualification à part entière.

Section 2. La rémunération spécifique du cadre dirigeant

85. Le critère de la rémunération apparaît comme essentiel, voire même déterminant. Pourtant, ce critère n'a été introduit dans le texte de loi⁴² qu'après l'adoption d'un amendement présenté, en première lecture devant l'Assemblée nationale, par M. le Député GORCE. L'introduction de ce critère a pour effet de rendre plus restrictive la définition des cadres dirigeants, en précisant à l'article L.3111-2 du Code du travail que les cadres dirigeants «*perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement*». Ce texte nous renvoie à deux éléments, il se réfère d'une part aux systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou l'établissement (I.) et d'autre part, au niveau élevé de la rémunération des cadres dirigeants (II.).

I. Les systèmes de rémunération critère d'identification du cadre dirigeant

86. Le législateur se réfère à la rémunération que perçoivent les cadres dirigeants (A), aux systèmes de rémunération sans en donner de définition (B), mais aussi à la rémunération élevée que doit percevoir le cadre dirigeant.

⁴² Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JO 20 janvier 2000 p. 975).

A. La rémunération en tant qu'élément de référence

87. Les cadres dirigeants, comme tous les salariés, perçoivent en contrepartie de leur prestation de travail, une rémunération. En faisant référence à la notion de rémunération, le législateur esquive le délicat problème de la définition du « *salair*e » qui comme l'ont souligné certains auteurs *possède en droit du travail, un sens étroit (salaire de base) et un sens large (salaire de base augmenté des « compléments du salaire » qui en sont des « éléments constitutifs »)*⁴³. Aux termes donc de l'article L.3221-2 du Code du travail relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, il faut entendre par rémunération « (...) *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier.* »⁴⁴

88. Le salaire désigne ainsi le salaire de base, et éventuellement les accessoires salariaux qui l'accompagnent, tandis que la rémunération chapeaute l'ensemble des sommes allouées au travailleur salarié dans le cadre de son activité professionnelle. L'article L.3111-2 du Code du travail, en faisant référence à la rémunération des cadres dirigeants, impose qu'il soit tenu compte de l'ensemble des compléments ou accessoires de salaires qu'ils perçoivent. Ainsi, doivent être prises en compte la rémunération fixe qui comprend le salaire ainsi que les primes fixes représentant la contrepartie de l'emploi. La rémunération variable telle que les bonus individuels et collectifs, les primes d'intéressement qui rémunèrent la performance individuelle et collective. Les avantages en nature (logements, voiture, adhésion à un club...) et les rémunérations différées (stock-options, retraite par capitalisation complément de prévoyance) qui sont principalement liées au statut des emplois occupés.

89. Le législateur n'a cependant pas souhaité s'en tenir à une comparaison des niveaux de rémunération des cadres dirigeants et des cadres non-dirigeants. Il a plutôt préféré renvoyer au large concept de « *systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou l'établissement* », permettant ainsi une adaptation à l'évolution et à la « *sophistication* » des modes de rémunération⁴⁵. Nous constatons, en effet, que les sciences de gestion cherchent de

⁴³ LYON-CAEN (G.), Traité de droit du travail, Tome 2, Le salaire, Dalloz, 1981.

⁴⁴ Article L3221-3 du Code du travail.

⁴⁵ MABILEAU (R.), L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise, Université de Nantes, 2004, spéc. p. 19.

plus en plus à optimiser les différentes formes possibles de rémunération qui constituent des véritables systèmes de rémunération.

B. L'absence de définition de la notion de système de rémunération

90. Le terme système est un peu « énigmatique »⁴⁶, il semble qu'il faille sans doute retenir dans la comparaison à effectuer toutes les formes de rémunération.

91. Il existe différents systèmes de rémunération mis en place dans les entreprises. Des systèmes basés sur l'individualisation, ou bien encore sur l'institutionnalisation, en attribuant une rémunération variable et collective calculée en fonction des résultats globaux de l'entreprise. On assiste également à la mise place d'un système de rémunération mixte à la fois individuelle et institutionnelle.

92. S'agissant des cadres dirigeants, ils bénéficient d'un ensemble d'avantages financiers, d'un « système de rémunération » qui leur est propre. Les employeurs ne se contentent pas « d'intéresser » leurs cadres dirigeants aux résultats⁴⁷. Ils peuvent leur donner la possibilité de souscrire ou d'acheter, à des conditions financièrement favorables, des actions comme le prévoit l'article L.225-177 du Code de commerce⁴⁸. Les options sur actions, plus

⁴⁶ Selon l'expression du Professeur ANTONMATTEI, V. « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois ! (Premières lectures de l'article 5 du projet de loi) », *Dr. soc.*, 1999. p. 996.

⁴⁷ Les articles L.3311-1 à L.3325-4 du Code du travail déterminent les règles applicables en la matière. Ces différents dispositifs « d'épargne salariale » qui s'adressent à l'ensemble des salariés (sauf à ce que les accords fixent des conditions d'ancienneté) permettent aux entreprises de reconnaître à leurs salariés des droits sur une fraction des bénéfices, de leur attribuer des primes d'intéressement, ou de leur donner la possibilité de constituer des portefeuilles de valeurs mobilières à l'aide de fonds sociaux.

⁴⁸ Art L.225-177 du Code de commerce : « L'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à consentir, au bénéfice des membres du personnel salarié de la société ou de certains d'entre eux, des options donnant droit à la souscription d'actions. L'assemblée générale extraordinaire fixe le délai pendant lequel cette autorisation peut être utilisée par le conseil d'administration ou par le directoire, ce délai ne pouvant être supérieur à trente-huit mois. Toutefois, les autorisations antérieures à la date de publication de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques sont valables jusqu'à leur terme. Le conseil d'administration ou le directoire fixe les conditions dans lesquelles seront consenties les options. Ces conditions pourront comporter des clauses d'interdiction de revente immédiate de tout ou partie des actions sans que le délai imposé pour la conservation des titres puisse excéder trois ans à compter de la levée de l'option.

Les options peuvent être consenties ou levées alors même que le capital social n'aurait pas été intégralement libéré. Le prix de souscription est fixé au jour où l'option est consentie, par le conseil d'administration ou le directoire selon les modalités déterminées par l'assemblée générale extraordinaire sur le rapport des commissaires aux comptes. Si les actions de la société ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, le prix de

connues sous le nom de stocks options, traduisent un mécanisme assez simple, le cadre dirigeant se voit proposer une option d'achat des actions de la société. Une option qu'il peut lever dans les délais fixés au prix convenu à l'avance. En sorte que si le cours de l'action est entre-temps monté, il obtient une rémunération très élevée. Le souci est d'associer les cadres dirigeants aux résultats de leur gestion et ainsi les intégrer à leurs succès. Les cadres dirigeants apparaissent comme des « *quasi-employeurs* », car ils sont associés personnellement aux résultats et aux performances des entreprises. Cette vision semble être en contradiction avec le droit du travail.

93. D'ailleurs, dès 1945, les arrêtés Croizat-Parodi soulignaient la spécificité de la rémunération des cadres de haut niveau. L'arrêté relatif aux salaires des ingénieurs et des cadres des industries des métaux précisait, en son article 2-2° que la rémunération des cadres supérieurs « est essentiellement basée d'après le contrat de travail, sur le chiffre d'affaires ou la prospérité de l'établissement »⁴⁹. La qualité de cadre dirigeant apparaît double, car au-delà de son statut de cadre dirigeant, il doit être appréhendé comme un actionnaire de la société. C'est dans ce « *dédoublement* » que se trouve la spécificité de sa rémunération, l'élément constitutif du « *système de rémunération* » dont le cadre dirigeant bénéficie. L'attribution des stocks-options n'est pas un critère déterminant, puisque toutes les entreprises ne peuvent consentir des options sur actions à leurs cadres. La qualité de cadres dirigeants sera plus certainement liée à la détention réelle du capital de la société.

souscription est déterminé conformément aux méthodes objectives retenues en matière d'évaluation d'actions en tenant compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la situation nette comptable, de la rentabilité et des perspectives d'activité de l'entreprise. Ces critères sont appréciés le cas échéant sur une base consolidée ou, à défaut, en tenant compte des éléments financiers issus des filiales significatives. A défaut, le prix de souscription est déterminé en divisant par le nombre de titres existants le montant de l'actif net réévalué, calculé d'après le bilan le plus récent. Si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé le prix de souscription ne peut pas être inférieur à 80 % de la moyenne des cours cotés aux vingt séances de bourse précédant ce jour, aucune option ne pouvant être consentie moins de vingt séances de bourse après le détachement des actions d'un coupon donnant droit à un dividende ou à une augmentation de capital.

Dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les options ne peuvent être consenties :

1° Dans le délai de dix séances de bourse précédant et suivant la date à laquelle les comptes consolidés, ou à défaut les comptes annuels, sont rendus publics ;

2° Dans le délai compris entre la date à laquelle les organes sociaux de la société ont connaissance d'une information qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence significative sur le cours des titres de la société, et la date postérieure de dix séances de bourse à celle où cette information est rendue publique.

Des options donnant droit à la souscription de titres qui ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé ne peuvent être consenties qu'aux salariés de la société qui attribue ces options ou à ceux des sociétés mentionnées au 1° de l'article L.225-180. ».

⁴⁹ Arrêté Croizat-Parodi, JO, 27 septembre 1945, p. 6071.

II. Le niveau élevé de la rémunération des cadres dirigeants

94. Au regard de l'article L.3111-2 du Code du travail, la qualité de cadre dirigeant dépend également du niveau de rémunération perçue par ce dernier. Le législateur s'est abstenu de prédéterminer le montant de cette rémunération. Pourtant, cette méthode a été proposée par deux députés lors des débats parlementaires. En effet, ces derniers voulaient que les cadres dirigeants soient définis comme les cadres percevant une rémunération supérieure à huit fois le SMIC. Cette approche a été fortement critiquée et rejetée par le législateur. Comme l'a souligné Mme la Députée BACHELOT-NARQUIN, une telle approche serait « *absurde [...] si l'on se souvient que dans certaines petites entreprises, des salariés gagnant 10 à 12.000 francs, voire 15.000 francs occupent de véritables postes de cadres dirigeants [alors que dans les grandes entreprises] des salariés touchant des salaires extrêmement élevés, des chercheurs, des commerciaux, des stylistes ne sont absolument pas cadres dirigeants* ».

95. La Cour de cassation prolonge la volonté du législateur en refusant de se fier à un coefficient de rémunération donné. D'ailleurs, elle a été amenée à statuer sur le rôle du coefficient hiérarchique dans la qualification du salarié. Pour les juges de la chambre sociale, le fait qu'un salarié ait été embauché à un coefficient inférieur à celui conférant la qualité de cadre dirigeant ne peut justifier à lui seul l'exclusion de celle-ci, tout comme le fait que cette qualité soit contractuellement reconnue ne peut suffire à la prouver⁵⁰. En réalité, seuls comptent les critères légaux et les fonctions réellement occupées.

96. Le législateur s'est attaché à délimiter la catégorie des cadres dirigeants, car il ne faut pas oublier que les salariés qui ont cette qualité, se trouvent exclus de toute la législation sur la durée du travail⁵¹, mais aussi sur celle de l'électorat.

97. Nous constatons que la délimitation stricte de cette catégorie réside dans le cumul des critères, et non dans la précision de ces derniers.

⁵⁰ Cass.soc. 16 mai 2007, n°05-41.141, note TISSANDIER (H.), « La qualification de cadre dirigeant : entre contrat, convention collective et loi », RDT 2007, n°9, p. 535.

⁵¹ Cass.soc. 27 juin 2012, n°10-28.649, HAUTEFORT (M.), « Cadres dirigeants : dimanche ou jour férié, ils travaillent sans compensation », JSL 2012 n°329, p.8.

Chapitre 2 : Les ambiguïtés de la distinction cadre dirigeant et dirigeant social

98. Les cadres dirigeants se situent au sommet de la pyramide hiérarchique. Ils se voient confier dans l'entreprise des pouvoirs et des responsabilités, comme nous l'avons vu précédemment, dignes des plus hautes fonctions sociales et ils exercent sans nul doute un « rôle d'employeur ». Du reste, devenir dirigeant social est généralement l'aboutissement, le couronnement de la carrière professionnelle d'un cadre. Accéder à la direction générale de la société est en effet « *une marque de confiance, une promotion valorisante* »⁵². Le rapprochement est donc inéluctable, le plus souvent il se traduit par le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social de dirigeant. La suspicion peut être de mise, car au-delà du paradoxe, le mandataire social est la personne désignée par la loi ou les statuts, en vue d'exercer, en dehors de toute subordination juridique, une fonction d'administration ou de direction au sein d'une société alors que le salarié est celui qui met, moyennant rémunération, sa force de travail à la disposition d'un employeur et sous l'autorité de celui-ci. On peut se demander si le cumul n'a pas pour objet de contourner des dispositions du droit des sociétés et du droit social.

99. Il est de plus en plus difficile de distinguer le cadre dirigeant du dirigeant social en raison d'une part de l'affaiblissement des critères de distinction (Section 1), mais aussi d'autre part en raison des rapprochements très discutables entre les deux statuts (Section 2).

Section 1. L'affaiblissement des critères de distinction entre les notions de cadre dirigeant et de dirigeant social

100. Si la notion de cadre dirigeant est définie par le législateur, la notion de dirigeant social souffre d'une absence de définition légale. La difficulté résulte donc dans l'identification des dirigeants sociaux. Plusieurs approches ont été proposées par la doctrine pour tenter d'en tracer les contours. Il existe une acception étroite et une autre plus large.

⁵² MIELLET (D.), « Le statut de dirigeant », Gazette du Palais, 1998. 1272.

101. Dans la conception large, « *le terme de dirigeant s'applique à tout représentant de la personne morale investi d'un quelconque pouvoir d'administration, de gestion ou de direction dans une entreprise* »⁵³. Cette conception ne reflète pas assez fidèlement ce qu'on entend par dirigeant.

102. Une conception plus étroite semble être préférable. En effet, il conviendrait d'entendre par dirigeant, la personne investie d'une part, de pouvoir interne lui permettant « *de disposer d'une autorité effective et permanente d'ordonner et de faire exécuter les décisions prises* »⁵⁴ et d'autre part, de pouvoir externe avec notamment la faculté de représenter l'entreprise.

103. Après avoir tenté de délimiter la notion de dirigeant social, reste à savoir quels critères permettraient de distinguer le cadre dirigeant du dirigeant social. En théorie la distinction semble aisée, le cadre dirigeant est celui qui est titulaire d'un contrat de travail et le dirigeant social est celui à qui on a donné mandat pour exercer sa fonction, mais la réalité est plus complexe, révélant l'insuffisance du critère formel (I). L'autre possibilité est de fonder la distinction sur des critères fonctionnels, mais très vite on constate l'inadaptation de ces critères (II).

I. L'insuffisance du critère formel

104. Ni le droit commercial ni le droit du travail ne s'opposent, *a priori*, à l'existence du contrat de travail du dirigeant social. En effet, rien n'interdit de conclure un contrat de travail dont l'objet est la gestion de direction à la condition que celui-ci soit conclu pour le compte de l'entreprise, dans un rapport de subordination et moyennant rémunération. En droit des sociétés, comme nous l'avons dit précédemment, la loi ne définit pas le statut de dirigeant social même si le mandat constitue, pour la doctrine et la jurisprudence, le cadre normal de

⁵³ FRANÇOIS (F.), de FONDREVILLE (E.), MARLANGE (A.), *Dirigeant de société*, éd. Delmas, coll. Encyclopédie Delmas, 3^{ème} éd. 2015, p.25.

⁵⁴ Ibid.

l'exercice des fonctions de direction générale. Mais en réalité le statut du dirigeant social est complexe et ne se réduit pas nécessairement à un mandat⁵⁵.

105. Le contenu du contrat de travail est parfois ambigu et peut laisser croire qu'un dirigeant n'est pas dans une situation de subordination, mais fait l'objet d'un mandat social. L'existence d'un mandat social est également insuffisant, notamment pour les directeurs généraux délégués des sociétés anonymes, leur nomination pouvant être le fruit d'un savant calcul visant à les qualifier de mandataires sociaux afin de les exclure de la protection du droit du travail en facilitant leur révocation.

106. Cette approche purement formelle est insatisfaisante. En effet, les régimes juridiques sont très différents et le choix ne peut dépendre d'une apparence. Aussi la Chambre sociale de la Cour de cassation a dûment rappelé que « *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, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* »⁵⁶. N'est-ce pas là l'une des prérogatives du juge ? ⁵⁷

107. À l'instar de René Magritte, et de l'un de ses célèbres tableaux, « il ne suffit donc pas d'écrire sur un contrat « *ceci n'est pas un contrat de travail* » pour que ça n'en soit pas un »⁵⁸.

II. L'inadaptation des critères fonctionnels

108. La nature des fonctions exercées par les acteurs de l'entreprise est un élément important de différenciation, mais l'examen des conditions d'exercice est déterminant. En effet cadres dirigeants et dirigeants sociaux se voient confier des fonctions essentielles à l'existence et au développement de l'entreprise.

⁵⁵ V. étude COLLIN (F.), Le droit social du dirigeant d'entreprise. (La problématique du contrat de travail du dirigeant social) [1^{re} partie], Dr. des sociétés, 2005, p. 29.

⁵⁶ Cass.soc. 19 décembre 2000 n°98-40.572, *Bull.* 2000, V, n°437 ; note JEAMMAUD (A.), Dr.soc., 2001, p.227 ; Cass.soc. 3 juin 2009 n°08-40.981, *Dr. soc.*, 2009, p. 789. Avis de l'avocat général à la Cour de cassation ALLIX (D.) et obs. DUPEYROUX (J.-J.).

⁵⁷ Article 12 du Code de procédure civile : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.* »

⁵⁸ RADÉ (C.) « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », Dr.soc., mars 2013, n°10, p.197.

109. Le cadre dirigeant quant à lui, n'est pas promis à la représentation de la société et c'est là, parfois, un élément décisif de différenciation. Mais cette affirmation peut être contredite, car les cadres dirigeants, en raison de leur position dans l'entreprise, ont vocation à représenter la société⁵⁹.

110. La différence entre cadre dirigeant et dirigeant social peut être fondée sur l'étendue des pouvoirs de représentation. Mais là encore, si le pouvoir de représentation d'un cadre dirigeant est nécessairement limité à certaines catégories d'actes, il faut également souligner que les directeurs généraux, les directeurs généraux délégués, comme les présidents de conseil d'administration, voient leur pouvoir de représentation limité par « *les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration* »⁶⁰.

111. Le dirigeant social a un large pouvoir de direction dans l'ordre interne. Il a pour mission de conduire les affaires de la personne morale et assume à la fois « *la direction économique de l'entreprise et la direction juridique de la société qui structure l'entreprise* »⁶¹. Disposant d'un pouvoir d'administration générale, il se distingue des salariés et notamment des cadres dirigeants qui en principe ne peuvent exercer que des pouvoirs « *spécialisés* »⁶². En tant que directeurs techniques, les cadres dirigeants sont appelés à prendre des décisions importantes, mais uniquement dans un, voire dans quelques secteurs particuliers qui leur sont délégués par la direction de l'entreprise⁶³. L'étendue des pouvoirs n'est cependant pas toujours un critère déterminant, et ce pour deux raisons. D'une part, si elle permet de distinguer nettement le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs des sociétés anonymes duales ou encore le gérant d'une société à responsabilité limitée, d'un cadre dirigeant, cette distinction est difficile à opérer dans les sociétés anonymes. En effet, le législateur prenant acte des difficultés inhérentes à la gestion des grandes entreprises a institué en 2001 une catégorie toute particulière de dirigeant sociaux : les directeurs généraux délégués⁶⁴. Ces derniers sont considérés comme les « *assistants* » du directeur général⁶⁵, mais

⁵⁹ RIVOAL (O.), op.cit., p.8.

⁶⁰ Art. L.225-51-1 et L.225-56-I C. com.

⁶¹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, Coll. Manuel, 28^e éd., 2015, n°356, p. 145.

⁶² SINAY (H.), « Le statut juridique des cadres dirigeants », Dr. soc. 1982. p. 70.

⁶³ Cass.soc. 11 mai 2017, n°15-27.118, préc. p.40.

⁶⁴ La loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO 16 mai 2001 p. 7776) a modifié le statut du directeur général. Il est désormais un « collaborateur » et non un adjoint de président du conseil d'administration se voyant confier uniquement l'organisation et la direction des travaux du conseil d'administration. Le législateur a introduit un nouvel acteur dans l'entreprise qui occupe désormais la place dévolue précédemment au directeur général : le directeur général délégué.

leurs pouvoirs sont fixés par le conseil d'administration⁶⁶. Or, celui-ci peut limiter strictement les pouvoirs du ou des directeurs généraux délégués à une branche d'activité ou à une zone géographique donnée ou au contraire leur conférer des pouvoirs aussi étendus que ceux du directeur général. Ainsi, un directeur général délégué peut se voir confier des pouvoirs aussi « spécialisés » que le directeur technique. D'autre part, la jurisprudence de la Cour de cassation contribue également à rendre plus difficile la distinction entre cadre dirigeant et dirigeant social. En effet, l'arrêt du 31 janvier 2012⁶⁷ nous précise que seuls relèvent de la catégorie cadre dirigeant au sens de l'article L.3111-2 du Code du travail les cadres participants à la direction de l'entreprise. Certes, les juges ne font qu'une lecture exégétique de l'article L.3111-2 du Code du travail qui reste conforme à la lettre comme à l'esprit du texte, ce qui rend encore plus ténue la frontière entre les cadres dirigeants et les dirigeants sociaux.

112. La distinction entre cadre dirigeant et dirigeant social *reste donc* malaisée. « Étudier la nature des fonctions du « dirigeant » peut en quelque sorte mener à une impasse »⁶⁸.

Section 2. Les rapprochements discutables du cadre dirigeant et du dirigeant social

113. Dans le sillage du Code de commerce de 1807, le dirigeant de société est traditionnellement envisagé comme un mandataire. Cette vision ancestrale n'a jamais été contrariée. Elle dévoile une situation atypique. Contrairement à tout autre professionnel, le dirigeant ne possède pas de statut juridique propre, mais seulement une mission de direction, de gestion et de contrôle de la personne morale indépendante de toute subordination juridique⁶⁹. En cent cinquante ans, la pratique des affaires a pourtant connu de profondes mutations au premier rang desquelles apparaît l'extinction du dirigeant-propriétaire au profit du dirigeant-professionnel.

⁶⁵ Art. L.225-53 C.com.

⁶⁶ Art. L.225-56-II C.com.

⁶⁷ Cass.soc. 31 janvier 2012, n°10-24.412, préc. p.39.

⁶⁸ RIVOAL (O.), *Les cadres en entreprise « Dialectique de la diversité et de l'unité des cadres dans l'entreprise »*, thèse Rennes I, 2004.

⁶⁹ COLLIN (F.), op.cit., p. 58.

114. À la recherche de son identité et d'un statut, le dirigeant s'est orienté, pour des fonctions connexes, vers le salariat⁷⁰. Si le rapprochement par cumul du contrat de travail et du mandat social est source de confusion (I), le rapprochement par substitution est, quant à lui, source d'insécurité (II).

I. Le rapprochement par cumul du contrat de travail et du mandat social, source de confusion

115. En dehors des articles L.225-22 et L.225-61, alinéa 2, du Code de commerce qui énoncent la possibilité pour un salarié de devenir administrateur et pour un membre du directoire de signer un contrat de travail avec sa société, les textes ne paraissent pas s'opposer foncièrement au cumul de fonctions. La solution vaut *a fortiori* pour un associé égalitaire de S.A.R.L, cette qualité n'étant pas exclusive de celle de salarié⁷¹.

116. Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social n'est donc pas interdit pour autant il est strictement encadré (A.) et le non-respect des conditions de cumul emportera des conséquences sur le contrat de travail (B.). Néanmoins ce silence est source d'incertitudes que la jurisprudence ne parvient pas toujours à lever⁷².

A. L'encadrement strict du cumul contrat de travail et mandat social

117. Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social de dirigeant s'entend de l'exercice simultané d'une fonction technique subordonnée et d'une fonction générale de société. La licéité d'un tel cumul est très discutée, car comme nous l'avons déjà dit, il peut sembler pour le moins paradoxal qu'au sein d'une société, une même personne puisse être en même temps dans « *une situation légale éminente et [dans] une situation contractuelle*

⁷⁰ COLLIN (F.), op.cit.

⁷¹ Cass.soc. 18 avr. 2008 : *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 873, note AUZERO (G.).

⁷² PUIGELIER (C.), « Les incidences du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : de trop nombreuses incertitudes », *JCP E*, 1992, I, p.188 ; « Le président du conseil d'administration devenant salarié et vice versa », *JCP E*, 1994, I, p.358.

subordonnée »⁷³. Malgré ce paradoxe, le législateur n'a pas voulu formuler d'interdiction de principe. Mais au regard des risques de fraudes, le législateur, a posé des conditions au cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social dans certains types de sociétés. Néanmoins, c'est la jurisprudence qui a fixé les conditions de validité de l'exercice simultané d'un contrat de travail et d'un mandat social de dirigeant. Le cumul entre un mandat social et un contrat de travail n'est possible qu'en présence d'un emploi effectif, c'est-à-dire que la personne concernée doit exercer des fonctions distinctes de celles qui découlent de son mandat (1). Une autre condition de fond existe, qui est celle de verser une rémunération distincte de la rémunération du mandat⁷⁴ (2). Enfin, il est nécessaire de prouver l'existence d'un lien de subordination⁷⁵ (3).

1. L'exercice d'une fonction technique distincte

118. La dualité des statuts repose nécessairement sur la dualité des fonctions et la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond relèvent l'exercice de fonctions techniques dissociables du mandat social⁷⁶. Cette règle paraît plus simple à appliquer aux dirigeants investis d'attributions purement techniques qu'aux cadres administratifs ou commerciaux dont l'activité peut se confondre plus aisément avec les fonctions sociales. La Cour de cassation a d'ailleurs exigé, parfois, que le dirigeant apporte la preuve d'une spécificité toute particulière de ses fonctions salariales qui impliquent une compétence rare dans un domaine étroit⁷⁷. Les juges du fond doivent procéder à une recherche concrète, à une comparaison entre l'objet des fonctions techniques invoquées et l'objet des fonctions sociales. Il s'agit d'éviter de considérer comme régulier un cumul de fonctions alors que les attributions techniques ont été absorbées par les fonctions sociales au moment où le cadre dirigeant est devenu dirigeant social⁷⁸. Cette

⁷³ RIPERT (G.), note sous Cass.soc. 13 avril 1945, *Petitclerc c/ Sté d'Editions économiques et financières*, *D.*, 1946.65.

⁷⁴ Cass.soc. 18 juin 1986, *URSAFF des Vosges c/ SARL Mennezin*, *Bull. Civ. V* n°311 ; Cass.soc. 26 février 1986, *ASSEDIC du bassin de l'Adour c/ J.-B. C.*, *Dr.soc.*, 1988, p. 474 ; BLAISE (H.), « Un contrat de travail pour les dirigeants d'associations ? », *Dr.soc.*, 1988, p. 468.

⁷⁵ Cass.soc. 27 févr.2013, n°11-21.354, *SAINTOURENS (B.)* « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : les exigences de preuve », *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2013, n°6, p.392

⁷⁶ PETIT (B.), *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, *Rép. Trav. Dalloz*, éd. 1995, n°115, p. 14.

⁷⁷ Cass.soc. 1 juin 1978, *Auberty c/Sté téléphériques de la Grande Motte*, *Bull. civ. V* n°426 ; *Rev. sociétés* 1979 p. 79, note LE CANNU (P.) ; Cass.com., 7 juin 1988 : *Bull. civ.* 1988, IV, n°191.

⁷⁸ A ainsi été cassé l'arrêt qui avait admis qu'un directeur général avait conservé son contrat de travail sans avoir constaté que ses fonctions de directeur salarié « avaient un caractère technique tel qu'elles n'avaient pas pu être absorbées par celles découlant du mandat social », (Cass.soc. 28 janv. 1988, *Sté établissement Léon Picard c/ M. Lévy*, *Bull. civ. V* n°83).

position jurisprudentielle paraît difficile à tenir, car il nous semble naturel de douter qu'une direction technique puisse être distincte de la direction générale.

119. Pourtant, une nuance s'impose, car la réalité des fonctions distinctes est relativement simple à établir dans des sociétés importantes employant un personnel nombreux. Dans une grande société, un directeur commercial peut devenir directeur général tout en continuant à exercer une fonction technique précise et spéciale, différente de l'administration générale⁷⁹. L'exercice d'une double fonction apparaît moins évident pour ne pas dire impossible dans les sociétés de dimension modeste. Il sera là très difficile d'établir la réalité d'un contrat de travail.

120. En plus de l'exercice d'une fonction technique distincte, le cadre dirigeant doit se voir verser une rémunération réelle pour l'exercice de sa prestation technique.

2. L'existence d'une rémunération distincte

121. Pour que le cumul soit licite, les juges vont rechercher si le cadre dirigeant devenu dirigeant social perçoit une rémunération au titre de sa fonction salariale, cette rémunération ne doit pas être dérisoire, mais doit correspondre au salaire normal de l'emploi⁸⁰. La fonction de dirigeant n'étant pas nécessairement rémunérée⁸¹, cette preuve peut sembler facile à apporter, mais en réalité les personnes investies d'une mission de direction générale reçoivent très souvent une rétribution. Distinguer les rémunérations des dirigeants sociaux et des cadres dirigeants se révèle être très compliqué. En pratique, les intéressés bénéficient des mêmes systèmes de rémunération avec le versement des *goldens parachutes*, des retraites chapeaux, l'attribution de stock-options. En effet, la rémunération des cadres dirigeants, tout comme celle des dirigeants sociaux, reste attachée aux bons résultats de l'entreprise.

122. Lorsque l'intéressé perçoit une double rémunération, la dualité des fonctions peut sembler de nature à valider la thèse du cumul. Mais le versement d'une double

⁷⁹ BARDOUL (J.), « Le cumul de la direction générale et d'une direction technique dans une société anonyme », *D.* 1964 Chron. XXXVIII, p. 43.

⁸⁰ Cass.soc. 8 février 1972, Sté Neimendinger et Cie, Sté Gottweis et Nemendinger SA c/ Dame Michel, *Bull. civ.* n°109 ; *Dalloz*, 1972, Somm. p.64.

⁸¹ Cass.soc. 16 octobre 1980, Sté La celliose c/ Souske, *Bull. civ.* V n°475.

rémunération ne constitue qu'un indice en faveur du cumul⁸² pour le juge et en aucun cas une preuve.

123. Mais lorsque le dirigeant perçoit une seule rémunération, il doit démontrer que la rémunération est allouée en vertu de son contrat de travail. Or cette preuve est difficile à apporter en raison de la similitude des systèmes de rémunération.

124. Le dirigeant social n'est plus forcément le détenteur du capital, mais plutôt un professionnel de la direction et c'est à ce titre que lui est versé non pas un revenu du capital, mais un revenu professionnel. Ce dernier pourra être assimilé à un salaire notamment par le droit fiscal⁸³ et le droit de la sécurité sociale⁸⁴ alors que le droit des sociétés n'assimile pas ce revenu professionnel à un salaire.

125. Apporter la preuve d'une rémunération liée à l'exercice d'une fonction technique ne peut cependant suffire à conférer à celui qui la reçoit la qualité de salarié. Il est nécessaire de prouver l'existence d'un lien de subordination.

3. L'existence d'un lien de subordination

126. Le critère de la subordination est le critère déterminant du contrat de travail. Suivant la jurisprudence actuelle, « *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* »⁸⁵. Cette définition paraît rendre difficile le cumul entre un mandat social et un contrat de travail. « *La subordination juridique du salarié par ailleurs mandataire social est alors contestée en raison de l'impossibilité de cumuler dans certains cas les qualités de chef et de subordonné, tant l'idée que l'on puisse se donner des ordres à soi-même ou sanctionner sa propre inexécution paraît saugrenue* »⁸⁶. Cette exigence soulève des difficultés, à tel point que l'on peut se

⁸² Cass.soc.11 juillet 1995, Di Gennaro c/ Raynaud et a. *RJS* 8-9/95 n°966 obs X., *RJDA* 10/1995, n°1096.

⁸³V. art. 80 ter du CGI qui dispose que « les indemnités, remboursements et allocations forfaitaires pour frais versés aux dirigeants de sociétés sont, quel que soit leur objet, soumis à l'impôt sur le revenu ».

⁸⁴ V. art. L.242-1 du Code de la sécurité sociale qui prévoit l'assimilation de la rémunération du dirigeant social, (lorsque l'indemnité dépasse dix fois le plafond fixé par décret) à un salaire.

⁸⁵ Soc. 17 mai 2006, n°05-43.265, *JCP S* 2006. 1563, note C. Puigelier ; 12 juil. 2005, n°03-45.394, *RJS* 10/2005, n°941, *JCP S* 2005. 1333, note J.-K. Adom; 13 nov. 1996, n°94-13.187, Dr. soc., 1996. 1067, note J.-J. Dupeyroux, *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthelemy, *RJS* 12/1996, n°1316; 23 avr. 1997, n°94-40.909, *Bull. civ.* V, no 124, Dr. soc. 1997, p.642, note J. Savatier,

⁸⁶ AUZERO (G.), FERRIER (N.), « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », Rep. trav. *Dalloz*, janv. 2010, p.4.

demander s'il ne s'agit pas là d'un obstacle nécessaire et insurmontable qui exclurait, sauf artifice, tout cumul. Pourtant il est aujourd'hui acquis que des dirigeants sociaux peuvent se retrouver subordonnés à la société⁸⁷. Il convient donc de distinguer, suivant que l'intéressé occupe au titre du mandat social, une fonction de direction qui en fait ou non, le détenteur exclusif du pouvoir hiérarchique sur les salariés⁸⁸. Dans la négative, le cumul est envisageable. Nous pouvons donc penser que le directeur général délégué de SA peut être salarié, car, en vertu de son mandat social, il est chargé d'assister le directeur général⁸⁹ et se trouve donc au moins pour partie sous son autorité. Il n'y a pas non plus d'incompatibilité légale entre les fonctions de salarié et celles de président du conseil d'administration⁹⁰. Il faut également considérer que le président du conseil d'administration de SA ou le gérant de SARL peut être titulaire d'un contrat de travail s'il est personnellement soumis à un pouvoir hiérarchique suffisant. Encore faut-il démontrer l'existence d'un rapport de subordination juridique, ce qui s'avère délicat, car, d'une part, les directives qu'il reçoit habituellement des associés ou du conseil d'administration ne suffisent pas à caractériser la subordination juridique⁹¹ et, d'autre part, il exerce généralement de manière exclusive le pouvoir hiérarchique de chef d'entreprise rendant impossible tout cumul⁹². Si cette hypothèse demeure envisageable⁹³, elle n'en reste pas

⁸⁷ Il « n'existe aucune incompatibilité de principe entre un mandat de président du conseil d'administration et des fonctions salariées, [...] le mandataire social peut, dans l'exercice effectif des tâches distinctes de la direction générale de la société, rester sous la subordination de celle-ci même si, en fait, il ne reçoit pas d'ordre (CA Rouen 29 novembre 2000, 1^{er} Ch., ASSEDIC c/Villain, *RJS* 7/01 n°941 obs. X.). L'exercice d'un mandat social n'étant pas exclusif d'un lien de subordination juridique, une Cour d'appel, qui constaté qu'une société-mère avait conservé à l'égard de son salarié, dont elle avait fixé la rémunération, les prérogatives de l'employeur et que l'intéressé se trouvait sous sa subordination juridique, a pu décider que, nonobstant le mandat social, exercé au sein d'une filiale, l'intéressé était resté le salarié de la société-mère. (*Cass.soc.* 11 mars 2003, Sté BNP Paribas c/ Gautier, *Bull.civ.* V. n°88 ; *RJS* 5/03 n°681 obs. X ; *Bull. Joly* 2003. 648 note J.-P. DOM).

⁸⁸ En ce sens, DESLANDES (M.), « Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail », *D.* 1982. Chron. 19 ; LYON-CAEN (G.), « Quand cesse-t-on d'être salarié ? », *D.* 1977. Chron. 109 ; MANSUY (F.), « La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 1987. 4, n°29 s. SAYAG (A.), « Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions », *Rev. sociétés* 1981, 1, n°22.

⁸⁹ C. com., art. L.225-23.

⁹⁰ Soc. 15 déc. 1983, *Bull. civ.* V, n°408 ; 19 févr. 1986, *Bull. civ.* V, n°10 ; 16 oct. 1991, n°88-40.188 et 88-42.392, *Bull. civ.* V, n°408 ; dans le même sens, à propos du directeur général d'une fondation, Soc. 23 janv. 2002, n°00-40.825.

⁹¹ Soc. 28 janv. 1988, *Bull. civ.* V, n°191 ; 21 oct. 1998, n°96-41.958, préc.

⁹² Com. 7 juin 1988, *Bull. civ.* IV, n°191, qui rejette le cumul au motif que l'intéressé n'était désormais « soumis qu'à sa propre autorité » ; Soc. 12 déc. 1990, n°87-40.596, *Bull. civ.* V, n°658, *Bull. Joly*, 1991, p. 842, note Le Cannu (P.) ; 19 févr. 1997, n°93-43.690, l'intéressé exerçant les pouvoirs les plus étendus et ne rendant de compte à personne.

⁹³ Soc. 25 févr. 1988, *Bull. civ.* V, n°137, l'intéressé ayant demandé l'accord d'un actionnaire important sur un problème de gestion du personnel ; 6 nov. 1991, n°90-41.183, *RJS* 12/1991, n°1377, l'intéressé étant tenu de consulter le conseil d'administration pour la plupart des décisions, *RJS* 7/2001, n°941.

moins très discutable, car les juges ont dû parfois distendre la notion de subordination en faisant appel à des conceptions particulières de la subordination.

127. La Cour de cassation a ainsi reconnu l'existence d'une subordination dite psychologique⁹⁴, mais cette approche ne nous semble pas recueillir l'approbation, car elle repose sur un amalgame entre les deux statuts, celui de dirigeant social et celui de cadre dirigeant⁹⁵. En effet, selon cette approche, la subordination résulterait du contrôle exercé par des organes de la société sur le dirigeant social, notamment par le biais du pouvoir de révocation, alors même que ce dernier ne recevrait aucun ordre. Ce n'est pas la relation du dirigeant social avec la société qui va ou non caractériser l'existence d'un lien de subordination, mais l'examen de la relation de travail, et de l'exécution des fonctions techniques. Cette approche est également risquée, car la reconnaissance d'un lien de subordination psychologique impose de requalifier le mandat social en contrat de travail. En effet on ne peut pas admettre le cumul puisque la subordination n'existe pas dans l'exécution d'une prestation technique, mais dans l'exercice du mandat social .

128. La seconde solution passe par la renonciation à l'exigence de subordination juridique et conditionne le cumul au seul exercice d'une fonction rémunérée distincte de celle accomplie en qualité de mandataire social. Certaines décisions retiennent cette solution en ne se référant pas directement à la subordination juridique. D'autres décisions déduisent cette subordination du seul maintien d'une fonction technique distincte antérieure au mandat social⁹⁶, ou d'une simple surveillance du conseil d'administration⁹⁷, pourtant en principe insuffisant.

129. D'une manière générale, la recherche d'une subordination juridique s'opère à partir d'un faisceau d'indices, ce qui donne lieu à une casuistique parfois déconcertante⁹⁸. En l'occurrence, il s'agit d'apprécier si l'intéressé est soumis à une autorité suffisante, malgré son statut de dirigeant. À cet égard, la jurisprudence tient compte principalement de la forme

⁹⁴ Dans un arrêt rendu le 4 mars 1997, la Chambre sociale de la Cour de cassation précise que lorsqu'une personne est « engagée par la société mère pour diriger l'une de ses filiales, a exercé ses fonctions sous la dépendance des dirigeants de la société mère », il existe un lien de subordination caractérisant un contrat de travail. (Cass.soc. 4 mars 1997, Sté Foxboro International c/ M. Schallebaum, *Bull.civ* V n°91 ; D, 1998 Somm. p.186 obs. HALLOUIN (J.-C.) ; *RJS* 4/97 n°484 obs. X.)

⁹⁵ DESLANDES (M.), article préc., D., 1982. Chron. 19.

⁹⁶ Soc. 12 mars 1970, *Bull. civ.* V, n°188 ; 3 oct. 1980, *Bull. civ.* V, n°696 ; 31 mars 1982, *Bull. civ.* V, n°239 ; 19 févr. 1986, *Bull. civ.* V, n°10, *Rev. sociétés* 1986. 600 ; 21 nov. 1989, n°86-43.139 ; 16 mai 1990, n°86-42.681, *Bull. civ.* V, n°227 ; 16 avr. 1991, n°89-43.723.

⁹⁷ Soc. 28 mars 1979, *Bull. civ.* V, n°284.

⁹⁸ PUIG (P.), La qualification du contrat d'entreprise, préf. TEYSSIE (B.), 2002, Panthéon-Assas, Droit privé, n°150.

d'organisation de l'entreprise et du degré de concentration du pouvoir, davantage que de la nature exacte des tâches accomplies. Concrètement, pour ce qui est de l'exécution de la prestation technique du dirigeant social « *il faut rechercher si un autre organe de la société est habilité à lui donner des ordres quant à l'exercice de cette activité et, le cas échéant, à rompre le contrat de travail invoqué* »⁹⁹. Mais cette approche n'est pas satisfaisante, car la société est une technique d'organisation de l'entreprise, chacun de ses organes se voit confier un pouvoir particulier que les autres n'ont pas. Un conseil d'administration pourra éventuellement prendre l'initiative de révoquer le directeur général et l'assemblée des associés d'une société à responsabilité limitée pourra sans doute décider de changer de gérant, mais ils n'auront aucun pouvoir sur le contrat de travail d'un dirigeant social.

130. Il est évident que caractériser le lien de subordination pour déterminer l'existence du contrat de travail apparaît comme vain. Conscients de cette difficulté, certains considèrent que les seuls mandats accessibles devraient être, dès lors, les mandats d'administrateur, de gérant de société à gérance multiple, de membre de directoire, de président du conseil d'administration lorsqu'il n'est pas le directeur général ou encore de directeur général délégué puisque ces derniers se retrouvent subordonnés au directeur général¹⁰⁰. Limiter l'accession à certains mandats ne résout pas la difficulté de l'inadaptation de la définition de la subordination juridique à la situation du cumul de statut¹⁰¹. D'aucuns pensent que reconnaître la subordination dans de telles circonstances ferait perdre son âme au droit du travail. Il est certain que la subordination juridique est un critère pertinent de l'existence de la relation de travail, mais dans les cas qui nous intéressent ce critère est inopérant. Si l'on veut continuer à reconnaître des situations de cumul, il serait peut-être opportun de recourir au critère de l'intégration économique¹⁰². Il s'agira de déterminer si le contrat est conclu pour favoriser le développement de l'activité de son « *employeur* », et si c'est le cas alors l'existence d'un contrat de travail pourra être reconnue. On ne se place plus dans une situation de pouvoir, mais dans une situation plus objective qui est celle de l'activité économique. Selon Monsieur Christophe Radé « *le cœur du contrat de travail, sa cause pour reprendre la notion du droit*

⁹⁹ DESLANDES (M.), art préc, Dalloz, 1982. Chron. 19.

¹⁰⁰ RIVOAL (O.), préc. spéc. p. 95.

¹⁰¹ AYMERIC (N.), Groupes de société et direction des sociétés, Revue dr. et patr. 2017, n°269, p.45.

¹⁰² RADÉ (C.), « Des critères du contrat de travail « protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », Dr.soc., mars 2013, n°3 p. 202.

commun des obligations, semble alors se situer ailleurs, dans l'intégration du travailleur dans l'activité économique de l'employeur »¹⁰³.

131. Le non-respect des conditions de cumul emporte des conséquences sur le contrat de travail.

B. Les conséquences du non-respect des conditions de cumul

132. Les conséquences d'un cumul irrégulier varient en fonction de la règle violée. Dans certains cas, cette violation conduit nécessairement à une nullité, qu'il s'agisse de celle du contrat de travail ou plus rarement celle du mandat social.

133. Dans les hypothèses où un dirigeant social en fonction peut conclure un contrat de travail, le cumul n'est licite que si celui-ci correspond à un emploi effectif¹⁰⁴. Si tel n'est pas le cas, on doit se demander ce qu'il advient du contrat de travail. Si les conditions du cumul viennent à ne plus être remplies au cours de l'exécution de la relation de travail, on peut à notre sens considérer que, sous réserve de convention contraire, le contrat de travail se trouve suspendu¹⁰⁵. Cela renvoie à des situations marginales tenant, par exemple, à une réorganisation de l'entreprise conduisant à l'absorption des fonctions techniques exercées au titre du contrat de travail par le mandat social.

134. Plus fréquemment, les conditions de validité du contrat de travail ou, plus exactement, du cumul ne seront pas remplies *ab initio*. Dans ces situations, la Cour de cassation a pu considérer que le contrat de travail était « *fictif* »¹⁰⁶. Le caractère fictif de l'acte juridique renvoie en principe à la simulation, qui suppose un acte caché. Si l'existence d'une contre-lettre n'est pas à exclure, elle ne constitue sans doute pas la situation la plus fréquente en pratique. En outre, existerait-elle, on sait que la simulation n'est annulée que si elle est frauduleuse¹⁰⁷. À dire vrai, qu'il y ait simulation ou pas, le contrat de travail devra être déclaré nul lorsque sa

¹⁰³ RADÉ (C.), art. préc., *Dr.soc.*, mars 2013, n°3 spéc. p. 203.

¹⁰⁴ V. supra.

¹⁰⁵ Sur la suspension du contrat de travail conclu antérieurement à la nomination aux fonctions sociales, V. infra.p. 72.

¹⁰⁶ Cass.soc. 22 mai 1995, n°94-41.787, *Bull. Joly* 1995. 860, note RÉIGNÉ (P.).

¹⁰⁷ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Collection Précis Dalloz, 2013, n°545 s.

conclusion révèle une pratique frauduleuse des parties. Restent alors les situations dans lesquelles, sans que les parties aient poursuivi un but frauduleux, le contrat de travail ne peut être admis, faute de correspondre à un emploi effectif. Dans la mesure où l'une des conditions de validité du contrat de travail fait défaut, la nullité de l'acte juridique semble s'imposer. À cet égard, la nullité pourrait être fondée sur l'article 1128 du Code civil et, plus particulièrement, sur l'absence d'objet, dès lors que ne sont pas exercées des fonctions techniques distinctes. Quant à l'absence de lien de subordination, la nullité du contrat de travail est plus délicate à fonder. Habituellement, cet état de fait conduit à la requalification du contrat de travail. Une telle sanction n'est toutefois guère opératoire dans l'hypothèse considérée. Reste alors la nullité de ce contrat qui, faute de lien de subordination, s'avère contraire à l'ordre public.

135. Il convient enfin de souligner que le contrat de travail peut être déclaré nul, alors même qu'il correspond à un emploi effectif et qu'il n'a pas été conclu avec un administrateur en fonction. Ainsi, les juges ont considéré qu'un contrat de travail comportant une indemnité de rupture d'un montant tel qu'elle porte atteinte au principe de libre révocation des dirigeants, constitue une cause illicite entraînant la nullité du contrat¹⁰⁸. Cette solution peut être discutée. Si, effectivement, l'indemnité de rupture est d'un montant tel qu'elle a pour objet ou pour effet de remettre en cause le principe précité, il nous semble contestable qu'elle conduise au prononcé de la nullité du contrat de travail correspondant à un emploi effectif. Il serait sans doute plus raisonnable de déclarer non écrite la stipulation litigieuse, ou bien encore de qualifier cette clause, de clause pénale¹⁰⁹ et permettre au juge d'en modérer le montant¹¹⁰. Au-delà, la solution fait peu de cas de l'indépendance des rapports issus du contrat de travail et du mandat social. D'un point de vue strictement juridique, la révocation n'emporte pas *ipso facto* la rupture du contrat de travail. Il est à cet égard critiquable d'affirmer que l'indemnité de rupture a une incidence sur le droit de révoquer le dirigeant. En revanche, si elle est d'un montant excessif, elle peut avoir pour objet ou pour effet de remettre en cause le droit de rupture unilatérale de l'employeur qui est d'ordre public.

¹⁰⁸ Cass.soc. 30 mars 1999, n°97-42.061, *Bull. Joly* 1999. 1107, note J.-Ph. Dom.

¹⁰⁹ Art.1231-5 aL.1^{er} du Code civil nouveau, ancien article 1226 du code civil.

¹¹⁰ Art.1231-5 aL.1^{er} du Code civil nouveau, ancien article 1152 du Code civil. V. en ce sens Cass.soc. 5 mars 2014, n°12-23106.

II. Le rapprochement par substitution source d'insécurité

136. Lorsqu'un salarié devient dirigeant social, la règle est que son contrat de travail est suspendu, lorsque, du fait de ce mandat, il cesse d'exercer des fonctions techniques distinctes, dans un état de subordination à l'égard de la société¹¹¹. Le contrat de travail retrouvera alors ses effets à la fin du mandat (B).

137. Cependant, si lors de la nomination aux fonctions de président du conseil d'administration d'une société anonyme, il a été convenu que le mandat social se substitue au contrat de travail, cette règle ne s'applique pas. Dès lors que cette volonté novatoire est explicite, le contrat de travail disparaît¹¹² (A).

A. La disparition du contrat de travail

138. Lorsqu'une condition de validité du cumul n'est pas remplie ou que le cumul n'est pas autorisé, la nullité du contrat de travail ou du mandat social est encourue.

139. Ainsi, lors de l'accès à la direction de la société, se pose la question du maintien du contrat de travail. En effet, lorsque la subordination du salarié envers l'entreprise, l'exercice d'une fonction technique distincte ou le versement d'une rémunération font défaut, la question se pose du sort du contrat de travail du dirigeant social. Les juges ont envisagé la substitution de fonctions à travers la disparition du contrat de travail¹¹³, mais ont hésité quant à son fondement juridique. Ainsi ils se sont fondés tantôt sur la caducité du contrat¹¹⁴, tantôt sur la démission implicite de l'intéressé¹¹⁵, pour opter en définitive pour la technique de la novation.

140. L'originalité du mécanisme réside dans son double effet principal, la novation « *créant pour éteindre, éteignant en créant* »¹¹⁶. La novation est liée à l'idée qu'est apporté à un rapport obligatoire un *aliquid novi*, concrétisation du changement ou du remplacement d'une

¹¹¹ Cass.soc. 29 septembre 2011, n°09-72.637.

¹¹² Cass.soc. 9 mai 2012 n°11-23.299 ; *Revue de jurisprudence sociale Francis Lefebvre* 7/12 n°659.

¹¹³ Cass.com. 7 juin 1988, M. Laurent c/ SA ATAI, *Bull.civ.* IV n°191. Cass.soc. 22 nov. 1972, De Traversay c/Sté Hallmark cards France, *Bull.civ.* V. n°636, *Rev.sociétés* 1973.655 ; Cass.soc. 5 juin 1980, Boyer c/ASSEDIC, *Bull.civ.* V n°492, *Rev.sociétés* 1981. 88 note CHARTIER.

¹¹⁴ CA Rennes 14 janv. 1975, *RDT com.* 1976. 140 obs. HOUIN (R.).

¹¹⁵ Cass.soc. 1er juin 1978, Auberty c/ Sté téléphériques de la Grande Motte, *Bull. civ.* V. n°246 ; *Rev. Sociétés*, 1979, p.79 note LE CANNU (P.).

¹¹⁶ MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL- MUNCK (Ph.), *Les obligations*, Defrénois, 3e éd., 2007, n°1182.

obligation initiale par une autre qui est différente. Il s'agit d'une technique conditionnée par l'existence d'un *animus novandi* compris comme l'intention des parties d'établir un lien de connexion entre la disparition de l'obligation ancienne et la création de l'obligation nouvelle¹¹⁷. La qualification de novation est alors intéressante, car elle permet de justifier la disparition du contrat de travail. Pour autant, elle peut poser des difficultés, car le contrat de travail définitivement écarté ne saurait réapparaître de plein droit à la fin du mandat¹¹⁸. Si la démonstration n'est pas faite que les parties ont entendu réaliser une novation, les juges peuvent en déduire que le contrat de travail est suspendu¹¹⁹. En somme, c'est l'absence de preuve de l'*animus novandi* qui assure le rejet de la qualification de la novation¹²⁰.

B. La suspension du contrat de travail

141. Cela étant précisé, la suspension du contrat de travail concerne principalement le cas dans lequel, postérieurement à la nomination du mandataire social, le cumul n'est pas admis parce que les conditions n'en sont pas réunies, soit en raison de l'absence de fonctions salariées distinctes, soit parce que le lien de subordination juridique ne peut plus être caractérisé. C'est moins l'existence du contrat de travail qui se trouve alors en cause, que sa bonne exécution, paralysée par l'accession aux fonctions sociales.

142. Après quelques hésitations, la jurisprudence a fini par opter pour la suspension de plein droit du contrat de travail pendant le mandat social, sauf volonté contraire des parties¹²¹. La suspension automatique du contrat de travail peut de prime abord surprendre en l'absence de textes la prévoyant et de volonté expresse des parties en ce sens. Elle peut toutefois trouver une source adéquate dans la règle, de valeur légale, attachant un effet

¹¹⁷ TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), Droit civil, les obligations, Dalloz, Coll. Précis, 11^{éd.}, 2013, n°1417, p.1306.

¹¹⁸ Cass.soc. 26 avr. 2000, *Bull. civ. V*, n°152.

¹¹⁹ Cass.soc. 14 juin 2005, *Bull. civ. V*, n°201 ; Cass.soc. 28 nov. 2006, n°05-42.835.

¹²⁰ Cass.soc. 9 mai 2012 n°11-23.299, Sté Sotapharm c/Vanaker, *RJS* 7/12 n°659. Lorsqu'il est convenu, lors de la nomination aux fonctions de président du conseil d'administration d'une société anonyme, que le mandat social se substituera au contrat de travail, le contrat de travail disparaît parce qu'il est absorbé par le mandat social. La novation ne se présumant pas, il est nécessaire qu'elle soit certaine.

¹²¹ Cass.soc. 12 déc. 1990, n°87-40.596, *Bull. civ. V*, n°658, *Bull. Joly*, 1991. 842, note LE CANNU (P.); 18 nov. 1992, n°89-41.252, *Bull. civ. V*, n°547, *Bull. Joly*, 1993. 101, note LE CANNU (P.) ; 11 juin 1997, n°95-40.424 et 95-43.681, *Bull. civ. V*, n°218, *Bull. Joly* 1997. 882, note PETIT(B.) ; 26 avr. 2000, n°97-44.241, *Bull. civ. V*, n°152, *JCP E* 2000, n°46, p. 1807, note VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J).

suspensif à toute impossibilité momentanée d'exécution¹²². D'un point de vue très concret, la suspension du contrat de travail présente l'indéniable avantage de garantir au salarié promu à des fonctions sociales que cette nomination ne se révélera pas en fin de compte un jeu de dupes, en lui assurant, postérieurement à la cessation de son mandat, un retour à ses fonctions salariées. Cela ne doit cependant pas dissimuler le fait que, bien souvent, le licenciement du salarié suivra de près sa révocation comme mandataire.

143. Si la suspension du contrat de travail intervient de plein droit, la volonté des parties a néanmoins un rôle à jouer à au moins deux égards. En premier lieu, ces dernières sont à même d'écarter de manière expresse cette suspension, ce qui se traduit concrètement par la disparition du contrat de travail qui ne saurait donc en aucune façon reprendre vigueur postérieurement à la cessation des fonctions de mandataire social. À cette fin, les parties peuvent convenir d'une rupture amiable du contrat de travail. On doit toutefois insister ici sur les conséquences de l'avènement dans notre droit positif de la rupture conventionnelle du contrat de travail¹²³. La Chambre sociale a tranché la question en exigeant que la rupture d'un commun accord des parties respecte impérativement les règles relatives à la rupture conventionnelle sauf disposition légale contraire¹²⁴. Elle ne laisse subsister la rupture amiable que dans quelques cas particuliers¹²⁵. Au regard des arrêts de la Cour de cassation, les parties auront donc intérêt à soumettre leur convention de rupture à l'homologation de l'autorité administrative.

144. Si les parties entendent mettre un terme à la relation de travail salarié pour lui substituer le mandat social, elles peuvent également recourir à la novation. Pour être parfaitement licite, le recours à cette technique devra s'accompagner des précautions d'usage. L'intention de nover ne se présument pas, elle devra ainsi clairement résulter de l'acte¹²⁶. À l'évidence, cette intention ne saurait être déduite de la seule nomination aux fonctions sociales puisque, précisément, celle-ci entraîne, en cas de cumul irrégulier, la suspension de plein droit

¹²² V. en ce sens, PETIT (B.), article préc., *RTD com.* 1981. 29, n°31. L'auteur évoque en outre la compatibilité de la solution avec la théorie générale de la suspension telle que l'a dégagée la jurisprudence et avec l'esprit général du droit du travail

¹²³ Art. L.1237-11 s. du Code du travail.

¹²⁴ Cass.soc. 15 octobre 2014, n°11-22.251, CHAMPEAUX (F.), « Le sacre de la rupture conventionnelle », *SSL* 2014, n°1648, p. 13 ; TOURNAUX (S.), « La (quasi) disparition de la rupture amiable du contrat de travail », *Lexbase Hebdo*, éd.soc. n°589 du 6 novembre 2014.

¹²⁵ Il s'agira des cas dans lesquels l'article L.1231-1 du Code du travail n'est pas applicable, ainsi la rupture amiable reste envisageable pour les ruptures d'un contrat à durée déterminée, (Art. L.1243-1 du Code du travail) ou lorsque la rupture résulte d'un accord de GPEC ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi (Art. L.1237-16 du Code du travail).

¹²⁶ Art. 1273 du Code civ.

du contrat de travail¹²⁷. À la différence de la rupture conventionnelle, la novation évitera à l'employeur de devoir verser une indemnité de rupture au salarié.

145. En second lieu, si les parties entendent suspendre le contrat de travail pendant l'exercice des fonctions sociales, il n'est pas nécessaire qu'elles manifestent leur volonté en ce sens puisque la suspension est automatique. Toutefois, il est en pratique recommandé de formaliser, dans un document contractuel, les conséquences de la suspension du contrat de travail¹²⁸. Les parties pourront notamment s'entendre sur la prise en compte de la période de suspension dans le calcul de l'ancienneté ; ce que paraît aujourd'hui refuser la Cour de cassation¹²⁹. Par ailleurs, et en marge de tout avenant au contrat de travail, les parties auront intérêt à organiser la préservation de certains droits attachés au contrat pendant l'exercice du mandat social, que ce soit au titre de la prévoyance et de la mutuelle ou des régimes de retraite supplémentaire¹³⁰.

146. Remarquons enfin que les parties peuvent convenir expressément du maintien du contrat de travail pendant la durée du mandat social. Cette manifestation de volonté ne saurait cependant dispenser le juge de vérifier que le contrat de travail continue de correspondre à un emploi effectif, à défaut de quoi, il est suspendu de plein droit¹³¹.

147. « *Directeurs siégeant au comité de direction ou participant à la prise de décisions stratégiques concernant la vie de l'entreprise ; [...] membres du comité de direction ayant une totale latitude dans leur domaine d'activité ; [...] cadres exerçant dans leurs domaines respectifs toutes les prérogatives de l'employeur sans avoir à solliciter des autorisations préalables et en assumant en contrepartie, par délégation implicite, la responsabilité pénale du chef d'entreprise* »¹³². Il va de soi que les cadres dirigeants sont loin d'être des cadres « communs ». Ils se situent « *dans le premier cercle concentrique de pouvoir, entourant le chef d'entreprise* »¹³³.

¹²⁷ Cass.soc. 26 avr. 2000, n°97-44.241, *Bull. civ.* V, n°152, *Dr.soc.* 2000, p.771, note MOULY (J.), *JCP E* 2001, n°11, p. 462, note FERRIES (S.); V., dans le même sens, Cass.soc. 8 oct. 2003, n°01-43.556 ; 14 juin 2005, n°02-47.320.

¹²⁸ V. sur la question, COLLIN (F.), « Aspects pratiques de la suspension du contrat de travail lorsque le salarié devient dirigeant social », *Dr. Sociétés*, oct. 2009. Étude 13, p. 7.

¹²⁹ Cass.soc. 23 sept. 2009, n°08-41.397, *JCP E* 2009. 2155, obs. PUIGELIER (C.) ; V. antérieurement : Cass.soc. 19 mars 1991, n°87-45.110, *Cah. prud'h.* 1991. 125.

¹³⁰ COLLIN (F.), article préc.

¹³¹ Cass.soc. 23 sept. 2009, n°08-41.397, préc.

¹³² GORCE (G.), *Rapport sur le projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail*, fait au nom de la commission des affaires culturelles familiales et sociales, Rapport AN n°1826, p.163.

¹³³ GORCE (G.), Rapport AN n°1826 p. 163.

148. La question du cumul du contrat de travail avec un mandat social révèle la problématique du maintien des cadres dirigeants dans le droit du travail. Par ailleurs en consacrant l'existence de ces cadres par nature, le législateur reconnaît l'existence des cadres par extension.

Titre 2 : Les cadres par extension

149. Les cadres par extension contrairement aux cadres par nature, apparaissent comme une catégorie mouvante, il n'y a pas de définition générale de cette catégorie. Chaque source du droit du travail envisage de manière différente cette catégorie de cadre. Certaines en auront une conception plus large que d'autres. Ce manque de clarté dans la définition des cadres par extension conduit à constater le morcellement de la catégorie des cadres (Chapitre 1). D'ailleurs, le législateur avec les lois sur le temps de travail, loin de venir clarifier la situation de ces salariés, est plutôt venu fragiliser la catégorie des cadres (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une catégorie morcelée

150. Il n'existe en droit français aucun texte permettant de définir les salariés qui relèvent précisément de la catégorie des cadres. « *À l'identification du cadre, un texte parfois s'attache. Mais son propos ne vaut que dans le périmètre offert à son application* »¹³⁴. Il n'existe donc pas de définition générale, car les différentes tentatives de définition ne reposent pas sur des critères communs. Il en est ainsi notamment en matière de durée du travail, de classification, de désignation des conseillers prud'hommes. En effet, les sources originaires composées des arrêtés Parodi-Croizat¹³⁵, de la convention collective nationale du 14 mars 1947¹³⁶ et des conventions et accords collectifs de travail qui sont venues dans un premier temps donner une définition des cadres, apparaissent comme inadaptées (Section 1). En revanche, la jurisprudence semble avoir une approche plus pragmatique de la catégorie des cadres (Section 2).

¹³⁴ TEYSSIE (B.), « Les cadres », *JCP E* 1995, I, 514, p. 510.

¹³⁵ SAGLIO (J.), « Les arrêtés Parodi sur les salaires : un moment de la construction de la place de l'état dans le système français de relations professionnelles », Travail et Emploi, Ministère du travail et de la participation, 2007, p.53.

¹³⁶ Convention Collective Nationale de Retraite et de Prévoyance des cadres du 14 mars 1947, <http://www.agirc.fr>.

Section 1. Une approche inadaptée des sources originaires

151. Les arrêtés Croizat-Parodi et la convention collective nationale de retraite sont marqués par leurs déficiences (I.), tandis que les conventions et les accords collectifs de travail adoptent des critères multiples de la catégorie de cadre (II.) qui varieront fortement en fonction de l'organisation du travail pratiquée dans la branche d'activité.

I. Les déficiences des sources historiques

152. Les définitions des arrêtés Croizat-Parodi et de la convention nationale de retraite des cadres ont tendance à étendre la catégorie des cadres à d'autres catégories de salariés, ce qui n'est pas sans créer une certaine ambiguïté quant à la définition de la notion de cadre. De plus, il semblerait que la notion de cadre issue de ces textes semble être anachronique. Ainsi, ces sources historiques sont marquées d'une part, par des critères dépassés (A.) et d'autre part, par des critères inadéquats (B.)

A. Des critères dépassés

153. Mis en œuvre au cours de l'année 1945 par Alexandre Parodi, alors ministre du Travail et poursuivi par son successeur Ambroise Croizat, leader de la métallurgie de la CGT parisienne, les arrêtés de mise en ordre des salaires visaient à instaurer dans les entreprises commerciales et industrielles, une hiérarchie des qualifications permettant, dans le cadre d'une économie dirigée, de fixer les appointements des salariés. L'objectif premier de ces arrêtés Croizat-Parodi était de mettre en place une régulation salariale dans les secteurs où celle-ci n'était pas formalisée¹³⁷.

154. Procédant à la « *classification* » des emplois dans les différentes branches d'activités, le ministre du Travail et de la sécurité sociale a distingué trois catégories de salariés : les ouvriers, les employés techniciens et agents de maîtrise et les cadres. La procédure

¹³⁷ SAGLIO (J.), op.cit.

retenue a permis de produire, dans un laps de temps relativement court, un ensemble de règles salariales définissant, pour ce qui concerne les emplois privés, un « *ordre des salaires* » dont on peut penser qu'il est relativement cohérent. Les « *arrêtés Parodi-Croizat* » resteront ainsi longtemps des références marquantes, notamment en matière de classification dans le cadre de la négociation collective de branche.

155. Pour autant, les arrêtés de mise en ordre des salaires apparaissent comme étant des sources dépassées, car ils sont pour l'essentiel constitués d'énumération et de dénomination de postes ou de métiers. Ainsi, ces arrêtés qui étaient donc des nomenclatures hiérarchisées d'emplois ancrées dans des différenciations fortes entre les catégories, mais aussi à l'intérieur d'une même catégorie sont désormais trop rigides. Les entreprises préfèrent de plus en plus axer leur classification sur les compétences, le degré d'initiative. Les accords de branche s'émancipent de plus en plus de ce modèle. Par exemple, la branche de la meunerie, à l'issue de travaux qui ont débuté en septembre 2009, a abandonné l'ancienne grille de type Parodi et opté pour un système par critères classants simplifiés. Il s'agit pour cette branche de mettre en place « *une grille de classification opérationnelle pour les entreprises de la branche, valorisant les métiers la composant, et de concevoir un système permettant, par l'utilisation des critères classants, d'être automatiquement adaptable à l'évolution des métiers et des organisations, en se référant au contenu réel des postes de travail* ». Le nouveau dispositif repose sur une échelle unique. Cinq critères classants, connaissance de base, savoir-faire professionnel ; complexité de l'emploi ; autonomie, initiative ; animation, conseil technique ; encadrement, management sont combinés et permettent de classer les emplois et de définir un positionnement entre eux sur un des neuf niveaux de qualification retenus¹³⁸. Chaque catégorie professionnelle est concernée à l'exception des VRP. Trois niveaux concernent les ouvriers et employés, deux niveaux les agents de maîtrise et quatre niveaux les cadres¹³⁹.

156. La convention collective nationale du 14 mars 1947 conclue entre le Conseil national du patronat français, et les organisations syndicales représentatives des ingénieurs et cadres prévoit que le régime de retraite et de prévoyance des cadres bénéficie aux salariés définis aux articles 4 et 4 bis de la convention. La Convention n'avait qu'un champ

¹³⁸ Art 3.1 de l'avenant 31 du 20 septembre 2011, relatif aux classifications, CCN de la meunerie (brochure JO n°3060). « Cette évaluation des emplois s'effectue à partir de la mise en œuvre combinée des cinq critères classants suivants : connaissance de base, savoir-faire professionnel ; complexité de l'emploi ; autonomie initiative ; animation, conseil technique ; encadrement, management ».

¹³⁹ Avenant du 31 du 20 septembre 2011, relatif aux classifications, CCN de la meunerie (brochure JO n°3060).

d'application assez limité, visant seulement les ingénieurs et cadres définis par les arrêtés de mise en ordre des salaires des diverses branches professionnelles, et les voyageurs et représentants ayant la qualification et les prérogatives d'ingénieurs ou cadres. En outre, étaient assimilés aux cadres, pour le bénéfice de la Convention, les employés, techniciens et agents de maîtrise dont la cote hiérarchique brute était égale ou supérieure à 300. Bien que limité quant au nombre des bénéficiaires, le texte avait déjà un champ d'application bien plus vaste que les arrêtés de mise en ordre des salaires, puisque s'y trouvaient inclus les voyageurs représentants et certains agents de maîtrise. L'objectif de la Convention était sans doute autre, mais la jurisprudence postérieure allait faire parfois état de l'inscription à la Caisse de retraite, pour conférer la qualité de cadre à certains agents.

157. Ainsi, l'article 4 concerne les ingénieurs et cadres, tandis que l'article 4 bis s'applique aux assimilés cadres, c'est-à-dire aux employés techniciens et agents de maîtrise ayant un coefficient hiérarchique supérieur à 300. L'article 4, alinéa 1^{er}, de la convention collective du 14 mars 1947 renvoie aux définitions des arrêtés Croizat-Parodi ou à des conventions ou accords collectifs conclus sur le plan national ou régional et qui se sont substitués aux arrêtés de mise en ordre des salaires. Or, comme nous l'avons déjà indiqué, les arrêtés de mise en ordre des salaires, vieillis par plus d'un quart de siècle, sont dépassés par de nouvelles méthodes d'évaluation des emplois qui ont été adoptées par les entreprises confrontées parfois à une évolution très rapide des métiers. Le renvoi à des sources dépassées et l'impossibilité pour les rédacteurs de l'époque de délimiter la catégorie des cadres font que cette source vieillit mal même s'il faut tout de même remarquer que cette convention a eu le mérite de mentionner l'initiative et la responsabilité dans l'exercice des fonctions des cadres ; critères qui ont d'ailleurs été repris par la jurisprudence et le droit conventionnel, comme effectivement déterminants du statut.

158. Tout d'abord les arrêtés de mise en ordre des salaires ont, entre 1945 et 1950, établi dans de nombreuses branches les schémas représentant l'organisation générale des entreprises en faisant ressortir les attributions et les liaisons hiérarchiques et organiques de leurs diverses composantes. Pour procéder à cette « *qualification* », les ministres ont été amenés à rechercher, dans chaque branche, les critères permettant de déterminer la place d'un salarié dans la hiérarchie professionnelle. Mais s'agissant de la notion des cadres, les arrêtés Croizat-Parodi n'ont pas tenu compte des spécificités de chaque branche. En effet, loin de définir de façon précise ce qu'est un cadre dans chaque branche, ils ont mis l'accent sur la condition de ces salariés et dégagé deux critères qui sont, la qualification professionnelle et l'exercice de

fonctions importantes dans l'entreprise, matérialisées par un pouvoir de commandement sur des collaborateurs. D'ailleurs, un arrêté du 31 janvier 1946¹⁴⁰, ayant pour objet de fixer les appointements des ingénieurs et cadres administratifs occupés dans les établissements industriels et commerciaux, les professions libérales, offices publics et ministériels, syndicats, sociétés civiles et associations de quelque nature que ce soit, est venu fixer la définition du cadre en entreprise. Au regard des arrêtés de mise en ordre des salaires, doivent être qualifiés de cadres, « *les agents possédant une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière et exerçant par délégation de l'employeur un commandement sur des collaborateurs administratifs ou commerciaux* ».

159. Ensuite, la convention collective nationale de retraite des cadres utilise le critère du coefficient hiérarchique dans son article 4 bis pour étendre la qualification de cadres aux assimilés cadres c'est-à-dire les agents de maîtrise, mais aussi aux employés techniciens ce qui contribue à élargir la catégorie de cadre à des salariés non-cadres et contribue à rendre insaisissable la notion de cadre.

B. Des critères inadéquats

160. Les arrêtés Croizat-Parodi ne fournissent pas de précisions suffisantes pour approcher concrètement la catégorie des cadres par extension. En effet, les agents de maîtrise et les techniciens peuvent être qualifiés de cadres au regard de la définition des arrêtés de mise en ordre des salaires dès lors qu'ils possèdent une formation technique, administrative, juridique, commerciale, financière et exercent par délégation de l'employeur un commandement sur des ouvriers et/ou des employés.

161. De plus, la convention collective de retraite et de prévoyance des cadres considère comme cadres les voyageurs et représentants « *qui répondent à au moins l'un des trois critères suivants : avoir une formation technique, administrative ou commerciale équivalente à celle des cadres de l'entreprise [...] et exercer des fonctions requérant la mise en œuvre des connaissances acquises ; [ou] exercer par délégation de l'employeur un commandement sur d'autres représentants ; [ou] exercer des fonctions impliquant initiative,*

¹⁴⁰ Arrêté du 31 janvier 1946 (JO 2 février 1946 p. 913).

responsabilité, etc., et pouvoir être considérés comme ayant délégation de l'autorité du chef d'entreprise »¹⁴¹.

162. Enfin l'article 4 bis s'applique aux assimilés cadres, c'est-à-dire aux employés techniciens et agents de maîtrise ayant un coefficient hiérarchique supérieur à 300.

163. Ces sources ont donc tendance à étendre la catégorie de cadre à d'autres salariés, elles sont impuissantes à définir précisément ce qu'est un cadre par extension.

164. Si les arrêtés Croizat-Parodi et la convention collective nationale de retraite des cadres sont marqués principalement par leur anachronisme, l'approche multiforme des cadres par les conventions et les accords collectifs de travail, ne permet pas d'avoir une vision globale de la notion de cadre.

II. Une approche multiforme des cadres par les conventions et accords collectifs de travail

165. Il convient d'observer quelques points généraux sur la façon dont les conventions collectives abordent le traitement des cadres. Classiquement, nous constaterons deux grandes options, selon le degré de sophistication du texte conventionnel : soit le traitement des cadres fait l'objet d'une convention collective spécifique, soit il est renvoyé en annexe de la convention collective de la branche d'activité, il prendra alors la forme d'un accord collectif¹⁴².

¹⁴¹ « Les cadres dans l'entreprise », *mensuel Liaisons sociales*, décembre 2002, p. 8.

¹⁴² Le Code du travail distingue deux types d'accords pouvant résulter de la négociation collective : les conventions collectives et les accords collectifs. D'ailleurs la loi 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs, a procédé à une harmonisation des régimes juridiques des conventions et des accords collectifs. L'art L.2221-1 du Code du travail dispose en effet que « la convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières mentionnées à l'article L.2221-1, pour toutes les catégories professionnelles intéressées. L'accord collectif traite un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble ». Avec l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective cette distinction n'a plus lieu d'être, désormais l'alinéa 2 de l'article L.2232-5 du Code du travail dispose « *Sauf disposition contraire, les termes " convention de branche " désignent la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches.* ». L'article L.2232-11 est complété par un deuxième alinéa ainsi rédigé : « *Sauf disposition contraire, les termes " convention d'entreprise " désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement.* ». V. numéro spécial sur le projet d'ordonnances réformant le droit du travail, Lexbase Hebdo éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017, plus spéc. RADÉ (C.), « *Projet d'ordonnances réformant le droit du travail : le droit de la négociation collective après l'ordonnance n°4 relative au renforcement de la négociation collective* » ; RAY (J.-E.) « *Les cinq ordonnances du*

166. La première hypothèse se rencontre fréquemment dans des types d'activité où le degré de technicité est tel qu'il impose un découpage précis des tâches ainsi qu'un fort taux d'encadrement ; il correspond aussi à des secteurs d'activité où l'on rencontre, dans une proportion supérieure à la moyenne nationale, des entreprises relevant de la catégorie des grandes entreprises¹⁴³.

167. La seconde hypothèse, sans doute la plus importante quantitativement, correspond à des secteurs d'activité qui ne requièrent pas nécessairement des structures importantes pour se développer et où les postes d'encadrement constituent une minorité de l'ensemble du personnel. Notons que les catégories d'ingénieurs et de cadres sont toujours liées et qu'elles ne font, que très rarement, l'objet d'un traitement distinct. En outre ce type de traitement par des conventions et accords collectifs de travail, sont relatifs à des professions généralement exercées sous forme libérale et qui emploient majoritairement des personnels hautement qualifiés, mais dans des structures de taille relativement modeste en comparaison du secteur industriel¹⁴⁴.

168. Par ailleurs, suivant la branche d'activité la fonction de cadre variera selon le type d'activité de l'entreprise. Ainsi, les critères mis en avant dans le secteur de la banque ne seront pas ceux de l'industrie. Il est donc très difficile d'avoir une vision globale de la notion de cadre tant par l'approche sectorielle des conventions et accord collectifs de travail (A.), que par l'utilisation de critères multiples (B.).

A. L'approche sectorielle des conventions et accords collectifs de travail

169. L'approche sectorielle des conventions et accords collectifs de se traduit par l'inflation des conventions collectives de branche qui tend pourtant à se réduire (1), mais aussi par la décentralisation de la négociation collective (2).`

22 septembre 2017 sont parues : où est "l'inversion des normes" partout dénoncée ?», JCP G, 16 octobre 2017, n°42, p.1914 ; LOKIEC (P.) « Vers un nouveau droit du travail ? », D. du 26/10/2017, n°36, p.2109.

¹⁴³ CCN des ingénieurs et cadres de la métallurgie (brochure JO n°3025), CCN des cadres des travaux publics, (brochure JO n°3005T4), par exemple.

¹⁴⁴ CCN des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil (brochure JO n°3018).

1. L'inflation des conventions collectives de branches

170. Les conventions de branche qui établissent les classifications professionnelles ont dû nécessairement tenter de définir la catégorie des cadres par extension. En effet, la classification professionnelle est un système juridique en fonction duquel les travailleurs concernés seront classés. Le système de classement est, par conséquent, un ensemble de définitions d'emplois assorti d'échelons, ou de coefficients, ou d'indices. Or chaque convention de branche adopte sa propre définition et pose ses propres critères, qui ne sont pas transposables d'un texte conventionnel à un autre. Cette sectorisation de la notion de cadre s'est accrue notamment avec l'inflation des conventions collectives de branche. En effet, d'après l'article L.2222-1 du Code du travail, le champ d'application professionnel d'une convention ou d'un accord collectif est défini par activité économique, mais le législateur ne donnant pas une définition de cette notion, celle-ci est par conséquent difficile à appréhender. Si le législateur s'entend pour admettre que les branches d'activités économiques « rassemblent des établissements comparables »¹⁴⁵, qu'elles « englobent l'ensemble des professions concourant à la même activité économique »¹⁴⁶, il s'avère comme l'a souligné Michel DESPAX, que « la branche d'activité est d'abord ce que [les] parties signataires ont entendu qu'elle soit »¹⁴⁷. En pratique, les partenaires sociaux s'entendent d'autant plus facilement que le champ d'application professionnel de leurs accords est restreint. Un rapport faisant le point sur la négociation collective de branche mettait en avant le « grand nombre de conventions collectives dont quelques-unes seulement couvrent plus de 100 000 salariés. Cet éclatement oblige à ce que les besoins sociaux (au sens de la réglementation du travail) soient traités de manière fractionnée »¹⁴⁸. Le nombre des conventions collectives de branche ne simplifie donc pas l'approche de la notion de cadre¹⁴⁹. D'ailleurs, comme l'a souligné Madame Françoise FAVENNEC-HERY, les « différences sensibles entre les branches [rendent] incertaine et

¹⁴⁵ Décret n°59-534 du 9 avril 1959 relatif à la nomenclature des activités économiques – nomenclature en annexe (JO 16 avril 1959, p. 4209).

¹⁴⁶ RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), Droit du travail, PUF, Coll. Thémis droit privé, 13e éd, 1993, p. 319.

¹⁴⁷ DESPAX (M.), Traité de droit de travail, tome 7, « Négociations conventions et accords collectifs », n°254, p. 474.

¹⁴⁸ POISSON (J.-F.), Synthèse du rapport au Premier Ministre remis au Ministre du travail, mai 2009, www.travail-emploi.gouv.fr/publications-officielles.

¹⁴⁹ BARTHÉLEMY (J.), CETTE (G.), Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, La Documentation Française, 2013, spéc. p.75.

relative toute référence à la notion conventionnelle de cadre »¹⁵⁰, chaque branche adoptant ses propres critères de définition. Le nombre important de conventions collectives de branche a amené le législateur à revenir sur le dispositif mis en place par la loi 5 mars 2014¹⁵¹. Ainsi, la loi du 17 août 2015¹⁵², donne la possibilité au ministre, après avis de la Commission nationale de la négociation collective, sous certaines conditions, et notamment si l'activité conventionnelle est faible depuis cinq années, d'élargir une convention de branche étendue à une autre branche et de fusionner les champs d'application de deux branches¹⁵³. Ce dispositif maintenu par la loi du 8 août 2016¹⁵⁴, a donc pour objectif principal de réduire le nombre de branches, ce qui aura pour conséquence, une meilleure lisibilité des critères de définition du cadre. Cette volonté de réduire le nombre de branche est confirmée et accélérée par la loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels¹⁵⁵, afin de parvenir à un paysage conventionnel restructuré autour de 200 branches d'ici trois ans. D'ailleurs, l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, prend en compte la future fusion des branches professionnelles pour la répartition des crédits du Fonds paritaire de financement du dialogue social¹⁵⁶.

¹⁵⁰ FAVENNEC-HERY (F.), Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? Liaisons, Coll. Droit vivant, éd. 2003, p. 16.

¹⁵¹ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°55 du 6 mars 2014, p. 4848), V. dossier coordonné par LUTTRINGER (J.-M.), « La réforme de la formation professionnelle », Dr.soc. 2014, p. 968 ; V. études RADÉ (C.), « Formation professionnelle, emploi et démocratie sociale : les nouvelles règles de la représentativité des organisations patronales », Lexbase hebdo, éd.soc. n°563 du 20 mars 2014.

¹⁵² Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, (JORF n°189 du 18 août 2015, p. 14346), V. étude GAURIAU (B.), « Stratégie et dialogue social adapté », JCP S 2015 n°1354, p. 27 ; RADÉ (C.), « Loi « Rebsamen » : interdiction des agissements sexistes (art.20), négociation en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise (art. 21), réforme des IRP (art.22) et de la représentativité des organisations patronales », Lexbase, Hebdo, éd.soc., n°624 du 10 septembre 2015.

¹⁵³ Art. L.2261-32 du Code du travail.

¹⁵⁴ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc. n°666 du 1^{er} septembre 2016 Etude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016, MORAND (M.), « Le temps du travail dans la loi El Khomri », JCP E 2016 n°39, p.55. V. également le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, procédure accélérée, déposée à l'Assemblée nationale, le 24 mars 2016, n°3600, V. numéro spécial sur le projet de loi « El Khomri », Lexbase hebdo éd.soc. n°650 du 7 avril 2016 et plus spécifiquement G. AUZERO, « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : favoriser une culture du dialogue et de la négociation (titre II) » ; C. RADÉ, « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la « refondation » du Code du travail ».

¹⁵⁵ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), préc.

¹⁵⁶ CHAMPEAUX (F.), « Les branches en recomposition », SSL 2017, n°1757, p.2 ; FROUIN (C.), « Les conditions du regroupement des branches », SSL 2017, n°1757, p. 9 ; MORAND (M.), « Les accords type

171. La convention collective de branche a été considérée pendant longtemps comme le niveau essentiel de la négociation, il apparaît pourtant aujourd'hui que « *le centre de gravité de la négociation s'est déplacé de la branche vers l'entreprise* »¹⁵⁷.

2. Décentralisation de la négociation collective

172. Si la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982¹⁵⁸ en instituant une obligation de négocier au sein de l'entreprise a favorisé la décentralisation de la négociation collective, les lois du 4 mai 2004¹⁵⁹ et du 20 août 2008¹⁶⁰ ont provoqué un bouleversement dans l'articulation des normes conventionnelles¹⁶¹. Cette tendance a été confirmée par la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels¹⁶², en favorisant la négociation d'entreprise puis par l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective. En effet, longtemps gouvernée par le seul principe de faveur qui voulait que la norme inférieure ne puisse déroger à la norme supérieure que dans un sens plus favorable, l'articulation des normes conventionnelles fait désormais appel à deux autres mécanismes, à savoir la dérogation et la supplétivité révélant ainsi la primauté du principe de proximité. Même si ces deux notions ne peuvent pas être confondues *a priori*, puisque la dérogation ne peut se concevoir sans une règle de référence sur laquelle elle repose, la supplétivité opère un renversement de perspective

branche », SSL 2017, n°1757, p. 13 ; NADAL (S.), « Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, n°10, p. 652, LYON CAEN (A.) « Branches », RDT 2016, n°11, p. 653.

V. également, numéro spécial sur les ordonnances réformant le droit du travail, Lexbase Hebdo éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017, plus spéc. RADÉ (C.) « Projet d'ordonnances réformant le droit du travail : le droit de la négociation collective après l'ordonnance n°4 relative au renforcement de la négociation collective » ; RAY (J.-E.) « Les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 sont parues : où est "l'inversion des normes" partout dénoncée ? », JCP G, 16 octobre 2017, n°42, p.1914.

¹⁵⁷ SILHOL (B.), « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », Dr.soc. 1997.p.937.

¹⁵⁸ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail ; (3ème loi Auroux) ; (JORF du 14 novembre 1982 p. 3414.)

¹⁵⁹ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, (JORF n°105 du 5 mai 2004 p. 7983.)

¹⁶⁰ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, (JORF n°0194 du 21 août 2008 p. 13064.)

¹⁶¹ SOURIAU (M.-A.), « L'articulation des niveaux de négociation », Dr.soc. 2004. p.579 ; AUZERO (G.), « L'articulation des normes conventionnelles », Dr. ouvrier, 2010, n°743, p.324.

¹⁶² Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), préc. p.78.

puisque la règle supplétive n'a vocation à s'appliquer que si aucune autre règle portant sur le même objet n'existe. Finalement, le résultat est identique puisqu'une norme de niveau « inférieure » peut s'appliquer de préférence à celle de niveau « supérieur », alors même qu'elle ne serait pas plus favorable.

173. Désormais, la norme de l'entreprise est donc promue au rang de norme de référence, car cette norme est vue comme pouvant assurer le principe de proximité, permettant d'adapter au mieux les règles de la réalité du terrain. Est-ce à dire que dorénavant l'accord d'entreprise ou d'établissement pourra établir une classification dérogeant à la convention collective de branche ? Les ordonnances dites « Macron »¹⁶³ ont confirmé l'exclusion de ces matières du champ de la dérogation. En effet, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au renforcement de la négociation collective prévoit que dans dix sept matières (treize de plein droit, et quatre si l'accord de branche le stipule expressément), les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes¹⁶⁴.

¹⁶³ L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au renforcement de la négociation collective, (JORF n°0223 du 23 septembre 2017 texte n°29.)

¹⁶⁴ L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, préc., modifie l'article L.2253-1 du Code du travail et dresse une liste de treize thèmes « indérogeables » de plein droit : « *La convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans les matières suivantes :*

1° *Les salaires minima hiérarchiques ;*

2° *Les classifications ;*

3° *La mutualisation des fonds de financement du paritarisme ;*

4° *La mutualisation des fonds de la formation professionnelle ;*

5° *Les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ;*

6° *Les mesures énoncées à l'article L.3121-14, au 1° de l'article L.3121-44, à l'article L.3122-16, au premier alinéa de l'article L.3123-19 et aux articles L.3123-21 et L.3123-22 du présent code et relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires ;*

7° *Les mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire énoncées aux articles L.1242-8, L.1242-13, L.1244-3, L.1251-12, L.1251-35 et L.1251-36 du présent code ;*

8° *Les mesures relatives au contrat à durée indéterminée de chantier énoncées aux articles L.1223-8 du présent code ;*

9° *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;*

10° *Les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai mentionnées à l'article L.1221-21 du code du travail ;*

11° *Les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L.1224-1 ne sont pas réunies ;*

12° *Les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice mentionnés aux 1° et 2° de l'article L.1251-7 du présent code ;*

13° *La rémunération minimale du salarié porté, ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire, mentionnée aux articles L.1254-2 et L.1254-9 du présent code ;*

174. En revanche en dehors de ces matières l'accord de branche devient supplétif.¹⁶⁵. Ceci confirme la volonté du législateur « *de déplacer le centre de gravité de la négociation de la branche vers l'entreprise* »¹⁶⁶.

175. Partant, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au renforcement de la négociation collective dans la lignée de la loi El Khomri confirme la primauté de principe de l'accord d'entreprise sur la convention de branche¹⁶⁷.

176. Si effectivement, en matière de classification¹⁶⁸, la convention de branche demeure la norme de référence, on peut tout de même relever que la loi du 20 août 2008 a supprimé le renvoi aux conventions de branche pour la définition des cadres par extension, ce qui marque un changement du rôle de la convention collective de branche. Désormais, on constate qu'au niveau de la branche, les hiérarchies sont explicitées à partir de critères autour desquels devraient s'articuler les compétences requises par les postes de travail. L'autonomie, l'initiative, la responsabilité, le niveau de formation sont les aptitudes requises le plus souvent citées, chaque entreprise est supposée analyser ses postes suivant ces critères et les placer dans la hiérarchie. Même si la négociation reste au niveau de la branche, l'introduction des grilles à

Dans les matières énumérées au 1° à 13°, les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. ».

Quatre autres thèmes peuvent être ajoutés par l'accord de branche (art. L.2353-2) : il s'agit de 1° La prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L.4161-1 ; 2° L'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; 3° L'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical ; 4° Les primes pour travaux dangereux ou insalubres. Lire notamment RAY (J.-E.) « Les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 sont parues : où est "l'inversion des normes" partout dénoncée ? », JCP G, 16 octobre 2017, n°42, p.1914 ; LOKIEC (P.) « Vers un nouveau droit du travail ? », D. 2017, n°36, p.2109 ; MEHREZ (F.), « Projets d'ordonnances : rôles respectifs des accords de branche et d'entreprise », D. 2017, n°30, p. 1713 ; V. numéro spécial sur le projet d'ordonnances réformant le droit du travail, Lexbase Hebdo éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017, plus spéc. RADÉ (C.) « Projet d'ordonnances réformant le droit du travail : le droit de la négociation collective après l'ordonnance n°4 relative au renforcement de la négociation collective ».

¹⁶⁵ Art. L.2253-3 du Code du travail, « Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L.2253-1 et L.2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche s'applique ».

¹⁶⁶ SILHOL (B.), « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr.soc.* 1997. p. 937.

¹⁶⁷ Article L.2253-3 du Code du travail serait ainsi modifié par l'ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017), « Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L.2253-1 et L.2253-2 du Code du travail, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche s'applique ».

¹⁶⁸ Art. L.2241-1 et L.2241-2 du Code du travail.

critères classants a initié un processus d'« *internalisation de la qualification* »¹⁶⁹ qui rapproche l'accord de branche d'un accord de procédure.

B. Des critères conventionnels multiples

177. Certaines conventions et accords collectifs de travail s'évertuent à définir précisément chaque fonction sans donner de définition générale de cette catégorie de salariés. Tel est le cas notamment de l'annexe I de la convention collective nationale de l'audio-vidéo-informatique¹⁷⁰ qui procède à l'élaboration d'un tableau qui regroupe tous les types de fonctions ainsi que leurs définitions. En revanche d'autres textes conventionnels se fondent pour octroyer la qualité de cadre sur des critères objectifs (1.). Ils se fondent également sur des critères subjectifs (2).

1. Les critères objectifs

178. Il est parfois nécessaire pour que le salarié accède au rang de cadre de détenir un diplôme ou avoir une expérience professionnelle équivalente (a), mais pour confirmer l'accès au rang de cadre, le critère de commandement est important (b.), même si ce dernier critère semble évoluer pour s'adapter aux nouvelles formes d'organisation de travail.

a. Le critère de la formation

179. Certaines conventions et accords collectifs de travail font une place importante au diplôme, pour autant si ce critère permet l'accession à la catégorie de cadre il n'est cependant pas suffisant.

180. Ainsi, dans les conventions procédant par positions de classement successives, la position I est réservée à des salariés diplômés de l'enseignement supérieur au titre de leur formation initiale. Il s'agit d'un préalable pour accéder au statut cadre qui peut être substitué par l'expérience professionnelle. Tel est le cas de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de l'industrie de la fabrication des ciments. Ainsi, « *sont considérés comme*

¹⁶⁹ REYNAUD (J.-D.), « la régulation dans les organisations : régulation de contrôle et régulation autonome » *Revue française de Sociologie*, n°1, 1988, p.5.

¹⁷⁰ CCN de l'audio-vidéo-informatique du 29 mai 1996, IDCC 1937, (Brochure JO n°3296). Étendue par arrêté du 19 juillet 1999 (JORF 30 juillet 1999).

*cadres les collaborateurs qui soit [possèdent] une formation technique, administrative, juridique, commerciale, financière ou sociale résultant d'études sanctionnées par un diplôme [et qui occupent] dans l'entreprise un des emplois définis dans la nomenclature des emplois visés à l'annexe [...], soit possèdent une formation technique, administrative, juridique, commerciale, financière ou sociale résultant d'une expérience professionnelle et qui sont chargés effectivement dans l'entreprise d'une fonction de la position II ou III de la nomenclature des emplois visés à l'annexe classifications, appointements, de la présente convention »*¹⁷¹.

181. Concernant la nature des formations requises, certaines conventions collectives font œuvre de précision et procèdent par voie d'énumération. Il est intéressant de relever que s'agissant des ingénieurs, la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie¹⁷² se borne à citer les ingénieurs « diplômés selon les termes de la loi », la reconnaissance du titre ne posant pas de problème majeur puisque celle-ci est réglementée¹⁷³. En revanche, la question est plus délicate pour les cadres non titulaires d'un titre d'ingénieurs et spécialisés dans les domaines administratif ou commercial. C'est pour cette raison, que le texte conventionnel contient des listes de diplômes dont le niveau est par eux assimilés à celui des diplômes d'ingénieurs. Il s'agit notamment des diplômes délivrés par les organismes suivants :

- l'École des Hautes Études Commerciales (HEC) ;
- les Écoles Supérieures de Commerce et d'Administration des Entreprises (ESCAE) ;
- l'École supérieure des sciences économiques et commerciales (ESSEC) ;
- les Instituts supérieurs d'Études Politiques (IEP) ;
- les Universités françaises de toutes disciplines.

182. D'autres conventions se réfèrent de façon plus générique à des « écoles spécialisées »¹⁷⁴ ou plus simplement à l'existence d'un diplôme constatant une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière sans référence ni à son origine ni à son degré de spécialisation. Ainsi la convention collective nationale de l'habillement considère que sont ingénieur et cadre « *les collaborateurs exerçant des fonctions dans*

¹⁷¹ Art. 2 de la CCN Industrie de la fabrication des ciments (Brochure JO n°3280).

¹⁷² CCN des ingénieurs et cadre de la Métallurgie (Brochure JO n°3025).

¹⁷³ Loi du 10 juillet 1934 relative aux conditions de délivrance et à l'usage du titre d'ingénieur diplômé, (JORF du 13 juillet 1934 p.7058).

¹⁷⁴ CCN pour les industries de produits alimentaires élaborés, (Brochure JO n°3127).

lesquelles ils mettent en œuvre des connaissances résultant d'une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière constatée généralement par un diplôme ou acquise par l'expérience personnelle et reconnue équivalente »¹⁷⁵.

183. Néanmoins, la formation ainsi obtenue, si elle constitue une condition déterminante d'embauche ne signifie pas, pour autant, que l'octroi du statut de cadre, suivra automatiquement la production du diplôme. Le critère des fonctions réellement exercées est décisif et se combine avec la possession du diplôme. Dès lors, le critère du diplôme ne sera opérationnel, dans l'octroi du statut, que s'il est couplé à la fonction effective, source de compétences. Ainsi, le diplôme constitue un élément nécessaire, mais de portée limitée qui doit toujours être relayé par celui de la formation ultérieure. La formation inclut donc l'acquisition initiale du diplôme, mais surtout les connaissances acquises par la pratique professionnelle, ce qui permet aux salariés qui auront réussi à être intégrés dans l'entreprise, sans diplôme spécifique, d'accéder éventuellement en cours de carrière au statut de cadre : on passe alors du critère du diplôme, à la notion plus large de formation¹⁷⁶.

b. Le critère du commandement

184. Certaines conventions collectives ont adopté une approche classique du critère commandement mis en avant par les arrêtés Croizat-Parodi s'agissant du critère de commandement. Tel est le cas de la convention collective nationale de commerce de gros¹⁷⁷.

185. De même, que le diplôme ne suffit pas à lui seul à attribuer la fonction de cadre, le commandement à titre unique n'y parvient pas non plus ; en effet, le critère pris isolément est ainsi utilisé pour désigner la catégorie des agents de maîtrise qui exercent une autorité déléguée, sans marge d'initiative personnelle. Le critère supplémentaire distinctif des cadres. Le critère de commandement, qui vient, dans les textes conventionnels, immédiatement après celui de la formation, ne constitue pas pour autant un critère nécessaire. Ainsi, sont parfois cités par les conventions, comme représentatifs de la mise en œuvre du critère de commandement, les postes de chargés d'études ou de recherches, les responsables de contentieux... Par conséquent, le droit conventionnel a su s'affranchir de la signification originelle du terme, pour

¹⁷⁵ CCN des industries de l'habillement, (Brochure JO n°3098).

¹⁷⁶ CCN des ingénieurs et cadre de la métallurgie, op.cit.

¹⁷⁷ CCN de commerces de gros, (Brochure JO n°3044).

intégrer des fonctions n'impliquant pas l'exercice d'une autorité et se rapprochent davantage du cadre expert. D'ailleurs le terme « management » est parfois préféré marquant la mutation du critère de commandement qui renvoie à une hiérarchie verticale rigide. Tel est le cas de la convention collective nationale de cadres des travaux publics qui « *comme pour les TAM¹⁷⁸ et afin de mieux identifier et valoriser les compétences acquises, la grille des Cadres décline deux voies à partir du niveau Cadres B qui constituent avec le niveau Cadres C les niveaux « utiles » de classement :*

- *la voie où prédomine la fonction d'expertise poussée à un très haut niveau ;*
- *la voie où prédomine le management des hommes (on parle de direction par différence avec la maîtrise) »¹⁷⁹.*

186. En outre, dans l'ensemble des sources conventionnelles, au fur et à mesure de la progression sur l'échelle de carrière des cadres, on s'éloigne d'une définition, sous forme d'énumération plus ou moins exhaustive de tâches précises, pour se rapprocher de la notion de « fonction ». Ainsi, les cadres qui se situent au plus haut dans l'échelle des classifications conventionnelles se caractérisent par leur autonomie, leur liberté d'initiative et par un contrôle limité de leur travail : ils doivent uniquement rendre des comptes aux instances dirigeantes de l'organisation qui les emploie.

2. Des critères subjectifs

187. Certaines conventions ou accords collectifs de travail, axent leur définition sur les capacités, l'autonomie et les responsabilités des cadres, comme le fait la convention collective nationale de la banque¹⁸⁰ qui précise ainsi que « *l'exercice des fonctions de cadre demande une capacité à concevoir, apprécier, décider et entreprendre, des qualités relationnelles marquées, une aptitude à la créativité et à l'initiative ; ces capacités sont acquises par une expérience professionnelle affirmée et une formation appropriée. Leurs missions ont un impact financier ou stratégique important sur la marche de l'entreprise. Certains cadres occupent dans l'établissement une position hiérarchique qui leur confère une responsabilité de gestion sur un ensemble de personnels et de moyens matériels. Dans les limites des délégations dont ils sont investis, ils sont amenés à exercer tant des actions*

¹⁷⁸ Techniciens et agents de maîtrise.

¹⁷⁹ CCN des cadres des travaux publics, (Brochure JO n°3005T4).

¹⁸⁰ CNN Banque, (Brochure JO n°3161).

d'animation, de formation et de contrôle que de prévision, d'organisation et de coordination ». Cette convention collective met en avant des critères subjectifs de la notion de cadre avec la référence aux aptitudes du salarié à la créativité et à l'initiative ce qui démontre que la personnalité du salarié dans certaines entreprises joue un rôle important pour confirmer la qualification de cadre. C'est l'une des raisons qui explique la place importante du contrat de travail dans la relation cadre – employeur.

188. Les sources originaires ont donc tendance à étendre la catégorie de cadre à d'autres salariés, elles sont impuissantes à définir précisément ce qu'est un cadre par extension. Mais en dépit de la carence et de l'imprécision des arrêtés Croizat-Parodi et de la convention nationale de retraite des cadres, ainsi que de l'ambiguïté relative des conventions et accords collectifs de travail, la jurisprudence tente de donner une définition de ces cadres en adoptant une approche plus pragmatique de cette catégorie de salariés.

Section 2. L'approche pragmatique des juges

189. La jurisprudence n'a pas eu pour rôle à ce jour de donner une définition générale de la catégorie « *cadres* ». Les juges recherchent uniquement si le salarié qui réclame (ou à qui on conteste) la qualité de cadre peut ou non s'en prévaloir au vu de l'objet de la demande (application du régime des heures supplémentaires, respect de la durée maximale de travail, salaire, « *position* » conventionnelle, retraite, appartenance à tel ou tel collège électoral spécifique). Mais si au départ le juge s'attachait aux critères déterminants de la qualité de cadre en vérifiant l'importance des fonctions réellement exercées (I), aujourd'hui il fait primer le contrat de travail sur la réalité (II).

I. Les critères déterminants de la qualité de cadre : importance des fonctions réellement exercées

190. Les juges ont dégagé deux critères déterminants pour définir la catégorie des cadres. Il s'agit d'une part du haut niveau de qualification professionnelle (A.) et d'autre part de l'exercice de fonctions à responsabilité (B.). Ils ont également dégagé les critères non déterminants de la qualité de cadre (C).

A. L'exigence d'un haut niveau de qualification

191. La reconnaissance de la qualité de cadre implique, tout d'abord, que les fonctions occupées par le salarié concerné requièrent, en permanence, de sa part, un haut niveau de qualification¹⁸¹. En effet, le salarié qui revendique la qualité de cadre, doit pouvoir justifier, par la possession de diplômes ou de titres reconnus équivalents, par la participation à des actions ponctuelles de formation, ou du fait de son expérience professionnelle, de connaissances approfondies, sur le plan technique, administratif, juridique, commercial ou financier, qui correspondent au profil de son poste de travail et qui lui sont constamment nécessaires pour mener à bien les différentes missions d'expertise, d'étude et de conseil qui lui sont confiées. Sur ce point, il est à noter qu'il n'y a pas de différence entre les salariés cadres et les ingénieurs, dès lors que la qualité d'ingénieur suppose également que le salarié qui revendique cette qualité puisse justifier non seulement d'une formation de haut niveau constatée par un diplôme ou un titre équivalent, mais aussi de l'exercice, dans l'entreprise, de fonctions qui requièrent la mise en œuvre pratique de connaissances qu'il a acquises au cours de sa formation. D'ailleurs une décision de la Cour de cassation a pu affirmer que la qualification professionnelle pouvait suffire à conférer la qualité de cadre, concernant la désignation des membres du CHSCT¹⁸², un ingénieur est cadre, et ce, quels que soient le niveau de responsabilité et le degré d'autonomie¹⁸³.

192. C'est ainsi que la qualité de cadre a été reconnue à un comptable diplômé d'une école supérieure de commerce¹⁸⁴, ou à un avoué docteur en droit¹⁸⁵. Par contre, ne peut prétendre à la qualité de cadre, le gérant d'une station essence dont les fonctions se limitaient à servir la clientèle et à assurer le réapprovisionnement en carburant, ce qui ne nécessite ni

¹⁸¹ Cass.soc. 6 janvier 1966, D. 1966, JCP p. 143.

¹⁸² L'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, prévoit la fusion des institutions représentatives du personnel au profit d'un comité social et économique à compter du 1^{er} janvier 2018 ; AUZERO (G.), « Ordonnances réformant le droit du travail. L'avènement du comité social et économique », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017 ; BORENFREUD (G.), « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p.608 ; CHAMPEAUX (F.) ; « Le mécano du comité social et économique », SSL 2017, n°1782, p.2 ; PIGNARRE (G.) « Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique », RDT 2017, n°10 p.647 ; SIMONPOLI (J.-D.), « L'instance unique est l'avenir », SSL 2017 n°1766, p.6.

¹⁸³ Cass.soc. 26 septembre 2012, n°11-22.167.

¹⁸⁴ Cass.soc. 18 janvier 1967, *Bull. civ.* IV, n°49.

¹⁸⁵ CA Paris, 21 mai 1987, *Juris-Data* n°025327.

diplôme, ni compétence technique particulière¹⁸⁶. De même, selon la Cour, ne peut prétendre à la qualité de cadre, le salarié même hautement qualifié et expérimenté, qui n'effectuait que des tâches d'exécution, n'assurait l'encadrement d'aucune équipe et ne possédait aucun diplôme sanctionnant une formation¹⁸⁷.

193. La Cour de cassation démontre son pragmatisme dans l'approche de la notion de cadre, puisqu'elle a admis que, pour justifier d'une qualification de haut niveau, il n'était pas indispensable de justifier de la possession d'un diplôme d'études supérieures, d'un titre équivalent ou du simple suivi d'une formation supérieure. En effet, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, cette qualification peut avoir été acquise par l'expérience professionnelle.

194. Par exemple, la Chambre sociale a considéré que l'absence de diplôme de pharmacien n'est pas incompatible avec le statut de cadre, dès lors que l'intéressé justifie que l'exercice de ses fonctions nécessite la mise en œuvre d'une technicité qui résulte de son expérience¹⁸⁸.

195. Mais en plus d'un haut niveau de qualification, le salarié doit démontrer qu'il exerçait des fonctions à responsabilité pour bénéficier de la qualité de cadre. Ainsi, la seule circonstance de ne pas avoir de subordonnés sous ses ordres ne peut exclure la qualité de cadre.

B. La nécessité d'exercer des fonctions à responsabilité

196. Le salarié qui prétend avoir la qualité de cadre doit justifier l'exercice de fonctions à responsabilité¹⁸⁹. Concrètement, cette exigence implique qu'il dispose, par délégation de l'employeur, le pouvoir d'engager l'entreprise, à l'occasion des décisions qu'il est amené à prendre dans son domaine de compétences.

197. L'exercice de fonctions à responsabilité implique que le cadre soit autonome. En effet, la reconnaissance de la qualité de cadre suppose que le salarié concerné bénéficie d'une réelle autonomie dans la prise de ses décisions ou tout au moins dans l'organisation de

¹⁸⁶ Cass.soc. 15 janvier 1974, D. 1974, inf. rap. p. 154.

¹⁸⁷ Cass.soc. 30 mai 1958, Bull. civ. IV, n°662. – CA Orléans, 2 juin 1988, Juris-Data n°047826.

¹⁸⁸ Cass.soc. 12 avril 1995, Juris-Data n°001004.

¹⁸⁹ Cass.soc. 4 avril 1990, Bull. civ. V, n°162.

son emploi du temps¹⁹⁰. Cette autonomie de fonctions implique, par définition, que le chef d'entreprise ou son représentant ait laissé au salarié concerné une importante marge d'initiative quant à la démarche à suivre au choix des moyens à mettre en œuvre pour mener à bien les diverses missions qui lui sont confiées.

198. Mais on peut douter de l'effectivité du critère de l'autonomie, car aujourd'hui, tout salarié peut se considérer comme étant autonome. Le modèle taylorien d'organisation du travail est depuis longtemps dépassé. D'ailleurs, la Cour de cassation a, dans une décision, affirmé que le critère de l'autonomie dans l'exercice des fonctions n'était pas suffisant, il faut que le salarié qui réclame la qualité de cadre puisse disposer d'un pouvoir d'initiative et de réelles responsabilités¹⁹¹.

199. Si le critère de l'autonomie ne peut suffire, à lui seul, à définir si un salarié est cadre ou ne l'est pas, d'autres éléments ont été considérés par le juge comme insuffisants à eux seuls, à prouver la qualité de cadre.

C. Les critères non déterminants de la qualité de cadre

200. Le montant du salaire est pour le juge un critère insuffisant. Ainsi, un salaire supérieur au plafond de la Sécurité sociale, ou plus élevé que celui de certains cadres de l'entreprise ne suffit pas à conférer la qualité de cadre à un salarié. Tel est le cas du salarié qui a reçu une rémunération supérieure à celle prévue par la convention collective pour les agents de maîtrise, mais a exercé en fait ses fonctions selon les critères donnés par la convention collective en ce qui concerne un réceptionnaire d'atelier ETAM (employés, techniciens et agents de maîtrise)¹⁹²; le seul fait d'avoir été inscrit à une caisse de cadres en tant que cadre assimilé ne suffisait pas à attribuer à l'intéressé la position de cadre dans son entreprise¹⁹³.

201. Le juge considère que le bénéfice du régime obligatoire des cadres selon l'article 36 de la convention collective de prévoyance et de retraite des cadres tels que stipulé

¹⁹⁰ Cass.soc. 13 octobre 1992, *RJS* 11/1992, n°1224.

¹⁹¹ Cass.soc. 3 octobre 2007, n°06-60.297.

¹⁹² Cass.soc. 19 déc. 1979, n°78-41.447 : *Bull. civ.* V, n°1019.

¹⁹³ Cass.soc. 21 mai 1981, n°79-40.372 : *Bull. civ.* V, n°438.

dans le contrat de travail du salarié, ne lui permettait pas, de ce seul fait, de se voir reconnaître la qualité de cadre »¹⁹⁴.

202. L'octroi de certains avantages habituellement réservés aux cadres (durée du préavis, montant de l'indemnité de licenciement, affiliation à une caisse de retraite de cadres...) ne suffit pas à donner la qualité de cadre. Dès lors que le salarié n'exerce pas réellement les fonctions de cadre au sens de la convention collective, la reconnaissance de la qualité de cadre stipulée au contrat de travail au regard de l'affiliation au régime de retraite reste limitée à ce droit ; le salarié ne peut s'en prévaloir pour bénéficier des autres dispositions relatives aux cadres, notamment la qualification et le salaire afférent¹⁹⁵.

203. L'approche pragmatique des juges quant à la reconnaissance ou non de la qualité de cadre est poussée à son paroxysme et aujourd'hui plus encore qu'hier le juge ne se donne pas comme ambition de donner une définition de la catégorie de cadre par extension en considérant désormais que la réalité ne l'emporte plus sur l'écrit¹⁹⁶

II. La primauté du contrat de travail sur la réalité

204. Jusqu'à une jurisprudence récente, le statut de cadre attribué par le contrat ne suffisait pas pour se prévaloir de ce statut. Le juge ne pouvait pas se limiter à l'analyse du contrat de travail.

205. La Cour de cassation estime que rien ne s'oppose à ce que l'employeur exprime une volonté claire et non équivoque de reconnaître au salarié une qualification supérieure aux fonctions réellement exercées¹⁹⁷. En vertu du principe de faveur, on peut admettre l'octroi de la qualité de cadre en réservant peut-être à l'employeur la possibilité de prouver l'erreur... Mais il est peu probable que la Haute Juridiction souhaite faire prévaloir le contrat de travail lorsque le salarié a été sous-classé.

206. Cette jurisprudence qui fait la part belle à la volonté des parties au contrat de travail contribue à rendre moins lisible et plus instable la catégorie des cadres.

¹⁹⁴ Cass.soc. 15 mai 2012, n°11-11.572.

¹⁹⁵ Cass.soc. 27 mars 2013, n°11-27.226.

¹⁹⁶ Cass.soc. 6 juil. 2011, pourvoi n°09-43.130, note HAUTEFORT (M.), JSL 2011 n°307, p. 9.

¹⁹⁷ Cass.soc. 12 janvier 2010, n°08-42.835, note TOURNAUX (S.) ; « Le surprenant surclassement du salarié ! », Lexbase hebdo du 28 janv. 2010, n°380.

207. Sauf en cas de manœuvre dolosive du salarié, le salarié doit rester en mesure de faire rectifier un coefficient ou une position à son avantage, nonobstant les prévisions de son contrat de travail.

208. D'un point de vue théorique, il paraît tout à fait fictif d'attribuer au salarié une qualification ne correspondant pas aux fonctions réellement exercées. Les grilles conventionnelles déterminent, certes, le lien entre la qualification et la rémunération, mais elles détaillent également les diplômes, l'expérience et surtout les fonctions assumées par un salarié relevant de telle ou telle qualification.

209. Cette fiction trouve certes un habillage juridique dans l'invocation de l'article 1103 du Code civil (ancien article 1134 du Code civil) et dans la recherche d'une volonté « *claire et non équivoque de l'employeur* ». À partir du moment où l'accord du salarié et de l'employeur pour surclasser n'est pas vicié par une erreur et où cette stipulation ne porte pas atteinte à une règle d'ordre public, il ne semble, en effet, pas y avoir de raison d'entraver la liberté contractuelle et d'interdire un tel surclassement contractuel.

210. Cependant, la véritable raison du surclassement sciemment accordé au salarié tient en réalité à sa rémunération. En réalité, la stipulation contractuelle « n'a pas pour effet de forcer la qualification dans la mesure où elle ne confère pas au salarié la qualité de cadre. Elle lui rend applicable le statut de cadre »¹⁹⁸. Ainsi, lorsque les parties ont clairement manifesté leur intention d'appliquer au salarié le statut de cadre, celui-ci a vocation à bénéficier de tous les avantages conventionnels attachés à cette qualité et, notamment, du salaire correspondant, mais aussi de toutes les sujétions lorsque l'accord du salarié et de l'employeur n'est pas vicié par une erreur et que cette stipulation ne porte pas atteinte à une règle d'ordre public. En effet, dans certaines hypothèses le surclassement peut sembler être bien moins favorable au salarié, lorsque par exemple, l'employeur intègre le salarié dans des dispositifs qui ne sont pas ouverts au personnel non-cadre, nous pensons à la possibilité pour l'employeur de proposer une convention de forfait en jours. La Chambre sociale a eu l'occasion de répondre à cette interrogation.

211. Ainsi, un salarié avait obtenu par avenant à son contrat de travail portant conclusion d'une convention de forfait en jours le statut de « cadre ». Suite à son licenciement

¹⁹⁸ AUZERO (G.), « Être cadre...sans l'être ? », note sous Cass.soc. 21 novembre 2013 n°11-10.829, RDT 2013, p. 29.

pour motif économique, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes de rappel de salaire, au titre de la qualité de cadre de niveau VIII coefficient 360. Au terme du moyen unique pris en sa première branche, le salarié affirmait qu' « étant cadre au forfait jours », il devait bénéficier de la qualité de cadre de niveau VIII coefficient 360, dans la mesure où la convention collective du personnel des prestataires de services dans le domaine du secteur tertiaire stipule que les « cadres au forfait jours » disposant d'une grande autonomie dans l'organisation de leur travail, tels les promoteurs des ventes confirmés, ne peuvent être que des cadres de niveau VIII, au coefficient minimum de 360. La Cour de cassation confirme la décision des juges du second degré, en écartant cette prétention. Selon les juges de la Chambre sociale « *il résulte de l'article L.212-15-3 III du Code du travail, alors applicable, et de l'article 7 de l'accord d'entreprise portant sur la mise en place des 35 heures, que les cadres susceptibles de conclure une convention de forfait en jours doivent obligatoirement bénéficier d'une autonomie à la fois dans la fixation de leur horaire de travail et dans le mode d'organisation de leur travail* ». La Cour d'appel ayant retenu que le salarié ne disposait d'aucune autonomie dans l'exercice de ses fonctions, le moyen n'est pas fondé. En l'espèce la conclusion d'une convention individuelle de forfait ne peut entraîner la qualité de cadre autonome et le classement conventionnel correspondant. Lorsque les conditions de validité font défaut, d'une part la convention individuelle est privée d'effet d'une part et d'autre part le salarié ne peut pas revendiquer des avantages qui en découlent. Pour autant, si la conclusion d'une convention individuelle de forfait ne peut entraîner la qualité de cadre autonome et le classement correspondant, rien n'interdit selon la Chambre sociale de la Cour de cassation à un employeur d'attribuer la qualification de cadre alors même que les conditions conventionnelles pour y prétendre ne sont pas remplies¹⁹⁹. Lorsque l'attribution de la qualité de cadre amène des sujétions, il semblerait que la Cour de cassation vérifie si le salarié répond aux conditions fixées par la loi et par la convention collective. « *Tel est donc le sens de cette nouvelle décision dans laquelle l'ombre portée du forfait en jours empêche l'accès à la qualité de cadre autonome au sens conventionnel et au salaire correspondant si l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps de travail fait défaut, mais n'empêche pas l'accès au statut de cadre au sens de la convention collective applicable, même si les critères conventionnels d'identification ne sont pas réunis, dès lors que l'employeur s'est engagé contractuellement à*

¹⁹⁹ Cass.soc. 21 novembre 2013, n°11-10.829, note AUZERO (G), op.cit. ; MORAND (M.), « Il y a cadre et cadre », JCP S 2013, n°6, 1069.

donner cette qualification»²⁰⁰. Il semblerait donc que la qualification de cadre autonome soumis à une convention de forfait en jours ne se décrète pas. En revanche, la qualité de cadre peut s'acquérir contractuellement.

212. Cette jurisprudence demeure discutable, car elle opère une distorsion de la réalité et par conséquent elle ne permet pas d'avoir une visibilité plus nette de la catégorie de cadre. En effet, pourquoi opérer une surqualification du salarié, lorsque celui-ci n'assume aucune des fonctions relevant de cette qualification ? De plus, cette jurisprudence risque de percuter le principe d'égalité de traitement, car la véritable raison du surclassement du salarié tient en réalité à sa rémunération. En effet, on peut penser que les salariés assumant les mêmes tâches pourront envisager une action sur le fondement du principe d'égalité de traitement contre l'employeur qui a surclassé discrétionnairement un de ses salariés²⁰¹. On aurait également pu s'attendre à ce que la Cour de cassation transpose cette jurisprudence au surclassement professionnel en recherchant la motivation réelle de l'employeur, l'existence d'éléments objectifs justifiant le surclassement. En effet, le principe d'égalité impose à l'employeur d'assurer une égalité de rémunération entre les salariés effectuant le même travail ou un travail de valeur égale. Des différences de traitement sont cependant possibles à condition de pouvoir être justifiées par des éléments objectifs et pertinents, étrangers à toute discrimination²⁰².

213. Les juges ne contribuent pas à donner une visibilité à la notion de cadre. En revanche, ils confirment la relativité de la notion, qui suivant la disposition en jeu auront une vision plus ou moins restrictive de la catégorie « cadre », contribuant ainsi à fragiliser cette catégorie.

²⁰⁰ MORAND (M.), op.cit.

²⁰¹ Cass.soc. 30 avril 2009, n°07-40.527, M. Pierre Pinçon, FS-P+B. V. également MORVAN (P.), « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », JCP E, 2009, 1558.

²⁰² Cass.soc. 20 mai 2015, n°13-13.967, note JÉRÔME (D.), JCP S 2015 n°37, 1310 ; Cass.soc. 6 février 2013 n°11-26.604, obs. RADÉ (C.), Dr.soc. 2013, p.378 ; Cass.soc. 30 avril 2009, n°07-40.527, V. également MORVAN (P.), « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », JCP E, 2009, 1558.

Chapitre 2 : Une catégorie fragilisée

214. Au fur et à mesure des interventions législatives, nous ne pouvons que constater que la catégorie des cadres est fragilisée. Tantôt éclatée, tantôt restreinte, la catégorie des cadres est malmenée par le législateur. Les différentes lois portant sur le temps de travail en sont une parfaite illustration. En effet, dans un premier temps, les lois Aubry sur la réduction du temps de travail²⁰³ ont consacré l'éclatement de la catégorie des cadres par extension en reconnaissant les cadres intégrés et les cadres autonomes. Les premiers sont ceux qui peuvent suivre l'horaire collectif, et les seconds sont ceux qui bénéficient d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps. Cette division des cadres a été largement reprise par les partenaires sociaux. Aujourd'hui elle existe encore, alors même que le législateur, avec la loi du 20 août 2008, a sonné le glas de l'existence des cadres intégrés pour adopter une nouvelle nomenclature de la catégorie des cadres : à savoir, les cadres sous convention de forfait en heures sur l'année²⁰⁴ et les cadres sous convention de forfait en jours sur l'année²⁰⁵. Il semble encore évident que la seule distinction qui a vocation à exister est celle des cadres dirigeants et des cadres sous conventions de forfait en jours. La loi El Khomri du 8 août 2016 n'est pas revenue sur cette distinction²⁰⁶.

²⁰³ Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JO 20 janvier 2000 p. 975).

²⁰⁴ Ancien art. L.3121-42 du Code du travail « *Peuvent conclure une convention de forfait en heures sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail applicable aux conventions individuelles de forfait fixée par l'accord collectif : 1° Les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; (...)* ».

²⁰⁵ Ancien art. L.3121-43 du Code du travail « *Peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif prévu à l'article L.3121-39 : 1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés (...)* ».

²⁰⁶ Actuel art. L.3121-56 du Code du travail « *Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en heures sur l'année, dans la limite du nombre d'heures fixé en application du 3° du I de l'article L.3121-64 :*

1° Les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; (...) ».

Actuel art. L.3121-58 du code du travail « *Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année, dans la limite du nombre de jours fixé en application du 3° du I de l'article L.3121-64 : 1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés (...)* ».V. notamment VERICEL (M.), «Une nouvelle architecture des règles en matière de temps de travail », RDT 2016 n°12, p.824, MORAND (M.), « Loi Travail et temps de travail », SSL 2016 n°1742, p.13.

215. Si la distinction adoptée par le droit de la durée du travail est marquée par l'incohérence des interventions législatives (section 3), la notion de cadre est marquée par l'absence de définition générale (section 2) conséquence de la crise identitaire de la catégorie de cadre (Section 1).

Section 1. La crise d'identité des cadres

216. Désormais, les cadres n'échappent plus aux difficultés qui touchent les autres catégories de salariés : le chômage, la nécessité de faire régulièrement du reporting, l'aspect intellectuel du travail remis au second plan derrière l'exigence de réactivité, la difficulté à trouver du sens, les injonctions paradoxales, les transports en seconde classe, les bureaux partagés voire l'« *open space* », la badgeuse. La catégorie des cadres est traversée par une mutation du tissu salarial (I.), mais aussi par une mutation de la fonction d'encadrement (II.).

I. Les mutations du tissu salarial

217. La conception taylorienne de l'organisation du travail permettait d'identifier plus facilement les cadres. En effet, au début du XXe siècle, Frederick Winslow TAYLOR, le fondateur de l'organisation scientifique du travail, opérait dans l'entreprise une distinction entre les fonctions de conception et d'exécution.

218. Aujourd'hui, l'accroissement de la taille des entreprises, la sectorisation et le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication ont conduit à une diversification des fonctions exercées par les salariés et conduit ainsi à un rapprochement des salariés cadres et des salariés non-cadres.

219. Par ailleurs, les nouvelles technologies d'information et de communication (NTIC) et les pratiques organisationnelles innovantes induisent un mode de production que certains qualifient de « productivisme réactif ». Ce nouveau mode de production s'oppose quasiment point par point au mode socioproductif fordien des Trente Glorieuses caractérisé par la stabilité du statut, l'organisation verticale, le plein emploi et la croissance des salaires. Le « productivisme réactif » est marqué par le recours à la polyvalence, la polycompétence, le travail d'équipe, le juste à temps, bref la flexibilité fonctionnelle et temporelle. Il s'ensuit une tendance à la transversalité et à l'écrasement de la pyramide hiérarchique. Ainsi, les formes de la subordination salariale changent, tendant à substituer au contrôle par les procédures le contrôle par les objectifs. La « polyactivité », combinaison notamment d'activités de commandement, de gestion, de relations, d'activités techniques et l'autonomie dans le travail se diffusent vers le salariat d'« exécution ».

220. Ce modèle se répand au début des années 80 à partir des succès du « toyotisme », le modèle japonais de gestion. Les États-Unis s'approprièrent le modèle à travers les concepts de transformation de l'entreprise de la « lean production », ou production au plus juste directement issue du toyotisme : élimination des stocks, juste à temps, circulation horizontale de l'information. Le « re-engineering » ou reconfiguration qui permet la recherche de la réduction des coûts et l'externalisation. Selon Monsieur Philippe ASKENAZY, ce dernier concept « *concerne plus particulièrement l'encadrement. Les nouvelles technologies de communication permettent en effet l'émergence de nouveaux services, ainsi que la coordination et le contrôle du travail par des réseaux locaux et non par des cadres intermédiaires* »²⁰⁷. En d'autres termes, ils facilitent l'écrasement de la pyramide hiérarchique.

221. Par conséquent, nous sommes à un tournant dans l'histoire du droit du travail, on se rend compte que traiter différemment les cadres et surtout les cadres non dirigeants se justifie difficilement²⁰⁸. On a de plus en plus de mal à les distinguer des autres salariés d'où la difficulté de les définir de manière satisfaisante. En effet, à partir de la grande industrie s'est développé le rapport salarial « fordiste », impliquant une forte homogénéité des tâches, un haut niveau de subordination et une hiérarchie rigide. Aujourd'hui, la conception traditionnelle et déresponsabilisante d'un salariat caractérisé est très largement dépassée. En raison du passage progressif de la civilisation de l'usine à celle de l'intelligence, de plus en plus d'activités exigent initiatives et responsabilités. Deux critères qui étaient l'apanage des cadres. Dans de très nombreux emplois, le sens des responsabilités devient essentiel, le salarié a une obligation de résultat, il est soumis à des objectifs. Il s'insère dans une organisation du travail fondée sur l'implication. Désormais, les salariés travaillent non pas pour toucher à la fin du moins un salaire, mais ils travaillent en vue de faire prospérer l'entreprise dans laquelle ils travaillent. Par le biais de l'individualisation, on lui fait supporter le risque de l'activité. En raison du progrès technique et de la civilisation de l'information, on assiste à un bouleversement du tissu salarial.

222. Selon Monsieur Alain SUPIOT, la centralisation du pouvoir est en recul au profit d'une distribution des pouvoirs, remettant en cause toutes les formes d'organisation pyramidale du pouvoir. Le pouvoir ne se décline pas, mais s'exerce sous des formes plus complexes et plus diffuses. L'organisation pyramidale et hiérarchisée est en crise. Désormais,

²⁰⁷ ASKENAZY (P.), Les désordres du travail. Enquête sur le nouveau productivisme, éd.Seuil, coll. La République des idées, 2004, spéc. p.25.

²⁰⁸ V. infra sur l'application par le juge du principe d'égalité de traitement à propos des avantages catégoriels.

le salarié n'est plus dépourvu d'initiatives, la subordination du salarié est bien moindre²⁰⁹. Il y a donc un effacement du lien de subordination, le concept de l'autorité cède le pas à celui « d'influence », c'est-à-dire à l'action exercée sur le salarié dans le processus de la prise de décision.

223. La hiérarchie des postes a tendance à se troubler. La distinction des cadres, des techniciens et des professions intermédiaires est de moins en moins visible. En effet, il y a une tendance à l'élargissement du personnel de l'encadrement. En matière d'élections aux prud'hommes on retrouve des cadres, mais aussi des agents de maîtrise, en matière du temps de travail les conventions de forfait en jours s'appliquent aux cadres, mais aussi désormais aux non-cadres.

224. Si la situation des autres salariés a tendance à se rapprocher de celle des cadres en raison d'un développement de leur autonomie, la fonction d'encadrement évolue changeant la figure du cadre.

II. La mutation de la fonction d'encadrement

225. Selon Monsieur Paul BOUFFARTIGUE, depuis les années quatre-vingt, il est relevé une croissance très forte des effectifs au sein de la catégorie de cadres, avec une montée en puissance des fonctions techniques par rapport aux fonctions hiérarchiques. De plus, la féminisation et la montée des certifications supérieures marquent une mutation de la fonction d'encadrement. Toujours selon le même auteur, « la massification des « cadres et professions intellectuelles supérieures » s'indique dans les chiffres qui en font celle qui s'est accrue le plus rapidement depuis 20 ans, nettement plus rapidement encore que celle des « professions intermédiaires », qui les suivent à distance dans ce mouvement d'expansion très généralisé du salariat qualifié, lequel fait contraste avec la stabilité globale du salariat. Plus largement, on peut penser, avec Xavier Baron [1997]²¹⁰ que « la majorité des cadres aujourd'hui sont devenus des producteurs et non plus un relais de pouvoir dans les organisations »²¹¹.

²⁰⁹ SUPIOT (A.), Les nouveaux visages de la subordination, Dr.soc. n°2 février 2000, p. 131.

²¹⁰ BARON (X.), « Le temps de travail des cadres », Performances humaines et techniques, 1997, n°91.

²¹¹ BOUFFARTIGUE (P.), « Les transformations d'un salariat de confiance », in BOUFFARTIGUE (P.), (Dir.), Cadres : la grande rupture, éd. La découverte, coll. Recherche, 2001, spéc. p.41.

226. Ainsi, les critères traditionnels qui caractérisent les cadres tels que le commandement et l'autorité, sans être fondamentalement remis en cause dans leur principe, sont appelés à évoluer dans leur forme et leur contenu. Si ces notions constituaient la pierre angulaire d'un schéma post-taylorien, elles sont dans certains cas susceptibles d'être analysées, si elles sont transposées dans leur état antérieur, comme des obstacles à l'innovation organisationnelle plutôt que comme un accompagnement positif de celle-ci. Ainsi, ce double critère qui a constitué l'un des signes distinctifs et incontestés du cadre, parce qu'il se trouve atténué dans sa rigueur par l'évolution des structures de travail, ne correspond plus désormais à une définition simple, mais au contraire, à une pluralité des modes d'exercice de la fonction.

227. Par ailleurs, les changements intervenus dans la formation avec la massification de l'enseignement supérieur et le développement des formations universitaires professionnalisées, comme dans le travail (décloisonnement des fonctions et relativisation du clivage cadres/non-cadres) déstabilisent les fondements de la catégorie cadre. Pendant longtemps, les diplômés des grandes écoles d'ingénieurs ont servi d'étalons pour la construction et la hiérarchisation des carrières de cadre permettant la coexistence, au sein des mêmes entreprises, de strates différenciées parmi le personnel d'encadrement. En effet au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les cadres étaient clairement dissociés des ingénieurs. Ainsi, les arrêtés de mise en ordre des salaires définissaient les cadres comme « *les agents [...] exerçant par délégation de l'employeur un commandement sur des collaborateurs de toute nature* ». Alors que les ingénieurs étaient considérés comme des « *collaborateurs qui, sans exercer de fonctions de commandement, ont une formation technique, constatée généralement par un diplôme ou reconnue équivalente, qui occupent dans l'entreprise, un poste où ils mettent en œuvre les connaissances qu'ils ont acquises* »²¹². Il semble que cette distinction fonctionnelle entre ingénieurs et cadres n'a manifestement plus de justification. « Cette vision reposait sur un modèle taylorien de l'entreprise aujourd'hui remis en question. Les emplois de cadres les plus dynamiques sont fondés sur l'expertise et la plupart des cadres n'encadrent plus guère. »²¹³

228. Ainsi, le législateur reconnaît l'existence des cadres « ahierarchique »²¹⁴. En effet, s'il ne fait que sous-entendre à l'article L.2281-11 4° du Code du travail que certains cadres, ou du moins certains personnel d'encadrement, peuvent être dénués de responsabilités

²¹² Arrêté du 31 janvier 1946 (JO 2 février p.913).

²¹³ BOUFFARTIGUE (P.), Les Cadres. Fin d'une figure sociale, éd. La dispute, 2001.

²¹⁴ RIVOAL (O.), Les cadres en entreprise, op.cit., spéc. p.280.

hiérarchiques²¹⁵, il est des plus explicite à l'article L.1423-1-2 1° du Code du travail lorsqu'il indique que « relèvent de la section de l'encadrement les affaires dont le salarié parti au litige relève des catégories suivantes : (...) Les ingénieurs ainsi que les salariés qui, même s'ils n'exercent pas de commandement, ont une formation équivalente constatée ou non par un diplôme (...) ».

229. En outre, les cadres doivent faire preuve de qualités relationnelles, savoir s'adapter en permanence aux évolutions de leur environnement normal de travail. « Le cadre n'est donc plus le représentant du personnel qualifié de haut niveau ; il est devenu un salarié dont l'entreprise attend qu'il soit compétent et adaptable. Le diplôme et les connaissances acquises, la mise en œuvre des principes théoriques dans la pratique d'un métier ne suffisent plus »²¹⁶. Ainsi, « *le mode du management participatif étant passé par là, on ne s'étonnera pas de trouver un profil à l'antithèse du cadre autoritaire et sûr de son pouvoir hiérarchique* »²¹⁷. On demande donc de plus en plus des animateurs plutôt que des chefs. En réalité, d'autres terminologies sont préférées à celles de cadre, à savoir *manager*, expert et dirigeant, permettant ainsi de mieux rendre compte des nouvelles formes d'entreprises et d'organisation du travail.

230. Cette crise d'identité qui traverse la catégorie de cadre explique en partie pourquoi le droit du travail n'offre pas une définition générale de cette catégorie.

Section 2. L'absence de définition générale de la catégorie de cadre

231. « *Il semble difficile de circonscrire, en une formule simple, l'infinie variété des fonctions occupées par les cadres* »²¹⁸. Ainsi, le droit du travail traduit cette difficulté et si l'on se réfère au seul Code du travail, on ne peut que constater l'imprécision de la notion de cadre (I) : celle-ci est en effet, largement occultée par le législateur, alors que, paradoxalement, la loi est venue réformer, dans son ensemble, la réglementation relative au temps de travail des cadres (II).

²¹⁵ Art. L.2281-11, 4°, du Code du travail précise que « *Les conditions spécifiques d'exercice du droit à l'expression dont bénéficie le personnel d'encadrement ayant des responsabilités hiérarchiques, outre leur participation dans les groupes auxquels ils sont rattachés du fait de ces responsabilités* ».

²¹⁶ FALCOZ (C.), *Bonjour les managers, adieu les cadres !* Éd. d'Organisation, 2002, spéc. p. 129.

²¹⁷ FALCOZ (C.), *ibid*, spéc. p. 131.

²¹⁸ LE BAYON (A.), *op.cit.*, p. 75.

I. Imprécision de la notion de cadre

232. Le Code du travail ne donne pas de définition générale du cadre, la notion est plus ou moins restrictive suivant la disposition en cause. Ainsi, plusieurs dispositions spécifiques aux cadres coexistent. Depuis longtemps, le législateur a reconnu la spécificité de la catégorie des cadres, en prévoyant, dans le Code du travail, de nombreuses dispositions qui lui sont propres. Pourtant le législateur n'a jamais pu circonscrire la catégorie des cadres en ayant recours à une définition unique. Bien au contraire, il participe à l'imprécision de la notion en employant des termes différents.

233. En effet, nous pouvons relever que dans le Code du travail le législateur fait référence parfois, non pas au cadre, mais au personnel d'encadrement sans jamais expliquer ce qu'il entend par cette dénomination ; est-ce un synonyme de la catégorie de cadre ? Est-ce que cette catégorie permet d'englober les cadres, les cadres moyens et les cadres dirigeants ? Ou alors permet-elle d'englober les agents de maîtrise les cadres et les assimilés ? Ainsi l'article L.6322-57 du Code du travail dispose qu'« *un accord national interprofessionnel, une convention de branche, ou un accord professionnel, lorsque la profession n'entre pas dans le champ d'application d'un accord professionnel étendu, détermine, notamment en faveur du personnel d'encadrement : 1° des dispositions contractuelles plus favorables que celles mentionnées à la présente sous-section ; 2° des règles de prise en charge, au titre de la participation des employeurs au développement de la formation professionnelle continue, de tout ou partie de la rémunération des salariés en congé d'enseignement et des cotisations de sécurité sociale y afférentes* ». Ce texte fait référence au personnel d'encadrement sans autre indication. Il semble bien que le personnel d'encadrement désigne une catégorie beaucoup plus large que celle des cadres *stricto sensu*. La notion d'encadrement comprend les agents de maîtrise et contremaître qui exercent effectivement des fonctions d'encadrement de salariés subalternes.

234. Ainsi, en matière de droit d'expression par exemple, l'article L.2281-11 du Code du travail dispose que « *l'accord sur le droit d'expression comporte des stipulations portant sur : (...), les conditions spécifiques d'exercice du droit à l'expression dont bénéficie le personnel d'encadrement ayant des responsabilités hiérarchiques, outre leur participation dans les groupes auxquels ils sont rattachés du fait de ces responsabilités* ». Il s'agira donc des cadres de l'entreprise ayant des responsabilités, mais pour autant nous ne sommes pas plus avancés, car *a priori* le seul critère qui compte dans le dispositif du droit d'expression c'est

avoir des responsabilités hiérarchiques. On peut donc y inclure les cadres dirigeants, mais aussi les assimilés cadres et les agents de maîtrise qui disposent de responsabilités accompagnées d'un pouvoir de commandement.

235. En matière de notification du licenciement pour motif économique, le délai d'envoi de la lettre de licenciement est de 15 jours pour le personnel d'encadrement mentionné au 2° de l'article L.1441-13 du Code du travail à savoir «les cadres ne détenant pas la délégation particulière d'autorité mentionnée au 3° de l'article L.1441-12 »²¹⁹. Il s'agira donc des cadres ne détenant pas de délégation particulière d'autorité, établie par écrit, permettant de les assimiler à l'employeur. Aucune indication n'est donnée pour définir la catégorie de cadre, au contraire, ces renvois en cascade perdent le lecteur.

236. Cette imprécision du législateur ressort, également, à la lecture des dispositions du Code du travail qui, en matière d'élection des représentants du personnel, ne visent pas expressément les cadres, mais le collège des « *ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés* »²²⁰. L'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 qui prévoit la mise en place du comité social et économique conserve, s'agissant de la composition du collège électoral en matière d'élection des représentants du personnel, la référence aux ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés²²¹.

237. Ainsi, à la lecture de ces textes nous ne pouvons que rester perplexes, pourquoi le législateur n'utilise-t-il pas le terme «cadre» en ajoutant le critère des responsabilités suivant les dispositions en jeu ? Certes, cela ne résoudrait pas le problème de l'absence de définition des cadres, mais permettrait une uniformisation des termes utilisés ce qui aurait pour avantage de faciliter le travail de définition. Nous constatons que la notion de cadre est à géométrie variable ce qui dans une certaine mesure permet une souplesse dans

²¹⁹ Art. L.1233-15, al.3, du Code du travail.

²²⁰ Art. L.2314-8, al.1^{er}, du Code du travail.

²²¹ Art. L.2314-11, al 1^{er}, du Code du travail reprend dans sa version applicable au 1^{er} janvier 2018, en vertu de l'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 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017) l'alinéa 1^{er} de l'article L.2314-8 du Code du travail. V. notamment AUZERO (G.), « Ordonnances réformant le droit du travail : mise en place et suppression du CSE », Lexbase hebdo éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017.

l'appréciation de cette catégorie. Partant, pour ne pas s'enfermer dans un modèle trop rigide, le législateur ne fait que consacrer cette hétérogénéité.

238. Pourtant une occasion s'est présentée de définir la catégorie des cadres, mais le législateur a ajouté à la complexité et à l'incohérence en matière de définition des cadres. Par ailleurs, les réformes en cascades destinées à simplifier le droit du travail et à sécuriser l'emploi, ne se sont pas attachées à refonder la notion de cadre²²².

II. Des critères d'identification des cadres insuffisants

239. Comme nous l'avons vu précédemment²²³, le législateur ne donne pas de définition générale du cadre. On retrouve cependant dans les textes, des critères de définition, mais ces critères se révèlent être très insuffisants et contribuent à l'imprécision de la notion.

240. Ainsi, l'article L.1441-13 du Code du travail dispose que font partie du collège salarié pour la désignation des conseillers prud'hommes « *les cadres ne détenant pas la délégation particulière d'autorité mentionnée au 3° de l'article L.1441-12* ». La réforme de la juridiction prud'homale a maintenu la distinction entre les cadres ayant une délégation de pouvoir et ceux qui n'en détiennent pas pour déterminer leur appartenance au collège salarié ou employeur. Pourtant, on aurait pu penser, au regard de l'étymologie du mot cadre, que l'autorité est un critère essentiel de la qualité de cadre²²⁴.

241. Pour déterminer le cadre qui relève du collège employeur ou du collège salarié, il appartiendra au juge d'évaluer dans chaque cas, l'intensité du pouvoir utile pour remplir la mission confiée. La nature de l'autorité en cause dépendra donc des missions confiées au

²²² Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, (JORF n°0138 du 16 juin 2013 p. 9958), Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, (JORF n°0189 du 18 août 2015 p. 14346), Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

²²³ V. supra Section 2 : Absence de définition générale de la catégorie de cadre.

²²⁴ Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, pris pour l'application des articles 258, 259 et 267 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques adopte les mesures nécessaires à la modernisation de la procédure devant les conseils de prud'hommes et à la rationalisation du traitement de certains contentieux du travail relevant de la compétence judiciaire, LAHALLE (T.) « La désignation des conseillers prud'hommes », JCP S 2016 n°42, 380 ; HENRIOT (P.), « Ne rien changer (ou presque) pour que tout change. Que reste-t-il de la prud'homie ? », RDT 2017, n°2, p.143 ; du même auteur « Ne rien changer (ou presque) pour que tout change. Que reste-t-il de la prud'homie ? (Suite) », RDT 2017, n°3, p.214 ; BECKERS (M.), « La Réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité », RDT n°4, 2017, p.4.

délégataire. L'essentiel est que le délégataire n'ait pas seulement été « *chargé d'exécuter un travail sur le plan technique* »²²⁵. Est ainsi dépourvue d'efficacité, la délégation consentie à un contremaître « *investi en réalité des pouvoirs conférés normalement à un contremaître, et non à un chef de chantier responsable qualifié pour exercer une direction et une autorité lui permettant de veiller à l'application des lois sur la protection du travail* »²²⁶.

242. Pour autant, le législateur précise qu'un salarié sans délégation d'autorité peut être cadre. On aurait pu penser que détenir une partie du pouvoir de l'employeur était un critère important pour qualifier un salarié de cadre.

243. Toujours s'agissant de la désignation des conseillers prud'hommes, l'article L.1441-14 du Code du travail détermine les candidats dans la section encadrement par renvoi à l'article L.1423-1-2 du même code. Il s'agit « *1° [des] ingénieurs ainsi que les salariés qui, même s'ils n'exercent pas de commandement, ont une formation équivalente constatée ou non par un diplôme ; 2° [des] salariés qui, ayant acquis une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière, exercent un commandement par délégation de l'employeur ; 3° [des] agents de maîtrise qui ont une délégation écrite de commandement ; 4° [des] voyageurs, représentants ou placiers* ». La compétence de la section encadrement étant dépendante de l'électorat relèvent de cette section « *les trois catégories de cadre qui y sont inscrites, les cadres par formation ou par titre ; les cadres par fonctions (ceux qui exercent un commandement) ; les cadres par assimilation légale (les VRP)* »²²⁷ et depuis la loi du 6 mai 1982, relèvent également de la section de l'encadrement, les agents de maîtrise ayant une délégation écrite de commandement. Pour ces derniers la Cour de cassation exige que cette délégation soit obligatoirement écrite, le seul fait d'exercer un commandement n'étant pas suffisant. Elle ne reconnaît pas l'existence d'une délégation implicite²²⁸. Ainsi, une note de service ne peut constituer une délégation écrite exigée par la loi, dès lors qu'elle constitue une simple explication de la part de la direction sans référence à une définition précise et détaillée du poste²²⁹.

244. Ainsi, il apparaît que lors de la création de la section de l'encadrement, l'objectif était, non pas d'organiser autrement la représentation des cadres, mais d'en élargir la

²²⁵ Cass.crim. 21 févr. 1968, n°92-38.167, *Bull. crim.*, n°57.

²²⁶ Cass.crim. 4 juin 1957, n°31-01.52, *Bull. crim.*, n°486.

²²⁷ AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 30^e éd., 2016, n°112.

²²⁸ Cass.soc. 3 décembre 1982 n°82-60.594.

²²⁹ Cass.soc. 30 novembre 1982 n°82-60573.

définition en incluant tout « le personnel de l'encadrement » dans le champ de compétence de la section de l'encadrement. En réalité, lors de l'élaboration de la loi du 18 janvier 1979 qui a créé la section de l'encadrement, le législateur s'est contenté de reprendre les arrêtés Croizat-Parodi de 1945 et 1946 qui, comme nous l'avons vu précédemment²³⁰, ne permettent pas de circonscrire la catégorie de cadre. La réforme de la juridiction prud'homale n'est pas revenue sur cette approche de la notion de cadre²³¹.

245. Il apparaît que le législateur n'a pas réussi à définir de manière précise la catégorie de cadre. La Cour de cassation a donc dû prendre comme critère d'appartenance à l'encadrement la qualification de cadre en vertu de la convention collective applicable dans l'entreprise²³². La Cour de cassation va même plus loin en décidant que même si des salariés exercent des fonctions techniques importantes avec initiative et responsabilité, ils ne pourront relever de la section de l'encadrement s'ils ne sont pas visés comme cadre par la convention collective²³³. Cette position a fait l'objet de critiques²³⁴, car elle apparaissait en contradiction avec la volonté du législateur au moment de l'élaboration de la loi du 18 janvier 1979²³⁵. En effet lorsque le Sénat fut saisi par le Rapporteur de la Commission des affaires sociales tendant à définir les ingénieurs, cadres et assimilés par référence aux conventions collectives, lorsqu'il en existe, le ministre s'y était opposé en indiquant que ce serait « *s'engager dans le brouillard le plus complet* »²³⁶.

246. Cette distinction ne permet pas d'avoir une visibilité plus claire de la catégorie des cadres, le seul intérêt de ces textes est de consacrer l'éclatement de la catégorie de cadre.

247. Le critère de l'autonomie s'avère être un critère également insuffisant pour définir la catégorie de cadre. En effet, le législateur se contente, tout comme pour la délégation d'autorité, de faire référence à l'autonomie pour distinguer les cadres entre eux, il y aurait donc

²³⁰ Voir supra A. des critères dépassés de la section 1 : une approche inadaptée des sources.

²³¹ Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, pris pour l'application des articles 258, 259 et 267 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques adopte les mesures nécessaires à la modernisation de la procédure devant les conseils de prud'hommes et à la rationalisation du traitement de certains contentieux du travail relevant de la compétence judiciaire, op.cit. note 306.

²³² Cass.soc. 14 nov. 1979, Cahiers Prud'hommaux, n°2 de 1980, Jurisprudence, p. 10 ; Cass.soc. 28 nov. 1979, Cahiers Prud'hommaux, n°2 de 1980, Jurisprudence, p.11 ; Cass.ass.plénière, 20 juin 1980, JCP G, 1980, IV, 332.

²³³ Cass.ass. plén. 20 juin 1980, JCP G, 1980, IV, 332 ; Cahiers Prud'hommaux, n°7 de 1980, Jurisprudence, p. 59.

²³⁴ PACTET (C.), « La loi du 18 janvier 1979 et les ressortissants de la section de l'encadrement », Dr.soc. n°spéc. mai 1980, p. 16 ; ROUX-COCHERIL (R.), « À propos de deux questions que pose la réforme des conseils de Prud'hommes », Dr.soc., n°spéc., mai 1980, p. 32.

²³⁵ Loi n°79-44 du 18 janvier 1979 portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du Code du travail relatives aux conseils de prud'hommes, (JORF du 19 janvier 1979 p.163).

²³⁶ JO Débats, Sénat, 12 décembre 1978, p. 4605.

des cadres disposant d'une autonomie et d'autres cadres ne disposant pas d'autonomie. On aurait pu penser que l'autonomie était l'apanage des cadres²³⁷.

248. En plus de l'imprécision dont fait preuve le législateur pour circonscrire la catégorie de cadre, le législateur intervient de manière incohérente.

Section 3. L'incohérence des interventions législatives

249. L'exemple de la législation sur le temps de travail offre une parfaite illustration de l'incohérence des interventions législatives pour définir, ou tout au moins circonscrire, la catégorie des cadres par extension. On aurait pu espérer, avec les lois sur les 35 heures, que le législateur se saisisse de cette occasion pour définir la catégorie des cadres.

250. Bien au contraire, il a contribué à rendre cette catégorie encore plus instable (II) en multipliant les interventions législatives (I). La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, relative à la réduction du temps de travail²³⁸ a consacré l'éclatement de la catégorie des cadres par extension en introduisant une distinction entre deux types de cadres par extension : les cadres intégrés et les cadres autonomes. Depuis, cette structure formelle a été modifiée à différentes reprises. Le législateur a en effet reconsidéré l'approche de chacune de ces catégories de salariés en refondant cette distinction. Concrètement, la loi du 20 août 2008 a supprimé la distinction originelle pour lui en substituer une nouvelle, à savoir les cadres soumis à une convention de forfait en heures sur l'année et les cadres soumis à une convention de forfait en jours sur l'année. Le législateur, en voulant rapprocher le cadre législatif de certaines réalités économiques, a omis l'essentiel, définir plus précisément ces deux types de cadres.

I. La multiplication des interventions législatives

251. Depuis la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, le législateur n'a eu de cesse d'assouplir et de simplifier les conditions dans lesquelles la réduction du temps de travail est

²³⁷ V. infra B. la définition ambiguë des cadres de la section 3 : l'incohérence des interventions législatives.

²³⁸ Loi n°2000-37 relative à la réduction négociée du temps de travail du 19 janvier 2000 (JORF 20 janvier 2000 p. 975).

appliquée aux cadres, notamment pour l'étendre aux autres salariés²³⁹. La loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, la loi du 2008-789 du 20 août 2008 et pour finir la loi du 8 août 2016 n° 2016-1088 ont profondément modifié la nomenclature des cadres en matière de temps de travail.

252. Si la relecture des textes n'apporte pas les précisions attendues sur la notion de cadre, elle a un mérite certain, celui de mettre en relief l'instabilité de la notion et la dangerosité de l'absence de définition des cadres. Il apparaît nécessaire de revenir sur la distinction originaire pour bien comprendre les glissements opérés et qui ont été rendus possibles en raison notamment de l'utilisation de critères de définition non pertinents. Ainsi nous envisagerons dans un premier temps l'étude des cadres intégrés qui constituent désormais une catégorie en voie de disparition (A), pour étudier dans un deuxième temps la définition ambiguë des cadres autonomes (B).

A. Les cadres intégrés, une catégorie en voie de disparition

253. La qualité de cadres intégrés, créée par la loi du 19 janvier 2000²⁴⁰, était reconnue à la catégorie des cadres « *occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés et pour lesquels la durée de leurs temps de travail peut être prédéterminée* »²⁴¹.

254. Ces cadres relevant de l'ancien article L.212-15-2 du Code du travail étaient appréhendés comme faisant partie de la collectivité des salariés dans l'entreprise. En conséquence, ils devaient en toute logique suivre le rythme de travail de la structure à laquelle ils étaient associés. Selon Mme Aubry, alors ministre de l'Emploi et de la Solidarité, « *les cadres relevant de l'article L.212-15-2 du Code du travail [s'entendaient de] ceux qui suivent l'horaire collectif, mais aussi [de] ceux dont le rythme de travail épouse celui de l'horaire collectif [étaient] amenés à effectuer des heures supplémentaires en nombre limité pour permettre le passage de consignes, la rédaction de rapports d'activités ou encore la*

²³⁹ Loi n°2005-882 en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 (JORF 3 août 2005 p. 12639) ; MARTINON (A.) « Le forfait-jours : du cadre au non-cadre », *JCP S.* 2005 n°14, p. 11-18.

²⁴⁰ Loi n°2000-37 relative à la réduction négociée du temps de travail du 19 janvier 2000 (JORF 20 janvier 2000 p. 975).

²⁴¹ Article L.212-15-2 du Code du travail ancien.

préparation du travail du ou des jours suivants»²⁴². Mais si la qualité de cadres intégrés devait être reconnue aux cadres occupés selon l'horaire collectif, encore fallait-il, selon l'ancien article L.212-15-2 du Code du travail, que la durée du temps de travail puisse être prédéterminée.

255. Les cadres intégrés avaient manifestement « *des comptes à rendre sur leur emploi du temps à leurs supérieurs hiérarchiques* »²⁴³. En effet, l'employeur était en mesure de connaître à l'avance leur durée du temps de travail et il était possible de déterminer à l'avance le temps de travail de ces cadres.

256. Dans sa version initiale, la définition issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail²⁴⁴, apparaissait comme clair, car elle se fondait sur deux critères : les cadres occupés selon l'horaire collectif et les cadres pour lesquels la durée du temps de travail peut être prédéterminée. Pourtant, le législateur a modifié la définition des cadres intégrés par la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi²⁴⁵ en l'élargissant.

257. Désormais, est ainsi supprimée toute référence au critère de la prédétermination du temps de travail (2). Mais si la stricte conformité de leurs horaires à ceux des salariés qu'ils encadrent n'est plus un élément de reconnaissance, il faut alors se tourner, selon le législateur, vers la nature des fonctions (1). On peut dire que cette évolution n'est pas d'une grande clarté, car elle pose plus de difficultés qu'elle n'en résout.

1. Le critère de la nature des fonctions

258. Aux termes de l'ancien article L.212-15-2 du Code du travail, sont qualifiés de cadres intégrés, les salariés « *dont la nature des fonctions les conduit à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés* »²⁴⁶.

²⁴² Cir. min. 3 mars 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail – Fiche n°11-BOMT n°2000/6 bis.

²⁴³ GORCE (G.), Rapport sur le projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail, fait au nom de la commission des affaires culturelles familiales et sociale, Rapport AN n°1826, p.164.

²⁴⁴ Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 (JO 20 janvier 2000 p. 975).

²⁴⁵ Loi n°2003-47 du 17 janvier 2003, relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (JO 18 janvier 2003 p. 1080).

²⁴⁶ RAY (J.-E.), « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2, vers la loi Aubry », Dr.soc. 2001, n°3, p. 244.

259. C'est le critère de la nature des fonctions, qui les amènent à suivre l'horaire collectif, qui devient l'élément clef de la définition des cadres intégrés.

260. Pour Monsieur FILLON, alors ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, « *le critère de l'horaire collectif seul ne suffit pas à caractériser la situation de ces salariés qui, dans les faits, compte tenu des fonctions qui peuvent leur être confiées, sont parfois amenés à effectuer des heures supplémentaires en nombre limité pour permettre la transmission de consignes ou préparer le travail des jours suivants. [...] La durée de travail de ces cadres [peut] ne pas être totalement prédéterminée et ne pas épouser parfaitement les contours de l'horaire collectif, sans que ce dernier perde pour autant son rôle structurant dans le rythme de travail de ces cadres* »²⁴⁷. En réalité, cette nouvelle définition des cadres intégrés ne fait que reprendre l'approche développée par la circulaire relative à la réduction négociée du temps de travail. Ainsi elle précisait que « *les cadres relevant de l'article L.212-15-2 du Code du travail sont [...] ceux qui suivent l'horaire collectif, mais aussi ceux dont le rythme de travail épouse celui de l'horaire collectif, sans s'identifier exactement ou en permanence à celui-ci, c'est-à-dire les cadres qui, au-delà de l'horaire collectif sont amenés à effectuer des heures supplémentaires en nombre limité pour permettre le passage de consignes, la rédaction de rapports d'activités ou encore la préparation du travail du ou des jours suivants* »²⁴⁸. On a donc du mal à comprendre l'apport de la loi du 17 janvier 2003, le but étant manifestement d'élargir la catégorie des cadres intégrés.

2. L'effacement du critère « temps »

261. On comprend que depuis la loi du 17 janvier 2003, il n'est plus question que la durée du temps de travail puisse être prédéterminée²⁴⁹.

262. En effet, le législateur estime que ces salariés ne peuvent être occupés selon l'horaire collectif, mais qu'ils sont amenés à le suivre. Cette approche a au moins pour mérite de régler une difficulté, celle du caractère cumulatif ou alternatif des conditions fixées par la loi

²⁴⁷ Projet de loi n°190 relatif aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 septembre 2002.

²⁴⁸ Circ. min. 3 mars 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail – Fiche n°11 – BOMT n°2000/6 bis.

²⁴⁹ FAVENNEC-HÉRY (F.), Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? éd. Liaisons, 2003.

du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail. Aux termes de l'ancien article L.212-15-2 du Code du travail, avaient en effet la qualité de cadres intégrés, les cadres « occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de [leur] atelier [de leur] service ou de [leur] équipe et pour lesquels la durée de leur temps de travail pouvait être prédéterminée ». Le caractère cumulatif des deux critères semblait alors tout indiqué, la conjonction de coordination « et » ne laissant guère de place à l'interprétation. D'ailleurs, le rapport de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail précisait à l'époque que « d'après la rédaction retenue, il [s'agissait] de conditions cumulatives »²⁵⁰. Mais, parallèlement, Madame le ministre de l'Emploi et de la Solidarité précisait devant l'Assemblée nationale que « 58% des cadres entrent [...] dans cette catégorie [de cadres] qui, intégrée à une équipe, va devoir appliquer [...] les 35 heures »²⁵¹ ce qui avait pour conséquence de trancher en faveur d'une application alternative des critères, celle-ci permettant d'élargir la famille des cadres intégrés non seulement aux cadres occupés selon l'horaire collectif sans que l'on puisse toutefois connaître à l'avance la durée de leur temps de travail du fait de dépassement d'horaires, aléatoires, imprévisibles et indéterminés, mais aussi à ceux qui, tout en bénéficiant d'un horaire individualisé, pouvaient voir la durée de leur temps de travail prédéterminée.

263. Le législateur avec la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 a manqué l'occasion de définir précisément les frontières de la catégorie des cadres intégrés. De plus s'agissant, des cadres autonomes, comme par le passé, il n'a procédé que « par défaut » quant à l'approche de cette catégorie.

B. La définition ambiguë des cadres autonomes

264. À l'origine, relevaient de la catégorie des cadres autonomes, « les salariés ayant la qualité de cadre au sens des conventions collectives de branche ou du premier alinéa de l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et qui ne relèvent pas des dispositions des articles L.212-15-1 et L.212-15-2 du Code du travail »²⁵². Il était difficile d'appréhender la catégorie des cadres autonomes, car elle résultait

²⁵⁰ GORCE (G.) Rapport AN n°1826, p. 164.

²⁵¹ JO Déb. AN 14 octobre 1999 p.7359.

²⁵² Article L.212-15-3 du Code du travail ancien.

d'une définition négative (1), on les dénommait les « ni-ni » c'est-à-dire ni cadre dirigeant, ni cadre autonome. De plus, la catégorie des cadres autonomes semblait devoir être définie par les partenaires sociaux (2), car aux termes de l'article L.212-15-3 du Code du travail « *la durée de travail [des cadres autonomes] peut être fixée par des conventions individuelles de forfait [...] la conclusion de ces conventions doit être prévue par une convention ou un accord collectif étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement qui détermine les catégories de cadres susceptibles [d'en] bénéficier* ».

1. L'absence de critères positifs

265. A priori, la définition des cadres autonomes ne soulève aucune difficulté, puisqu'il s'agit de cadres qui ne sont ni intégrés ni dirigeants. Mais en réalité, la frontière tracée par le législateur, notamment entre la catégorie des cadres intégrés et celle des cadres autonomes, n'est pas aussi précise qu'on pourrait le penser.

266. Au regard des articles L.212-15-2 et L.212-15-3 du Code du travail, la nature de leurs fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif de travail applicable au sein d'un atelier, d'un service ou d'une équipe. Par principe, les cadres autonomes sont « *les figures inverses* » des cadres intégrés. Ces derniers étant conduits à suivre l'horaire collectif, alors que les cadres autonomes semblent être ceux dont le temps de travail peut être individualisé. Mais suivre l'horaire collectif n'interdit pas d'effectuer parfois des heures supplémentaires en nombre limité pour permettre la transmission de consignes ou la préparation de travail des jours suivants. Les cadres autonomes ne peuvent être définis comme étant de ceux qui bénéficient d'horaires individualisés de travail. En effet, l'individualisation des horaires est une technique d'aménagement du temps de travail. Elle permet à l'employeur de « *fixer une période quotidienne de présence obligatoire, encadré des « plages » à l'intérieur desquelles chaque salarié choisit librement son heure de début et de fin de travail, selon ses convenances ses impératifs familiaux ou sociaux* »²⁵³. Cela ne suffit pas à faire d'un salarié un cadre et, a fortiori, un cadre autonome. Celui qui bénéficie d'horaires individualisés peut très bien suivre l'horaire collectif de travail, sans pour autant perdre son rôle structurant dans le rythme de travail. Certes, bénéficier d'un horaire individualisé est un préalable, mais n'est pas un

²⁵³ AUZERO (G.) PELISSIER (J.), *Droit du travail*, Dalloz, Coll. Précis, 30 éd., 2016, n°846 p. 888.

expédient. De fait, la nature des fonctions exercées par les cadres autonomes semble leur interdire de suivre un horaire.

267. Il n'y a donc aucun critère « positif » pour définir la catégorie des cadres autonomes. Le législateur a précisé, il est vrai, les éléments de qualification des cadres relevant de l'article L.212-15-3 III du Code du travail, mais il ne s'agit là que d'une sous-catégorie de salariés pouvant bénéficier de conventions de forfait en jours.

268. La circulaire DRT n° 2003-06 du 14 avril 2003 relative au temps de travail et au SMIC, précise en effet que « *la définition des cadres autonomes, définie à l'article L.212-15-3-III du Code du travail, est élargie dans la mesure où les trois critères cumulatifs préexistants - durée du temps de travail non déterminée du fait de la nature des fonctions, responsabilités exercées, degré d'autonomie pour l'organisation de l'emploi du temps - sont remplacés par le seul critère relatif à l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps dont doivent bénéficier les cadres concernés* »²⁵⁴. Mais, elle ajoute parallèlement que « *ce changement de définition ne vaut que pour les cadres susceptibles de conclure des conventions de forfait en jours, les autres cadres relevant de l'article L.212-15-3 sont toujours ceux qui ne sont ni dirigeants ni intégrés* » ce qui est loin de simplifier l'approche de cette catégorie, puisqu'on a l'impression qu'il y a deux définitions du cadre autonome qui diffèrent suivant la convention de forfait qui lui est applicable. Or, le but du législateur était simplement d'élargir la définition des cadres autonomes bénéficiant d'une convention de forfait en jours. En quelque sorte, il s'est donc aligné sur la définition a contrario des cadres intégrés puisque les cadres autonomes sont ceux dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif de travail applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe dans lequel il n'est pas intégré. En résumé, les autres cadres, qui ne sont pas soumis à une convention de forfait en jours, sont les cadres qui bénéficient d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps. On se rend donc compte qu'en réalité la loi FILLON du 17 janvier 2003 a simplifié la catégorie des cadres autonomes en modifiant la définition de l'article L.212-15-3-III du Code du travail.

269. L'absence de critères positifs pose une autre difficulté. En effet, il est du pouvoir de l'employeur de décider si tel ou tel salarié relève ou non de l'horaire collectif. Il lui revient de fixer l'étendue de la mission de ses salariés et par conséquent de décider de la nature de

²⁵⁴ Circ. DRT n° 2003-06 du 14 avril 2003 – fiche technique n°6 – *Liaisons sociales* n°8384, vendredi 25 avril 2003, p. 7.

leurs fonctions. La question que l'on peut se poser est la suivante : l'employeur peut-il reconnaître un autre statut à des cadres dont la nature des fonctions peut les conduire à suivre l'horaire collectif ?

270. Le législateur a particulièrement insisté sur « *le critère de la nature des fonctions exercées, duquel découle logiquement la structure du temps de travail des catégories de cadres concernés et leur rapport à l'horaire collectif de travail* »²⁵⁵. De plus, à en croire la circulaire DRT n° 2003-05 du 13 mars 2003 concernant l'application de la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, « *la définition des cadres intégrés à l'horaire collectif [a été] revue afin de la fonder elle aussi sur la nature des fonctions. Dès lors que celle-ci les conduit à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auxquels ils sont intégrés, ces cadres relèvent de l'article L.212-15-2 et, partant, du droit commun de la durée du travail applicable aux autres salariés* »²⁵⁶. L'employeur ne peut donc pas exclure un cadre des dispositions de l'article L.212-15-2 du Code du travail si la nature des fonctions peut le conduire à suivre l'horaire collectif applicable. Considérer le cas contraire serait nier l'existence même de la distinction légale.

271. La loi n'ayant pas défini de critères positifs permettant de distinguer les cadres intégrés des cadres autonomes, les partenaires sociaux ont dû déterminer les catégories de cadres susceptibles de bénéficier des dispositions de l'article L.212-15-3 du Code du travail. La loi du 17 janvier 2003 laisse une plus grande place aux conventions ou accords collectifs de branche étendus ou d'entreprise.

2. L'extension du pouvoir de qualification des partenaires sociaux

272. Aux termes de l'article L.212-15-3 du Code du travail, « *la durée de travail [des cadres autonomes] peut être fixée par des conventions individuelles de forfait [...]. La conclusion de ces conventions [...] doit être prévue par une convention ou un accord collectif étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement qui détermine les catégories de cadres susceptibles [d'en] bénéficier* ». La catégorie de cadres autonomes semble

²⁵⁵ Projet de loi n°190 relatif aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (BOMT 2003/7 du 20 avril 2003).

²⁵⁶ Circ. DRT n°2003-05 du 13 mars 2003 concernant l'application de la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (BOMT 2003/7 du 20 avril 2003).

ainsi devoir être définie par les partenaires sociaux. Mais on peut remarquer un élargissement du pouvoir de qualification des partenaires sociaux, car, si au départ ces derniers étaient tenus d'opérer selon le « champ légal », aujourd'hui leur pouvoir semble sans limite.

273. En effet, la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, avait confié aux partenaires sociaux le soin de déterminer les catégories de cadres susceptibles de bénéficier des dispositions de l'article L.212-15-3 du Code du travail. Pour autant, les partenaires sociaux ne pouvaient à l'époque opérer en dehors du champ légal.

274. L'inspection du travail ainsi que les tribunaux, ont adopté cette conception visant à encadrer le pouvoir des partenaires sociaux. Dans une affaire opposant le Syndicat SCRAO – C.F.D.T. Chimie Énergie de Rhône-Alpes à la société AVENTIS Pasteur, la Cour d'appel de Lyon précisait ainsi que « *l'indétermination de la durée du temps de travail [prévue par la loi pour caractériser les cadres autonomes] doit résulter d'une impossibilité objective, et non pas d'une décision des partenaires sociaux ou des parties au contrat de travail, de reconnaître au salarié, dans l'organisation de son emploi du temps, une liberté qui ne découlerait pas nécessairement de la nature de ses fonctions et de son niveau de responsabilité* »²⁵⁷.

275. Les partenaires sociaux devaient examiner, « *service par service ou à partir de la classification conventionnelle, si les cadres de l'entreprise [étaient] ou non occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auxquels ils [étaient] intégrés et si la durée de leur temps de travail [pouvait] être prédéterminée* »²⁵⁸. Une approche trop large de la catégorie des cadres autonomes conduisait indubitablement à la sanction²⁵⁹.

276. Avec la loi du 17 janvier 2003, les partenaires sociaux sont plus libres d'opérer la ventilation qu'ils souhaitent entre les cadres autonomes et les cadres intégrés. Rappelons tout de même qu'au départ, la catégorie des cadres autonomes devait être résiduelle.

²⁵⁷ CA Lyon, 1^{ère} Ch., 2 mai 2002, Syndicat SCRAO – C.F.D.T. Chimie Energie de Rhône-Alpes c/ SA Aventis Pasteur, Liaisons soc. 15 mai 2002, n°13645 p. 1 ; RJS 7/02, n°821.

²⁵⁸ TGI Paris 3 juillet 2001, Syndicat national livre édition C.F.D.T. c/ SA Hachette livre, RJS 11/01, n°1295.

²⁵⁹ TGI Nanterre 12 octobre 2001, Fédération générale des Mines et de la métallurgie C.F.D.T., Syndicat des travailleurs dans la métallurgie de Seine-et-Marne c/ Sté OTIS, RJS 4/02 n°445 ; CA Versailles 13 février 2002, Sté OTIS c/ Fédération C.F.D.T. des mines et de la Métallurgie, RJS 5/02, n°574 et 576.

277. Le ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité avait clairement annoncé, lors de son discours devant la Commission nationale de la négociation collective le 6 septembre 2002 : «*La méthode c'est celle de la concertation, celle-ci ouvrant droit à la responsabilité des acteurs sociaux et au pragmatisme, car les situations de terrain sont variées. Nous voulons, de façon générale, rendre toute sa place à la négociation collective*»²⁶⁰.

278. L'élaboration de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi²⁶¹, a été l'occasion de rappeler cet attachement à la négociation collective. Pour le législateur, l'État n'est là que pour définir les principes fondamentaux du droit du travail et intervenir d'une façon supplétive en cas d'absence, de carence ou de défaillance de la norme conventionnelle et donc c'est pour cette raison que la loi du 17 janvier 2003 ouvre un champ plus large à la négociation.

279. Désormais, le pouvoir d'expertise des partenaires sociaux est substantiel. Concrètement, c'est à eux qu'il revient d'opérer la «*ventilation*» des cadres intégrés et des cadres autonomes en précisant qui sont les cadres dont la nature des fonctions les conduit à suivre l'horaire collectif et qui sont ceux qui, du fait de leurs fonctions et de leur degré d'autonomie bénéficient d'horaires flexibles. Si le législateur laisse une place plus grande aux conventions et accords collectifs de branche étendus ou d'entreprise pour définir les cadres qui sont susceptibles de conclure des conventions de forfait en jours sur l'année, il exclut par ailleurs toute idée de «*contrôle*» des partenaires sociaux.

280. On attendait donc avec impatience la position de la jurisprudence. La Chambre sociale de la Cour de cassation est venue donc préciser, dans un arrêt du 26 mai 2004²⁶², sa position. Désormais pour la Haute juridiction la clause conventionnelle doit permettre d'apprécier la bonne utilisation du critère de l'autonomie. Mais il est inutile que la clause comporte une liste nominative des cadres concernés comme l'avait justement indiqué la Cour d'appel de Riom, inutile également de détailler le critère de l'autonomie, la référence à une classification peut suffire. De plus la Cour de cassation affirme que la clause conventionnelle est conforme «*aux exigences de l'article L.212-15-3-III du Code du travail dans la mesure où,*

²⁶⁰ MORANGE (P.), Rapport sur le projet de loi relatif aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, fait au nom de la commission des affaires culturelles familiales et sociales, Rapport AN n°231, p. 9.

²⁶¹ Loi n°2003-47 du 17 janvier 2003 (JO 18 janvier 2003 p. 1080).

²⁶² Cass.soc. 26 mai 2004, Fédération nationale des industries chimiques C.G.T. c./ Sté Manufacture française des pneumatiques Michelin et a., Liaisons soc., 21 juin 2004, n°871, p. 1.

d'une part la convention de forfait doit faire l'objet d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié et où, d'autre part, il appartient au juge de vérifier en cas de litige que les fonctions effectivement exercées par le cadre ne lui permettent pas d'être soumis à l'horaire collectif de travail ». C'est une justification pour le moins bizarre, puisque la Cour ne dit pas si le critère de l'autonomie a été correctement décliné. Elle se contente tout simplement d'affirmer que la définition retenue dans l'accord Michelin « *permet d'apprécier le degré d'autonomie du personnel d'encadrement concerné* ». Pourtant, la formulation de la clause conventionnelle se contente de paraphraser la loi sans la préciser, on aurait pu donc s'attendre à ce que la Cour de cassation la juge insuffisante. Elle a estimé, au contraire, que l'obligation de conclure une convention individuelle de forfait avec chaque cadre intéressé et la possibilité de saisir le juge en cas de litige fournissent une protection suffisante contre les interprétations abusives dont est susceptible le critère d'autonomie en raison de son caractère largement subjectif.

281. Dans cet arrêt, la Cour déporte donc sur le litige individuel le contrôle de la bonne ou de la mauvaise déclinaison du critère de l'autonomie. La clause qui est jugée conforme aux exigences légales dans le cadre d'un contentieux collectif pourrait être écartée dans le cadre d'un litige individuel.

282. En réalité, c'est la nouvelle rédaction de la disposition légale qui conduit le juge à adopter cette position, car son but était de limiter sérieusement le contrôle du juge judiciaire. La formule « *au regard de leur autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps* »²⁶³ offre moins de prise au juge.

283. On aurait pu espérer avec les lois successives sur la réduction négociée du temps de travail que le législateur nous propose un commencement de définition des cadres. Mais il ne fait que renvoyer à la négociation collective, en réalité il ne fait que constater l'hétérogénéité de la catégorie des cadres sans apporter de solution, au contraire il rajoute à la difficulté d'appréhender la catégorie des cadres en complexifiant les distinctions légales.

284. Nonobstant les critères de qualification posés par l'article L.3111-2 du Code du travail, la qualité de cadre par nature doit être appréciée au cas par cas. En effet, si le législateur

²⁶³ Art. L.212-15-3-III du Code du travail ancien.

reconnait la qualité de cadre dirigeant aux cadres se situant « *dans le premier cercle concentrique de pouvoir entourant le chef d'entreprise* »²⁶⁴ qui sont habilités à prendre des décisions importantes pour l'existence et le développement de l'entreprise ou de l'un de ses établissements, l'approche légale demeure néanmoins imparfaite. L'importance des responsabilités, l'autonomie et la rémunération ne sont pas des critères à même de permettre une distinction claire entre les cadres par nature et les cadres par extension.

285. Adoptant une démarche tout aussi contestable, le législateur ne s'est pas essayé à définir la catégorie des cadres par extension, il se contente de renvoyer, quant à la définition des cadres, à la négociation collective ou à la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres de 1947 qui elle-même renvoie aux arrêtés CROIZAT-PARODI. Ces sources apparaissent comme impuissantes à définir de manière cohérente la catégorie des cadres par extension. Ce brouillard résultant de la multiplicité des sources qui tentent de définir la catégorie des cadres, emporte comme conséquence une instabilité de la notion de cadre.

II. L'instabilité de la notion de cadre

286. La législation sur la durée du travail nous a démontré à quel point la notion de cadre contenue dans les textes est mouvante. Au fur et à mesure des interventions législatives, il apparaît que le législateur marque sa volonté de ne pas définir précisément la catégorie des cadres, voire même entretient cette absence de définition lui permettant de flexibiliser le droit du travail. En réalité les cadres ont souvent fait l'objet d'essais en vue d'étendre à l'ensemble des salariés des dispositions qui leur étaient spécifiques²⁶⁵.

287. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail²⁶⁶ a donc profondément modifié la distinction originale en

²⁶⁴ GORCE (G.), Rapport AN n°1826 p. 163.

²⁶⁵ Pour illustration, la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, (JORF n°179 du 3 août 2005 page 12639) a étendu la possibilité de conclure une convention de forfait en jours avec des salariés non-cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées ; FAVENNEC-HÉRY (F.), « Le forfait-jours pour tous ou la fin de la réduction du temps de travail (RTT) », Dr. soc. 2005, p. 1126 ; MARTINON (A.), « Le forfait-jours : du cadre au non-cadre », JCP S 2005, n°14, p. 11.

²⁶⁶ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 *portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, (JORF n°194 du 21 août 2008 p. 13064) ; LALANNE (F.), « Temps de travail : texte d'équilibre ou ultime réforme ? », Lexbase hebdo éd.soc. du 27 novembre 2008, n°328 ; TOURNAUX (S.), « article 18 et 19 de la loi n°2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : les

abandonnant la distinction originaire (A.) pour adopter une nouvelle distinction des cadres par extension (B.).

A. L'abandon par le législateur de la distinction originaire

288. La loi du 20 août 2008 portant « *rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* » est venue modifier en profondeur la section 4 du chapitre I^{er} du titre II du livre I^{er} de la troisième partie du Code du travail relative aux conventions de forfait²⁶⁷. Jusqu'alors, une première sous-section concernait les cadres, alors qu'une seconde, comportant un article unique, s'appliquait aux salariés non-cadres, itinérants ou disposant d'une grande autonomie. Le tout premier article de la première sous-section relative à la mise en place des conventions de forfait modifiant l'article L.3121-38 du Code du travail disposait que « *la durée du travail de tout salarié [pouvait] être fixée par une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois* ». Depuis la loi du 20 août 2008, la possibilité de conclure une convention de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois a été étendue à l'ensemble des salariés, elle n'est plus réservée aux cadres intégrés²⁶⁸. Les cadres intégrés n'existent plus. En effet, comme il était très difficile de distinguer les cadres intégrés des autres salariés et que les critères de définition n'étaient pas concluants, le législateur a considéré qu'il n'était pas nécessaire de distinguer ces cadres intégrés des autres salariés. Cette suppression est salutaire, car maintenir la catégorie des cadres intégrés avait pour effet de rendre encore plus incertaine la distinction entre cadre et non-cadre.

B. La nouvelle distinction des cadres par extension

289. On aurait pu penser que le législateur prendrait en compte les lacunes de la distinction originaire pour préférer une distinction fondée sur des critères moins flous.

heures supplémentaires et les convention de forfait », Lexbase Hebdo, éd.soc. du 18 septembre 2008, n°318 VÉRICEL (M.), « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche », RDT 2008, n°10, p. 574.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Actuel art. L.3121-56 du Code du travail issu de la loi El Khomri du 8 août 2016, loi n°2016-1088 du 8 août 2016.

290. Bien au contraire, le législateur a remplacé une distinction par une autre, fondée non pas sur des critères de définition, mais sur le régime des cadres. En effet, la distinction repose désormais sur la nature de la convention de forfait, il y aura donc les cadres sous forfait en heures sur l'année et les cadres sous forfait en jours sur l'année²⁶⁹. La première catégorie est assez floue, car il n'y a aucun critère pour permettre de définir cette catégorie, si ce n'est la nature des fonctions. Ensuite, la seconde catégorie ne brille pas non plus par sa clarté, car elle se fonde principalement sur l'autonomie des cadres dans l'organisation de leur emploi du temps.

1. Les cadres sous conventions de forfait en heures sur l'année : une catégorie insaisissable

291. L'article L.3121-42 1° du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 disposait que « *peuvent conclure une convention de forfait en heures sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail applicable aux conventions individuelles de forfait fixée par l'accord collectif : les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés (...)* »²⁷⁰. Il s'agit des descendants des cadres autonomes.

292. Aucun élément ne nous permet de cerner cette catégorie, pire encore cette disposition du code ajoute à l'imprécision de la notion. Si avant la loi du 20 août 2008, le législateur faisait référence « *au salarié ayant la qualité de cadre au sens de la convention collective de branche ou au sens du premier alinéa de l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés (...)* »²⁷¹. Il est vrai que les textes auxquels faisait référence le législateur n'étaient pas la panacée et ne permettaient pas de délimiter avec précision la catégorie des cadres, mais ils avaient pour avantage certain de renvoyer à des concepts communs aux entreprises de la branche ou à la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres.

293. Le législateur autorise ainsi chaque employeur à adopter sa propre définition des cadres, car désormais il n'est plus fait référence qu'à la nature des fonctions sans autres

²⁶⁹ Art. L.3121-56 al., 2 et L.3121-59 du Code du travail.

²⁷⁰ Aujourd'hui il s'agit de l'article L.3121-56 al 2 du Code du travail.

²⁷¹ Art L.3121-38 du Code du travail avant la loi du 20 août 2008.

précisions. Ainsi comme ce fut le cas pour la catégorie des cadres intégrés il n'y aura qu'un pas à franchir pour supprimer la catégorie des cadres pouvant conclure une convention de forfait en heures sur l'année.

2. Les cadres sous conventions de forfait en jours : une catégorie élargie

294. L'article L.3121-58 1° du Code du travail dispose que « *peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année, dans la limite du nombre de jours fixé en application du 3° du I de l'article L.3121-64 : 1° les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; (...)* ». Ce sont les descendants directs des cadres autonomes, l'avantage est qu'ils ne sont plus déterminés par la négative. En effet, auparavant, les cadres autonomes ou cadres intermédiaires étaient aussi appelés les « ni-ni », ni cadre dirigeant, ni cadre intégré.

295. Nous avons déjà vu que le critère de la nature des fonctions n'était pas un critère probant, par contre il est intéressant d'étudier la notion d'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps. Mais on ne peut être que très vite déçu par l'utilisation du critère de l'autonomie, car c'est une notion très galvaudée. En effet un cadre n'est-il pas par nature autonome ? Peut-on être autonome dans l'exercice de ses fonctions sans pour autant être autonome dans la gestion de son emploi du temps ? On peut donc douter que le critère de l'autonomie puisse suffire à lui seul à définir la catégorie des cadres sous forfait en jours, d'autant qu'il est un indice de la qualité de cadre, il sert également à la définition des cadres dirigeants. Il est donc légitime de douter qu'un critère puisse servir à autant de fonctions. De plus, avec les nouvelles formes de *management*, un grand nombre de salariés peut se voir reconnaître une part d'autonomie, car le contrôle ne s'effectue plus sur la manière de travailler, mais plutôt sur le résultat.

296. Enfin, le lecteur peut rester dubitatif lorsqu'il lit attentivement les textes et notamment l'article L.3121-58 2° du Code du travail qui définit les salariés pouvant se voir appliquer une convention de forfait en jours sur l'année. Il s'agit des « *salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ». En effet, les deux critères utilisés sont ceux qui habituellement définissent les

cadres. Pourquoi le législateur n'a-t-il pas repris ces deux critères pour définir les cadres pouvant se voir appliquer une convention de forfait en jours ? Faut-il y voir de la malice de la part du législateur qui en réalité à terme a pour volonté de supprimer la première partie de l'article qui concerne les cadres. Ainsi, il n'est pas improbable que le terme cadre disparaisse au profit de l'expression « salarié disposant d'une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui lui sont confiées ». Le législateur nous démontre que la distinction entre les cadres et les non-cadres est de moins en moins évidente.

Conclusion de la première partie

297. La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a consacré l'éclatement de la catégorie des cadres, introduisant dans notre droit des dispositions particulières à ces salariés pour leur adapter concrètement la réduction du temps de travail. Aujourd'hui, la philosophie n'est plus la même, nous ne sommes plus dans une logique de réduction du temps de travail, mais plutôt dans une logique de flexibilisation du temps de travail qui s'accompagne d'une augmentation de la durée du travail. Si à l'origine il existait trois catégories de cadres, les cadres dirigeants, les cadres intégrés et les cadres autonomes, aujourd'hui, ce n'est plus le cas, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a modifié l'ordonnement des cadres par extension. Depuis la loi du 20 août 2008, aux termes de l'article art. L.3121-56 du Code du travail (anciennement L.3121-42 1° du Code du travail) *« peuvent conclure une convention de forfait en heures sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail applicable aux conventions individuelles de forfait fixée par l'accord collectif : 1° Les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés »* et aux termes de l'actuel article L.3121-58 du Code du travail (anciennement L.3121-43, 1°, du Code du travail) *« peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif prévu à l'article L.3121-39 1°. Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés »*. Les cadres par extension souffrent donc de l'imprécision de leur définition. Pire encore l'insécurité juridique règne en raison de l'instabilité de la notion. En outre il ressort de la loi du 8 août 2016 que cet ordonnancement des cadre n'a pas été modifié²⁷².

298. Définir la catégorie des cadres par extension n'est pas impossible, mais obligerait le législateur à prendre position en excluant certains salariés de la catégorie de cadre. Il ne faut pas oublier que la catégorie des cadres est attractive. Mais en réalité, pour que la

²⁷² Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc. n°666 du 1^{er} septembre 2016 ; Etude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016.

catégorie des cadres conserve un intérêt, il est nécessaire de délimiter les contours de cette catégorie. Il est évident que les cadres sont des salariés qui seront amenés, du fait de leur formation, à exercer des responsabilités de gestion ou de conception. Au-delà de la diversité de cette catégorie, le cadre est amené à prendre des décisions ayant des conséquences sur l'activité de l'entreprise. Ils disposent d'une autonomie et d'une marge d'initiative avec des fonctions comportant des responsabilités élevées dans des activités à dominante soit d'encadrement d'autres salariés, soit d'expertise, d'étude ou de conseil. Pour restreindre cette catégorie, il est important d'exiger le cumul de ces critères.

299. La catégorie des cadres dirigeants n'a subi aucune modification. Mais si les critères de qualification sont marqués par quelques imprécisions, cette catégorie demeure relativement circonscrite. En effet, le législateur impose que les critères se cumulent, mais surtout le juge a une conception très étroite de la catégorie des cadres dirigeants. Pourtant, nous pouvons regretter l'ambiguïté de la distinction cadre dirigeant et dirigeant social qui nous force à déformer des notions fondamentales du droit du travail, à savoir, la subordination juridique, critère essentiel du contrat de travail. Or, comment considérer qu'un cadre dirigeant détenteur d'un mandat social puisse être considéré comme un salarié ?

300. Aujourd'hui, il nous semble essentiel de légiférer sur la notion de cadre et de définir de manière claire et précise la catégorie de cadre. D'aucuns considèrent que la négociation collective est la mieux à même de traduire les intérêts en présence. On ne peut occulter le fait que la prédominance de la négociation collective constitue un gain de flexibilité, un moyen d'établir un régime spécifique, mieux adapté par des acteurs plus proches et plus à même d'évaluer les difficultés et les solutions adéquates.

301. Toutefois, la place grandissante de la négociation collective participe à la sectorisation de la notion de cadre. Ce manque de lisibilité nuit à l'application d'un régime spécifique. De plus, lorsque le niveau de la négociation est celui de l'entreprise, les rapports de force et les connaissances juridiques ne sont pas aussi équilibrés qu'à l'occasion de la négociation d'une convention de branche. Le recours à la loi permettrait de définir de manière uniforme la catégorie des cadres et ainsi l'application d'un régime spécifique qui serait plus aisée.

302. Aujourd'hui on ne peut que constater les conséquences néfastes de l'absence de définition des cadres, qui conduit à appliquer aux cadres un régime qui leur est inadapté, car il ne leur est pas ou plus spécifique.

**Partie 2 : UN RÉGIME JURIDIQUE
INADAPTÉ**

303. La notion de cadre est très relative, tantôt très restrictive, tantôt très large, il est très difficile d'identifier un régime spécifique, car le droit du travail n'a pas une conception unique de la notion de cadre. En effet, comment appliquer un régime spécifique clair et précis à des cadres qui ne sont pas clairement identifiés ? Le législateur intervient pour tenter de mettre en place un régime qui leur est spécifique, mais oublie l'essentiel, celui de définir de manière cohérente la catégorie des cadres. Ainsi, on assiste aujourd'hui à la construction d'un édifice chancelant. Certes au départ, on appliquait au cadre un régime plus ou moins unifié où des imperfections, notamment dans la délimitation de la catégorie des cadres, étaient présentes, mais en ouvrant le Code du travail on arrivait plus ou moins à se repérer.

304. L'exemple le plus frappant de l'incohérence du régime des cadres est l'élaboration de la loi sur les 35 heures. Le législateur, prenant la mesure de l'hétérogénéité de cette catégorie de salariés, a élaboré un système relativement complexe. Ainsi, les lacunes du régime qui est applicable aux cadres démontrent la nécessité de le perfectionner.

305. Il existe un autre phénomène qui confirme l'inadaptation du régime des cadres, il s'agit de l'influence des droits fondamentaux qui viennent rappeler que le cadre bénéficie d'une telle protection, la jurisprudence sur l'encadrement des forfaits en jours en offre une parfaite illustration. Pour autant, il semblerait que lorsqu'on analyse la jurisprudence de la Cour de cassation, celle-ci est confrontée à des difficultés de mise en œuvre de ces principes qui parfois l'oblige à revenir sur sa position initiale ; l'influence de l'égalité de traitement en est une autre illustration.

306. Si le régime peut apparaître comme relativement complexe, il n'en demeure pas moins que l'intérêt d'un régime spécifique existe. En effet, si on considère que les cadres sont des salariés autonomes ayant des responsabilités et pouvant exercer une autorité sur un groupe de salariés, l'évidence de leur appliquer un régime particulier apparaît. Pourtant, le législateur s'il confirme la spécificité des relations collectives²⁷³, il n'organise pas une spécificité des relations individuelles. Cette situation donne aux partenaires sociaux le soin d'organiser ou non des spécificités dans le cadre des relations individuelles. D'ailleurs, il est à remarquer que le législateur tente de maintenir cette spécificité en préservant une représentation spécifique des

²⁷³ Sur les ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, V. ANTONMATTEI (P.-H.), « Réformes du droit du travail en avant en marche », SSL 2017 n°1781, p. 3 ; GOURGUES (G.), « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, n°10, p. 625.

cadres. Si la spécificité du statut des cadres n'apparaît pas forcément dans le Code du travail, cette spécificité se traduira dans les accords collectifs.

307. Ainsi, l'inadaptation du régime applicable au cadre est mise en lumière par la complexification du régime juridique des cadres (Titre 1). Mais également par le constat de l'existence d'un statut particulier du cadre (Titre 2) qui parfois se traduit par la mise en place d'un véritable régime dérogatoire notamment lorsqu'il s'agit des relations collectives, mais que cette existence est plus flottante lorsqu'il s'agit des relations individuelles, laissant ainsi les acteurs adapter le droit commun des contrats aux particularités du cadre.

Titre 1 : La complexification du régime juridique des cadres

308. La situation des cadres peut apparaître différente du fait de leur position dans l'entreprise. En effet, être cadre dans une entreprise emporte des conséquences plus ou moins favorables. Les cadres sont des salariés, mais ils sont dans une situation particulière, ce qui a conduit le législateur à leur appliquer un régime particulier. Si à l'origine le statut des cadres apparaissait comme unifié, c'est-à-dire que ce statut particulier s'appliquait à tous les cadres, la seule distinction qui pouvait exister était celle des cadres par extension et des cadres par nature. Les lois sur la réduction du temps de travail ont participé à la complexification du régime en consacrant l'éclatement du temps de travail des cadres (Chapitre 1). En outre, l'influence des droits fondamentaux participe à cette complexification, remettant ainsi en question la légitimité du maintien d'un régime distinct. En effet, c'est sur le fondement du principe d'égalité de traitement que l'application aux cadres d'un régime spécifique a été contestée. Si l'application des droits fondamentaux a révélé la fragilité de la distinction cadre non-cadre, elle a également mis en évidence l'effet dévastateur de l'absence de distinction, notamment en matière de négociation collective, contribuant ainsi à l'érosion du statut des cadres (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'éclatement du temps de travail des cadres

309. L'article L.3121-1 du Code du travail définit le temps de travail effectif comme : « le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles ». À l'égard des cadres, cette définition semble inadaptée compte tenu de la nature de leur travail. Cette définition repose sur une conception de la subordination fondée sur la présence du salarié dans l'entreprise, alors que pour les cadres le temps n'est pas le seul outil de mesure du travail et que la présence du cadre dans l'entreprise est de moins en moins une réalité à l'heure des nouvelles technologies²⁷⁴. Les cadres se déplaçant ou ayant une valeur ajoutée uniquement intellectuelle, tels les chercheurs ou les ingénieurs, l'activité de ceux-ci pouvant s'exercer en tout lieu, il s'avère impossible de contrôler leur temps de travail. Ce principe de réalité fut à l'origine de la légalisation des conventions de forfait par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 ; le législateur n'ayant eu pour seul objectif que de résoudre la question de la réduction du temps de travail des cadres. Dans un premier temps, tenant compte du rôle d'employeur que les cadres dirigeants sont amenés à jouer dans l'entreprise, il a pris le parti de les exclure de l'essentiel des dispositions du Code du travail en matière de durée de travail.

310. Dans un deuxième temps, concernant les cadres par extension, le législateur a opté pour l'application de forfaits différents aux cadres (section 1). Mais nous constatons qu'au fur et à mesure des interventions législatives, ce droit spécial du temps de travail des cadres s'étend à d'autres catégories de salariés, ce qui pose inévitablement la question de l'intérêt du maintien de la catégorie des cadres par extension. En effet, étudier l'application d'un régime à l'origine spécifiquement construit pour les cadres, à des salariés non-cadres, en utilisant des critères de définition qui devraient leur être réservés, permet de faire la démonstration de la fragilité de cette distinction.

311. De plus, la législation sur la durée du travail a démontré que « les salariés cadres, notamment, ont été les épouvantails de ces arbitrages »²⁷⁵. En effet le temps de travail est un sujet complexe, car il est « au carrefour de logiques bien différentes telles que la santé

²⁷⁴ RAY (J.-E.), Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, Liaisons, Coll. Droit vivant, 3^e éd., 2003.

²⁷⁵ VAN CRAEYNEST (B), Président de la CFE-CGC et MASSON (P.), Collectif « Droits et libertés » de l'Ugict-Cgt, « Comment régler le temps de travail des cadres ? », RDT 2011, p. 474.

des travailleurs, la rémunération des salariés, le coût et l'organisation du travail dans l'entreprise »²⁷⁶. Le dispositif des conventions de forfait en jours est le mode de comptabilisation de la durée du travail le plus éloigné du droit commun de la durée du travail. Pourtant, à l'origine, ce dispositif répondait à une attente des cadres et plus particulièrement des organisations syndicales, qui dès 1998, avaient pour slogan « *l'heure est un leurre* »²⁷⁷. Mais au fur et à mesure des interventions législatives, les conventions de forfait en jours ont été utilisées à des fins de flexibilisation de la durée du travail, le législateur renvoyant aux partenaires sociaux le soin de « *fixer les caractéristiques principales de ces conventions* »²⁷⁸. D'ailleurs, selon Monsieur Pierre-Yves VERKINDT, « *il est vraisemblable qu'en prévoyant que la négociation d'anticipation de la réduction du temps de travail devrait envisager des modalités particulières de décompte du temps de travail pour l'encadrement, le législateur ne se doutait pas qu'il ouvrait une boîte de Pandore* »²⁷⁹. C'est une des raisons qui explique que les conventions de forfaits en jours sont remises en cause (section 2).

²⁷⁶ VAN CRAEYNEST (B), Président de la CFE-CGC et MASSON (P.), Collectif « Droits et libertés » de l'Ugict-Cgt, « Comment régler le temps de travail des cadres ? », *ibid.*

²⁷⁷ Slogan de la CFE-CGC en 1998, *ibid.*, RDT 2011, p. 474.

²⁷⁸ Art. L.3121-39 du Code du travail.

²⁷⁹ VERKINDT (P.-Y.), « Les conventions de forfait », *Dr.soc.* 2010, p. 387.

Section 1. L'application des forfaits aux cadres

312. Les lois sur la réduction du temps de travail ont eu pour avantage certain de prendre en compte l'hétérogénéité des cadres, comprenant à la fois les cadres dirigeants et les cadres proches des agents de maîtrise. L'impossibilité de déterminer le temps de travail de certains cadres et la prise en compte de leur autonomie ont abouti à la mise en place d'un temps de travail spécial pour les cadres qui s'est avéré très vite indispensable afin de pouvoir leur appliquer les lois sur la réduction du temps de travail. Mais cette philosophie n'a tenu que le temps d'une législature. Aujourd'hui, nous ne sommes plus dans une logique de réduction du temps de travail²⁸⁰, pour autant le législateur a maintenu ce régime spécifique.

313. Les cadres dirigeants depuis la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 sont exclus des dispositions relatives à la durée légale du travail. Ainsi, l'article L.3111-2 du Code du travail²⁸¹ exclut les cadres dirigeants du régime des heures supplémentaires, des durées maximales du travail quotidiennes et hebdomadaires, du temps de repos obligatoire au cours de la journée et du régime du travail à temps partiel comme des règles relatives au repos quotidien et hebdomadaire. En revanche, ils continuent à bénéficier des congés annuels, des congés non rémunérés ou pour événements familiaux, du repos des femmes en couches. Ainsi, on applique à ces cadres des conventions de forfait dénommées «*forfait sans référence horaire*»²⁸². Ce régime entièrement dérogatoire nous oblige à nous interroger sur l'intérêt du maintien de ces cadres dans le périmètre du droit du travail. En effet, si les cadres dirigeants sont dans le périmètre du droit du travail, ils sont des salariés et de ce fait, si on comprend quelques dérogations, l'exclusion de l'application des droits fondamentaux par principe est très discutable. Si les cadres dirigeants sont exclus de la durée légale du travail, il nous semble que

²⁸⁰ Il suffit de repenser au slogan porté par le candidat Nicolas Sarkozy à la présidentielle en 2007, « travailler plus pour gagner plus ».

²⁸¹ Art. L.3111-2 du Code du travail ; « *Les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions des titres II et III. Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.* »

²⁸² EVERAERT-DUMONT (D.), « Durée du travail-Forfait sans référence horaire d'un cadre dirigeant et portée du formalisme conventionnel », JCP S 2011, n°21, p. 20.

l'obligation qui pèse sur l'employeur de garantir la santé et la sécurité de ses salariés doit leur être applicable.

314. S'agissant des cadres par extension la loi n° 2008-789 du 20 août 2008²⁸³, mais également la loi dite « El Khomri »²⁸⁴ ont maintenu le régime des conventions de forfait en heures sur l'année (I) et le régime discutable des conventions de forfait en jours sur l'année (II).

I. Les conventions de forfait sur l'année

315. Deux types de conventions sont applicables aux cadres : les conventions de forfait en heures (A.) et les conventions de forfait en jours (B.)

A. Les cadres sous conventions de forfait en heures sur l'année

316. L'article L.3121-56, alinéa 2, du Code du travail dispose que « *peuvent conclure une convention de forfait en heures sur l'année dans la limite du nombre d'heures fixé en application du 3° du I de l'article L.3121-64* ». Aucun encadrement ni aucune limite ne sont imposés par le texte, le régime a été allégé par la loi du 20 août 2008²⁸⁵ et confirmé par la loi du 8 août 2016 et l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la sécurisation des relations de travail. Nous nous sommes éloignés de l'objectif premier de ces conventions, à savoir appliquer au cadre une réduction de leur temps de travail. Aujourd'hui, il s'agit véritablement d'un outil de flexibilisation du temps de travail permettant d'échapper à l'application de la législation sur les 35 heures, en accordant une place grandissante à l'accord

²⁸³ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, (JORF n°194 du 21 août 2008 p. 13064.)

²⁸⁴ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc. n°666 du 1^{er} septembre 2016 Etude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016, MORAND (M.), « Le temps du travail dans la loi El Khomri », JCP E 2016 n°39, p.55. V. également le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, procédure accélérée, déposée à l'Assemblée nationale, le 24 mars 2016, n°3600, V. numéro spécial sur le projet de loi « El Khomri », Lexbase hebdo éd.soc. n°650 du 7 avril 2016 et plus spécifiquement G. AUZERO, « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : favoriser une culture du dialogue et de la négociation (titre II) » ; C. RADÉ, « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la « refondation » du Code du travail ».

²⁸⁵ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, op.cit. p. 129.

d'entreprise (1) et en permettant l'érosion des garanties offertes par les conventions de forfait en heures (2).

1. La place grandissante de l'accord d'entreprise

317. Le forfait annuel en heures permet d'opérer le décompte des heures de travail, dans un cadre annuel. Il autorise ainsi les cadres à faire varier leur durée journalière ou hebdomadaire de travail sur l'année, en fonction de leur charge de travail.

318. Antérieurement à la loi du 20 août 2008, la conclusion de conventions de forfait en heures sur l'année était subordonnée, aux termes de l'ancien article L.212-15-3 I du Code du travail, à l'existence d'une « *convention ou [d'un] accord collectif étendu ou [d'une] convention ou [d'un] accord d'entreprise ou d'établissement qui détermine les catégories de cadres susceptibles de bénéficier de ces conventions individuelles de forfait ainsi que les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues* ».

319. Aujourd'hui, aux termes de l'article L.3121-63 du Code du travail modifié par la loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels « *les forfaits annuels en heures ou en jours sur l'année sont mis en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.* »²⁸⁶

320. Le niveau de l'entreprise ou de l'établissement est préféré à celui de la branche. Cette approche s'inscrit dans une logique de décentralisation de la négociation collective introduite par les lois Auroux²⁸⁷ et accélérée par la loi du 4 mai 2004²⁸⁸. La loi du 20 août 2008

²⁸⁶ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016), V. ANTONMATTEI (P.-H.), « A propos des périmètres de négociation de l'entreprise après la loi El Khomri », SSL 2016, n°1751, p.3 ; FAVENNEC-HERY (F.), « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », Dr.soc 2016 n°11, p. 892. V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc.n°666 du 1^{er} septembre 2016 ; Etude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016 .

²⁸⁷ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail ; (3^{ème} loi Auroux) (JORF du 14 novembre 1982 page 3414).

²⁸⁸ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, (JORF n°105 du 5 mai 2004 p. 7983). SOURIAU (M.-A.), *op. cit.* note 168 p. 79 ; AUZERO (G.), *op.cit.*, note 168, p. 79.

est allée encore plus loin, l'accord de branche ne sera plus applicable que dans les seules entreprises dépourvues d'accord, il est subsidiaire et, cette fois, le principe de faveur est explicitement écarté sans pouvoir être conventionnellement rétabli. Avant la loi du 20 août 2008, à l'exception des stipulations relatives aux salaires minima, aux classifications et aux garanties de protection complémentaire, à propos desquels le principe de faveur subsiste²⁸⁹, la liberté de dérogation par des accords d'entreprise à des accords de niveau supérieur conclus après l'entrée en vigueur de la loi de 2004 était devenue la règle. Cette règle était elle-même supplétive puisque l'accord de niveau supérieur pouvait l'écartier en rétablissant ainsi le principe de faveur. Les clauses dites de « verrouillage » laissaient subsister une stricte hiérarchie entre les négociateurs²⁹⁰, ce qui n'est plus vraiment le cas avec la loi du 20 août 2008.

321. Désormais, c'est donc au niveau de l'entreprise que les partenaires sociaux pourront non seulement fixer l'étendue de la catégorie de salariés susceptibles de se voir appliquer une convention de forfait en heures sur l'année, mais ils pourront également déterminer tout le régime juridique applicable aux conventions de forfait susceptibles d'être conclues²⁹¹. D'ailleurs, la loi El Khomri ²⁹² maintient sa préférence pour le niveau de l'entreprise ou de l'établissement pour mettre en place des forfaits annuels en heures ou en jours sur l'année²⁹³ ce que l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective confirme²⁹⁴. Ainsi, une grande liberté est laissée aux

²⁸⁹ L.2253-3, aL.1 du Code du travail.

²⁹⁰ AUZERO (G.), « L'articulation des normes conventionnelles », *Dr. ouvrier* 2010, p. 324 ; CANUT (F.) « Le nouvel ordonnancement juridique », *Dr.soc.* 2010, p. 379 ; KERBOURC'H (J.-Y.), « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à un accord plus large », *Dr. soc.* 2008, p. 834 ; MORVAN (P.), « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr.soc.* 2009, p. 679

²⁹¹ AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 30^{ème} éd. 2016, n°1393 ; VACHET (G.), « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr.soc.* 2009, p. 896 ;

²⁹² Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, procédure accélérée, déposée à l'Assemblée nationale, le 24 mars 2016, n°3600, V. numéro spécial sur le projet de loi « Elkhomri », *Lexbase hebdo éd.soc.* n°650 du 7 avril 2016 et plus spécifiquement RADÉ (C.), « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la « refondation » du Code du travail » et TOURNAUX (S.), « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : dispositions relatives au temps de travail (titre I) ».

²⁹³ Art. L.3121-61 du Code du travail.

²⁹⁴ Lire notamment RAY (J.-E.) « Les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 sont parues : où est "l'inversion des normes" partout dénoncée ? », *JCP G*, 16 octobre 2017, n°42, p.1914 ; LOKIEC (P.) « Vers un nouveau droit du travail ? », *D.* 2017, n°36, p.2109 ; MEHREZ (F.), « Projets d'ordonnances : rôles respectifs des accords de branche et d'entreprise », *D.* 2017, n°30, p. 1713 ; V. numéro spécial sur le projet d'ordonnances réformant le droit du travail, *Lexbase Hebdo éd.soc.* n°712 du 21 septembre 2017, plus spéc. RADÉ (C.) « Projet

partenaires sociaux. Ainsi, le législateur à l'article L.3121-64, 3° du Code du travail impose aux partenaires sociaux de fixer dans l'accord « le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, dans la limite de deux cent dix-huit jours s'agissant du forfait en jours », sans pour autant préciser la durée annuelle maximum autorisée pour les conventions de forfait annuel en heures. Les signataires disposent dans ce domaine également d'une grande liberté, car l'article D. 3121-24 du Code du travail dispose que « *le contingent annuel d'heures supplémentaires prévu à l'article L.3121-33 est fixé à deux cent vingt heures par salarié. Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés mentionnés à l'article L.3121-56 qui ont conclu une convention de forfait en heures sur l'année* ». Les cadres qui ont conclu une convention de forfait en heures sur l'année sont donc exclus du champ d'application du contingent réglementaire. Pour autant, les cadres soumis au forfait annuel en heures doivent bénéficier de la réglementation des heures supplémentaires même s'ils sont exclus du champ d'application du contingent réglementaire. En effet, aux termes de l'article L.3121-57 du Code du travail « *la rémunération du salarié ayant conclu une convention individuelle de forfait en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmenté, le cas échéant, si le forfait inclut des heures supplémentaires, des majorations prévues aux articles L.3121-28, L.3121-33 et L.3121-36* ».

2. L'appauvrissement des garanties offertes par les conventions de forfait en heures sur l'année

322. Le forfait annuel en heures permet d'opérer le décompte des heures de travail dans un cadre annuel. Il autorise ainsi les cadres à faire varier leur durée journalière et hebdomadaire de travail sur l'année, en fonction de leur charge de travail, sans subir de variation de leur rémunération. Ainsi, aux termes de l'article L.3121-57 du Code du travail « *la rémunération du salarié ayant conclu une convention de forfait en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise* ». Désormais, il n'est plus fait référence au salaire minimum conventionnel applicable dans l'entreprise. Cette modification a un intérêt pour le cadre, il permet de prendre en compte dans la rémunération minimale applicable dans l'entreprise le salaire, mais aussi ses accessoires, à savoir les primes, ce qui n'était pas le cas

d'ordonnances réformant le droit du travail : le droit de la négociation collective après l'ordonnance n°4 relative au renforcement de la négociation collective ».

avant la loi du 20 août 2008. Mais ce changement de terminologie peut poser des difficultés, notamment lorsqu'il s'agira pour le cadre de comparer sa rémunération avec la rémunération minimale applicable dans l'entreprise. Lorsqu'il était fait référence au salaire minimum conventionnel, il suffisait pour le cadre de comparer sa rémunération avec celle prévue par la convention collective. S'il n'est plus fait référence au texte conventionnel sur quelle base l'employeur peut-il s'appuyer pour fixer la rémunération du cadre ? Aujourd'hui, dans l'entreprise, les modes de calcul sont de plus en plus élaborés et la rémunération est fixée en fonction du profil de chaque salarié, il en résulte donc une pratique complexe et diversifiée des rémunérations²⁹⁵. Cette affirmation est encore plus vraie pour le cadre, qui contribue, par sa compétence individuelle, à la création de valeurs ajoutées.

323. Avant la loi du 20 août 2008, le législateur avait en effet pris le soin de préciser à l'article L.212-15-3 II du Code du travail que si les partenaires sociaux devaient fixer la durée annuelle de travail des cadres autonomes, ils devaient opérer « *sans préjudice du respect des dispositions des articles L.212-1-1 et L.611-9 relatives aux documents permettant de comptabiliser les heures de travail effectuées par chaque salarié* ». L'employeur était donc tenu d'établir les documents nécessaires pour le décompte de la durée du travail²⁹⁶ et si le décompte des heures de travail effectuées par chaque salarié était assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci devait être, aux termes de la loi, « *fiable et infalsifiable* »²⁹⁷. Actuellement, les textes ne font plus référence aux documents permettant le décompte et le contrôle de la durée du travail. Est-ce à dire que l'employeur n'est plus tenu par cette obligation ? La réponse n'est pas aussi évidente, car si cette obligation subsiste aux termes de l'article D. 3171-1 du Code du travail « *lorsque tous les salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe travaillent selon le même horaire collectif, un horaire établi selon l'heure légale indique les heures auxquelles commence et finit chaque période de travail. Aucun salarié ne peut être employé en dehors de cet horaire, sous réserve des dispositions des articles L.3121-30, L.3121-33, L.3121-38 et L.3121-39 relatives au contingent annuel d'heures supplémentaires, et des heures de dérogation permanente prévues par un décret pris en application de l'article L.3121-67* ». L'article D. 3171-9 1° du Code du travail vient exclure de ces dispositions « *les salariés concernés par les conventions ou accord collectif de travail*

²⁹⁵ Voir en ce sens, MABILEAU (R.), L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise, Thèse 2004, Nantes, p. 562.

²⁹⁶ Art. D. 212-21 du Code du travail ancien.

²⁹⁷ Art. L.212-1-1 du Code du travail ancien.

prévoyant des conventions de forfait en heures lorsque ces conventions ou accords fixent les modalités de contrôle de la durée du travail ». La loi dans ce domaine est subsidiaire, les partenaires sociaux ont pour rôle de prévoir les modalités de décompte et de contrôle de la durée du travail. Ce n'est qu'à défaut de convention collective ou d'accord que l'article D. 3171-8 du Code du travail s'applique. Le législateur donne carte blanche aux partenaires sociaux pour mettre en place un dispositif de décompte et de contrôle. Il sera tout de même dans l'intérêt, de l'employeur de mettre en place un dispositif fiable de décompte et de contrôle de la durée du travail des cadres sous convention de forfait en heures sur l'année, compte tenu de son obligation de garantir la santé et la sécurité de ses salariés.

324. Cette modulation « *individualisée et autogérée* »²⁹⁸ ne fait pas échec aux dispositions légales relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et à l'interdiction de faire travailler un salarié plus de six jours par semaine. Et cela même lorsque les partenaires sociaux saisissent l'opportunité qui leur est offerte par le législateur de fixer dans la convention ou l'accord collectif des durées de travail par jour et par semaine supérieures aux durées légales. Si, sous l'empire de la loi Aubry II du 19 janvier 2000, les cadres autonomes devaient bénéficier d'une réduction effective de leur durée de travail, aujourd'hui ce n'est plus le cas. En effet, plus aucune garantie dans les textes n'est prévue, le législateur s'en remet entièrement aux partenaires sociaux, à eux de fixer la durée annuelle sans aucune autre indication. Les cadres seront donc concernés par les durées maximales de travail prévues par les articles L.3121-18²⁹⁹ et L.3121-22³⁰⁰ du Code du travail imposant les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires.

325. Le législateur, considérant que les conventions de forfait en heures manquaient de souplesse pour certains cadres, a donc envisagé un décompte du temps de travail en jours.

²⁹⁸ Lamy Social 2002, 1861 p.905.

²⁹⁹ Art L.3121-18 du Code du travail « *La durée quotidienne de travail effectif par salarié ne peut excéder dix heures, sauf :*

1° En cas de dérogation accordée par l'inspecteur du travail dans des conditions déterminées par décret ;

2° En cas d'urgence, dans des conditions déterminées par décret ;

3° Dans les cas prévus à l'article L.3121-19 ».

³⁰⁰ Art L.3121-22 du Code du travail « *La durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ne peut dépasser quarante-quatre heures, sauf dans les cas prévus aux articles L.3121-23 à L.3121-25* ».

B. Les cadres sous convention de forfait en jours

326. Il s'agit de la plus grande innovation introduite par la loi Aubry II du 19 janvier 2000 assouplie par la loi du 17 janvier 2003 ainsi que par la loi du 2 août 2005 et amplifiée par la loi du 20 août 2008 qui fut confirmée par la loi du 8 août 2016. Alors même que ce dispositif était contesté par le Comité européen des droits sociaux³⁰¹ qui l'a, à plusieurs reprises, jugé non conforme aux exigences de la Charte sociale européenne révisée en 1996. En effet constatant que le salarié pouvait être amené à travailler 78 heures par semaine, le Comité a jugé dès 2001 sur le fondement de l'article 2 § 1 de la Charte sociale européenne révisée³⁰², « *qu'une telle durée est manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable au sens de l'article 2 paragraphe 1 de la Charte sociale révisée* »³⁰³. Cette non-conformité a été plusieurs fois approuvée³⁰⁴, ce qui n'a pas empêché le législateur d'assouplir le régime légal des conventions de forfait en jours.

327. L'inertie du législateur a contraint le juge à intervenir sur la question de la validité des conventions de forfait en jours. En adoptant une position que l'on pourrait qualifier de pragmatique et en faisant des conventions et accords collectifs les garants du droit au repos et à la santé des salariés, le juge, dans une décision du 29 juin 2011³⁰⁵, a sauvegardé le

³⁰¹ Le Comité européen des droits sociaux organe du Conseil de l'Europe (composé de 15 membres élus par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour 6 ans) chargé de statuer en droit sur la conformité des situations nationales des États avec la Charte sociale européenne. Le Comité examine les rapports nationaux soumis annuellement par les États parties et adopte des conclusions. Ses conclusions sont publiées chaque année. En cas de décision constatant une violation, l'État défendeur présente dans chaque rapport ultérieur portant sur la ou les dispositions en cause dans la réclamation les mesures prises pour mettre la situation en conformité. Par ailleurs, le CEDS adopte des décisions dans le cadre de réclamations collectives présentées notamment par des organisations syndicales.

³⁰² Lequel article dispose que les États parties s'engagent « à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent ».

³⁰³ CEDS 16 novembre 2001, RJS 2002, p. 513, obs. LHERNOULD (J.-Ph) ; *Gazette du palais*, 1^{er} août 2001, p. 5, note PETTITI (Ch.).

³⁰⁴ CEDS 12 octobre 2004, RJS, 2005, p. 512, obs. LHERNOULD (J.-Ph) ; CEDS 23 juin 2010, Réclamation n°55/ 2009. V. notamment pour un bilan de la question, AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 233. LAULOME (S.), « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 298 ; Miné (M.), « Le droit du temps de travail à la lumière de la Charte sociale européenne », *SSL*, 2011, n°1475, p. 7.

³⁰⁵ Cass.soc. 29 juin 2011, pourvoi n°09-71.107 ; AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Le forfait en jours n'est pas sorti de la zone de turbulence – À propos de l'arrêt du 29 juin 2011 », *JCP S* 2011, n°28, p.11 ; CHAMPEAUX (F.), « Retour sur le forfait en jours », *SSL* 2011, n°1500, p. 11 ; DEJOURS (C.), LAULOM (S.), MAZARS (M.-F.), « Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011 », *RDT* 2011, p. 481 ; HAUTEFORT (M.), « Les forfaits-jours validés sous conditions », *JSL* 2011, n°304, p. 8 ; MAZARS (M.-F.), FLORÈS (P.), « La Cour de cassation et le cadre juridique forfait en jours », *SSL* 2011 n°1499, p.5 ; MORAND (M.), « Le forfait en jours sous conditions »,

dispositif des conventions de forfaits en jours. Cet arrêt sauve le dispositif en imposant des conditions de validité et en sanctionnant très sévèrement les accords et conventions lacunaires. Il sanctionne également la mauvaise application des conventions et accords collectifs qui répondent aux conditions posées par la Cour de cassation. Pour autant, la technique du forfait en jours sur l'année permet de se déconnecter d'un décompte horaire, ce qui n'est pas sans poser de nombreux problèmes, car le droit de la durée du travail s'est construit sur un décompte horaire, une technique qui permet de maîtriser et de contrôler le temps passé au travail. Le forfait en jours empêche un tel décompte. En réalité, ces conventions de forfait en jours sont le symptôme de la modification de l'organisation des entreprises, dans laquelle l'employeur ne contrôle plus quotidiennement le travail du cadre, se contentant d'imposer des objectifs à atteindre, ou bien encore exigeant un résultat déterminé, au cadre de s'organiser. Il s'agit donc d'un régime largement dérogatoire dont les garanties légales sont insuffisantes.

328. Les conventions de forfait en jours sur l'année constituent donc un mode très particulier d'aménagement du temps de travail qui s'appuie sur l'abolition des références horaires (1) et sur la technique conventionnelle (2).

1. Abolition des références horaires

329. Les conventions de forfait en jours sur l'année constituent un mode très particulier d'aménagement du temps de travail, car il abolit la quasi-totalité des limites relatives au temps de travail comptabilisé en heures. Ainsi, aux termes de l'article L.3121-62 du Code du travail³⁰⁶, le salarié qui accepte un forfait en jours s'engage, en effet, à travailler un certain nombre de jours par année³⁰⁷. Aussi, le cadre soumis à une convention de forfait fixée en jours est exclu de la durée légale hebdomadaire prévue à l'article L.3121-27 du Code du travail³⁰⁸, de

JCP S 2011, n°28, p. 14 ; TOURNAUX (S.), « Le forfait-jours : compromis à la française ! », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°447du 7 juillet 2011.

³⁰⁶ Art L.3121-62 du code du travail « *Les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives :*

1° A la durée quotidienne maximale de travail effectif prévue à l'article L.3121-18 ;

2° Aux durées hebdomadaires maximales de travail prévues aux articles L.3121-20 et L.3121-22 ;

3° A la durée légale hebdomadaire prévue à l'article L.3121-27 ».

³⁰⁷ Art. L .3121-64 3° du Code du travail, « Le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, dans la limite de deux cent dix-huit jours s'agissant du forfait en jours ».

³⁰⁸ Art L.3121-10 du Code du travail, « La durée légale du travail effectif des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures par semaine ».

la durée quotidienne maximale de travail prévue à l'article L.3121-18 du Code du travail³⁰⁹, des durées hebdomadaires maximales de travail prévues aux articles L.3121-20 et L.3121-22 du Code du travail.

330. À cela, il faut ajouter que les intéressés ne sont pas soumis au contingent d'heures supplémentaires, exprimé en heures, ni au repos compensateur ainsi qu'aux règles sur le temps de pause obligatoire au terme de 6 heures consécutives de travail. En revanche, les dispositions relatives au repos quotidien³¹⁰, au repos hebdomadaire³¹¹ et à l'interdiction de travailler plus de 6 jours par semaine³¹² sont applicables. Ces dispositions sont d'application générale et dans la liste des dérogations au régime de droit commun de la durée du travail prévue par l'article L.3121-62 du Code du travail, les articles L.3131-1³¹³ et L.3132-1³¹⁴ n'y figurent pas. En effet, le respect des temps de repos n'est pas lié à une mesure du temps de travail effectif.

331. Les limites horaires déduites, par la négative, des temps de repos obligatoires, peuvent mener ces salariés à travailler 13 heures par jour et 78 heures par semaine. Les risques d'altération de la santé du salarié sont importants, c'est pourquoi le dispositif du forfait en jours a fait l'objet de plusieurs contestations devant différentes instances³¹⁵.

332. Malgré ces risques, le législateur est allé encore plus loin dans la flexibilisation du temps de travail, en permettant au salarié qui le souhaite, en accord avec son employeur, de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire, c'est l'application du fameux slogan « *travailler plus pour gagner plus* »³¹⁶. Dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-790 du 20 août 2008, cette possibilité de renoncer aux jours de repos

³⁰⁹ Art. L.3121-18 du Code du travail, « *La durée quotidienne du travail effectif par salarié ne peut excéder dix heures, sauf, :*

1° en cas de dérogation accordée par l'inspecteur du travail dans des conditions déterminées par décret ;

2° en cas d'urgence, dans des conditions déterminées par décret ;

3° dans les cas prévus à l'article L.3121-19. »

³¹⁰ En principe, 11 heures de repos consécutives minimum en application de l'article L.3131-1 du Code du travail.

³¹¹ 35 heures consécutives, soit 24 heures + 11 heures consécutives de repos quotidien prévu au chapitre 1^{er} ».

³¹² Art. L.3132-1 du Code du travail.

³¹³ Art L.3131-1 du Code du travail, « *Tout salarié bénéficie d'un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives sauf dans les cas prévus aux articles L.3131-2 et L.3131-3 ou en cas d'urgence, dans les conditions déterminées par décret* ».

³¹⁴ Art L.3132-1 du Code du travail, « *Il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine* ».

³¹⁵ V. infra.

³¹⁶ Travailler plus pour gagner plus était le slogan de la campagne présidentielle française de 2007 lancé par Nicolas Sarkozy.

était déjà autorisée par l'article L.3121-45³¹⁷ du Code du travail, mais celle-ci devait être prévue par l'accord collectif. Elle était également autorisée en l'absence de disposition conventionnelle sur ce point, mais de manière temporaire (soit jusqu'au 31 décembre 2009) par la loi du 8 février 2008³¹⁸ sur le pouvoir d'achat. Cette possibilité a été pérennisée par la loi du 20 août 2008. En revanche, l'allégement de cotisations attaché à cette mesure temporaire n'a pas été reconduit. Le salaire majoré lié au rachat des jours de repos est donc soumis aux cotisations depuis le 1er janvier 2010³¹⁹.

333. L'employeur ne peut pas imposer au salarié de renoncer à ses jours de repos. En pratique, en raison du lien de subordination, il sera souvent difficile pour le salarié de s'opposer à une demande de son employeur de renoncer à ses jours de repos. Mais en tout état de cause, le refus du salarié de travailler au-delà du forfait ne constitue pas un motif de sanction disciplinaire et encore moins un motif de licenciement puisque la mesure repose sur la base du volontariat. L'employeur ne pourra donc pas invoquer les nécessités du bon fonctionnement du service.

334. Ainsi, aux termes de l'article L.3121-64 du Code du travail «*L'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année détermine : (...)3° le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, dans la limite de deux cent dix-huit jours s'agissant du forfait en jours* ».

335. Autrement dit, le nombre maximal annuel de jours travaillés doit être calculé après avoir déduit les temps de repos hebdomadaire, les jours fériés chômés dans l'entreprise et

³¹⁷ Art L.3121-45 du Code du travail rédaction antérieur à la loi du 20 août 2008, « *Pour les cadres mentionnés à l'article L.3121-38, la convention ou l'accord collectif de travail qui prévoit la conclusion de conventions de forfait en jours fixe le nombre de jours travaillés. Ce nombre ne peut dépasser le plafond de deux cent dix-huit jours. Cette convention ou cet accord prévoit :*

1° Les catégories de cadres intéressés au regard de leur autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps ;

2° Les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos ;

3° Les conditions de contrôle de son application ;

4° Des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.

En outre, la convention ou l'accord peut prévoir la possibilité d'affecter des jours de repos sur un compte épargne-temps dans les conditions définies par les articles L.3151-1 et suivants».

³¹⁸ Loi n°2008-111 du 8 février 2008 en faveur du pouvoir d'achat, (JORF n°34 du 9 février 2008 p.2451).

³¹⁹ Les jours travaillés au-delà de 218 jours ouvrent droit, jusqu'au 31 décembre 2012, à la réduction des cotisations salariales et, à la déduction des cotisations patronales prévue par la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, (JORF n°193 du 22 août 2007 p.13945). À compter du 1er janvier 2013, sont supprimées la réduction des cotisations salariales pour toutes les entreprises et pour les entreprises de plus de 20 salariés, la déduction des cotisations patronales (loi n°2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificatives pour 2012, (JORF n°0190 du 17 août 2012 p.13479).

les congés payés. La renonciation à des jours de repos ne doit pas porter sur des jours de repos obligatoires applicables à l'entreprise³²⁰.

336. Les jours d'ancienneté conventionnels doivent être pris en compte pour la détermination du nombre de jours travaillés, sur la base duquel est fixé le plafond propre à chaque convention de forfait. Si le plafond des jours travaillés (en l'espèce 217 jours travaillés) ne prend pas en compte les congés conventionnels d'ancienneté pour la détermination du nombre de jours travaillés, cela revient à priver les salariés du bénéfice de ces congés. L'employeur doit donc réduire le plafond annuel des jours travaillés selon le nombre de jours de congés conventionnels acquis par les salariés³²¹.

337. Le dispositif des conventions de forfait en jours est un régime dérogatoire qui repose principalement sur un décompte en jours et non plus en heures du temps de travail. On aurait pu s'attendre à ce que le législateur mette en place des garanties légales afin de protéger le cadre. Au lieu de cela, il a préféré la technique conventionnelle, mettant en avant la flexibilité, les possibilités d'adaptation aux différents métiers et à la diversité des entreprises.

2. La primauté de la technique conventionnelle

338. La validité des conventions de forfait en jours sur l'année est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise ou à défaut de branche qui détermine les caractéristiques principales des conventions de forfait³²². La convention de forfait en jours doit, de plus, faire l'objet d'un accord individuel. Il est à remarquer qu'au fur et à mesure des interventions législatives la suprématie du droit conventionnel a été confirmée et renforcée d'abord par la loi Fillon du 17 janvier 2003 et ensuite par la loi du 20 août 2008, mais aussi la loi du 8 août 2016. En utilisant l'argument de la flexibilité, le législateur a préféré déléguer la question de la mise en œuvre des forfaits en jours à l'accord collectif (a.), mais également à la convention individuelle de forfait en jours (b.).

³²⁰ Jours fériés, jours de repos hebdomadaire, congés payés légaux et conventionnels...

³²¹ Cass.soc. 11 juillet 2012, pourvoi n°11-15.605, « *Attendu cependant que les jours d'ancienneté conventionnels doivent être pris en compte pour la détermination du nombre de jours travaillés sur la base duquel est fixé le plafond propre à chaque convention de forfait. Qu'en statuant comme elle a fait, alors que le plafond maximum de deux cent dix-sept jours ne prenait pas en compte les congés conventionnels d'ancienneté pour la détermination du nombre de jours travaillés, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

³²² Art. L.3121-39 du Code du travail.

a. L'accord collectif

339. Aux termes de l'article L.3121-63 du Code du travail « *Les forfaits annuels en heures ou en jours sur l'année sont mis en place par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche* ». Il ne peut être recouru au forfait annuel en jours que si un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche l'autorise expressément. L'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche. Ainsi, les modalités de mise en œuvre du temps de travail sont fixées par accord d'entreprise, ou à défaut d'accords d'entreprise par accord de branche, lesquels ne peuvent plus être « *bloquants* » si l'entreprise négocie à son niveau. Ainsi, un accord d'entreprise pourrait déroger à l'accord de branche y compris lorsque l'accord de branche interdit une telle dérogation. En pratique, cela veut dire que si l'accord de branche précise que les modalités de mise en place du forfait-jours résultent d'un accord d'entreprise, la conclusion d'une convention de forfait-jours en l'absence de cet accord d'entreprise n'est pas valable. Telle a été la position adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 19 septembre 2012³²³ où le salarié, dans le secteur de l'habillement, a obtenu le paiement de ses heures supplémentaires.

340. Si avec la loi Aubry 2, les accords collectifs devaient prévoir les catégories de cadres intéressés au regard de leur autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps, des modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et la prise des journées ou demi-journées de repos, des conditions de contrôle de son application, des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et la charge de travail qui en résulte. La loi du 20 août 2008 en a simplifié la rédaction. Ainsi, l'article L.3121-39 dispose que « *l'accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions* ».

341. Avant la loi El Khomri du 8 août 2016, l'accord collectif n'était plus balisé par le législateur, il offrait ainsi une grande liberté aux partenaires sociaux pour négocier « *les caractéristiques principales* » de ces conventions. Il semble que le législateur ait résumé par cette expression, le contenu auparavant détaillé. Le juge est donc venu encadrer le contenu des

³²³ Cass.soc. 12 sept.2012, pourvoi n°11-19.016.

conventions et accord collectif en énumérant les caractéristiques principales de ces conventions, désormais « *toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* »³²⁴.

342. En complément de l'accord collectif, la convention individuelle de forfait en jours viendra formaliser l'accord du salarié de se voir appliquer un tel forfait.

b. Les Conventions individuelles de forfait

343. Avant la loi du 8 août 2016 dite El Khomri, aux termes de l'article L.3121-40 du Code du travail, « *la conclusion d'une convention individuelle de forfait [requérait] l'accord du salarié. La convention [était] établie par écrit* ». La loi était claire, l'accord du salarié est nécessaire, le juge faisait donc preuve de sévérité, il a pu considérer que la signature du salarié apposée sur une note de service ne pouvait valoir de sa part acceptation de la convention de forfait en jours sur l'année³²⁵.

344. Compte tenu du caractère dérogatoire du régime des conventions de forfait en jours, l'accord de principe et le renvoi général à l'accord collectif pour connaître les conditions d'exécution ne constituaient pas pour le juge l'accord écrit requis³²⁶. Il était indispensable qu'apparaisse dans la convention individuelle de forfait en jours le nombre de jours travaillés, l'employeur ne pouvant se contenter de fixer une « fourchette » de 215 à 218 jours travaillés³²⁷.

345. L'employeur ne pouvait se contenter d'informer le salarié qu'il était classé dans la catégorie de cadre et qu'il était soumis à une charte qui détermine les catégories de cadres assujetties à une convention de forfait en jours. Il importait peu que le salarié reçoive chaque année l'information sur le nombre de jours à effectuer et le reliquat de jours de repos et que tous ses bulletins de paie portaient mention des jours travaillés³²⁸. En effet, bien qu'aucun texte ne le prévoyait expressément, la Cour de cassation considérait donc que la convention

³²⁴ Cass.soc. 29 juin 2011, pourvoi n°09-71.107, V. infra.

³²⁵ Cass.soc. 26 oct. 2010, pourvoi n°08-41.569.

³²⁶ Cass.soc. 31 janv. 2012, pourvoi n°10-17.593, « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune convention individuelle de forfait n'avait été passée par écrit entre la société et le salarié, le seul renvoi général fait dans le contrat de travail à l'accord d'entreprise ne pouvant constituer l'écrit requis, la cour d'appel a violé le texte susvisé* », note Morand (M.), *JCP S* 2012, 1121.

³²⁷ Cass.soc. 12 mars 2014, pourvoi n°12-29.141, note FABRE (A.), *Lexbase Hebdo*, éd.soc, n°566 du 10 avril 2014 ; note Morand (M.), *JCP S* 2014, 1227 ; Décision dans le même sens, Cass.soc. 12 février 2015 n°13-17.516, note GAMET (L.), *Dr.soc.* 2015, p. 447.

³²⁸ Cass.soc. 23 nov. 2011, pourvoi n°10-18.868.

individuelle devait mentionner le nombre de jours travaillés³²⁹. La difficulté résidait dans le fait que le nombre de jours de réduction du temps de travail fluctuait d'une année sur l'autre, en fonction par exemple du nombre de jours dans l'année (365 ou 366 jours), du nombre de samedis et dimanches dans l'année, ou encore lorsqu'un ou plusieurs jours fériés coïncident avec un samedi ou un dimanche. Pour les juges, peu importaient les aléas du calendrier, il incombait aux conventions individuelles de fixer précisément le nombre de jours travaillés. En réalité, cette exigence démontrait la nature contractuelle du forfait en jours. Ainsi, pour que le consentement soit éclairé, il était nécessaire que cette convention individuelle ait du contenu. Il était donc indispensable qu'elle précise tous les éléments caractéristiques du forfait en jours. En effet, le salarié était amené à travailler 218 jours maximum, se reposant en principe les samedis et dimanches, durant ses congés payés et les jours fériés. Pour respecter ces plafonds de 218 jours travaillés, des jours de repos supplémentaires usuellement dénommés « jours RTT » lui sont octroyés.

346. Ainsi, appliquer le forfait-jours sans un accord écrit du salarié pouvait être constitutif du délit de travail dissimulé dans la mesure où les heures supplémentaires ne figuraient pas sur le bulletin de paie³³⁰. En effet, le caractère intentionnel de l'absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie résultait de l'application du forfait en jours à un salarié sans qu'aucune convention n'ait été conclue par écrit et du fait que le salarié ait travaillé régulièrement depuis plusieurs années un nombre d'heures sensiblement supérieur à la durée légale³³¹.

347. S'est posée devant la Cour de cassation la question de l'articulation entre accords collectifs et la convention individuelle de forfait. La Cour de cassation, le 17 décembre 2014, a clairement affirmé que si l'accord collectif doit répondre aux exigences relatives au droit à la santé et au repos, ces exigences ne s'imposent pas au contrat de travail³³². En

³²⁹ Cass.soc. 12 mars 2014, pourvoi n°12-29.141, préc. ; Cass.soc. 11 janvier 2011, pourvoi n°09-42.325 ; Cass.soc. 1^{er} décembre 2009, pourvoi n°07-44.010 ; Cass.soc. 3 mars 2009, pourvoi n°07-42.535 ; Cass.soc. 16 novembre 2007, pourvoi n°06-40.417.

³³⁰ Art. L. 8221-5 du Code du travail « Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur : (...)

2° Soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ; (...)).

³³¹ Cass.soc. 27 juin 2012 pourvoi n°11-10.491.

³³² Cass.soc. 17 décembre 2014 pourvoi n°13-22.890, note TOURNAUX (S.), « Conventions de forfait en jours : de quelques précisions sur l'articulation des sources du forfait », *Lexbase hebdo éd.soc.* n°597, du 15 janvier 2015.

l'espèce, il s'agissait d'une convention individuelle conclue par le salarié qui avait pour conséquence de faire peser sur celui-ci la garantie du droit à la santé et à la sécurité en raison d'un système autodéclaratif et de l'obligation d'information de la hiérarchie en cas de surcharge de travail, et ce, contrairement aux stipulations de l'accord de branche. Après avoir validé l'accord de branche, la Cour de cassation a écarté la motivation retenue par les juges du fond dont l'appréciation s'était arrêtée au contenu de la convention individuelle de forfait et avait considéré que celle-ci était illicite. Si cette solution s'explique par l'idée selon laquelle l'évaluation de la charge et de l'amplitude de travail ne peut se faire de manière uniquement unilatérale, il n'en reste pas moins que cette décision nous amène à nous questionner sur la relation entre l'accord collectif conforme et la convention individuelle comportant des dispositions différentes. Il était donc nécessaire de vérifier si l'employeur applique l'accord collectif ou s'il se réfère à la convention individuelle alors qu'elle ne répond pas aux prescriptions de l'accord collectif et aux exigences de protection de la santé et de la sécurité.

348. Enfin, la conclusion d'une convention de forfait en jours en cours d'exécution du contrat de travail était une modification du contrat. Par conséquent, le refus du salarié de se voir appliquer un forfait annuel en jours n'était pas en soi un motif légitime de licenciement, même s'il était évident qu'il serait difficile pour le cadre de refuser une convention de forfait en jours compte tenu de sa position dans l'entreprise.

349. Au regard des risques que fait courir l'application des conventions de forfait en jours sur le salarié, il apparaît que les garanties qui entouraient les forfaits-jours semblaient être insuffisantes avant l'intervention de la loi El Khomri du 8 août 2016.

3. Les garanties insuffisantes

350. En ce qui concerne le dispositif des conventions de forfait en jours, s'il est plébiscité par certains cadres, il n'en reste pas moins que le contrôle de la charge de travail s'avère difficile (a.). De plus, il semblerait que certains effets des conventions de forfait en jours aient été oubliés par le législateur (b.).

a. Le difficile contrôle de la charge de travail

351. Le concept de la charge de travail est propulsé au-devant de la scène avec la loi Aubry 2 lorsqu'il s'est agi de s'intéresser à la réduction du temps de travail des cadres, et plus précisément des cadres pouvant être éligibles aux conventions de forfait. C'est la première fois

que l'on voit apparaître l'expression « charge de travail » dans une norme substantielle du Code du travail. La notion subsiste encore aujourd'hui au sujet des conventions de forfait, s'agissant de l'entretien annuel du salarié qui doit porter sur la charge de travail³³³, mais la charge de travail n'a pas de définition en droit³³⁴.

352. En revanche, la référence à la charge de travail est plus fréquente dans les accords collectifs, car il s'agit d'un objet de négociation. Elle est envisagée dans l'accord national interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail qui fixait l'objectif de « *tenir compte dans l'organisation du travail, de la nécessité d'avoir des effectifs suffisants afin d'éviter toute charge excessive de travail* ». Aujourd'hui, elle apparaît comme une référence dans certains accords interprofessionnels notamment dans l'ANI du 5 décembre 2003 sur la formation tout au long de la vie où il est stipulé que le salarié ne doit pas être dissuadé d'une formation « *du fait de la charge excessive à son retour* »³³⁵. On la retrouve également dans celui du 19 juillet 2005 sur le télétravail où l'employeur doit prévoir des modalités d'évaluation de la charge de travail³³⁶, dans celui du 2 juillet 2008 sur le stress qui fait référence à la charge de travail comme vecteur de stress professionnel³³⁷.

353. Pour certains auteurs, le juge a utilisé la notion de charge de travail dans le débat juridique, s'appuyant sur deux décisions anciennes et non publiées dans lesquelles la notion de charge de travail est prégnante, même sans référence expresse. Dans l'une d'elles, le juge a sanctionné le fait d'avoir confié des missions incompatibles avec la durée légale de travail, en rejetant la faute grave du salarié qui ne pouvait accomplir le travail demandé dans un temps

³³³ Article L.3121-65 du Code du travail « I.-A défaut de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et 2° du II de l'article L.3121-64, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve du respect des dispositions suivantes (...) »

2° L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;

3° L'employeur organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.» L'article L.3221-4 évoque également la « charge physique et nerveuse » comme un critère d'appréciation de l'égalité au travail.

³³⁴ MOREAU (M.-A.), « Temps de travail et charge de travail », Dr.soc.2000, p. 263 ; LAFUMA (E.), « Charge de travail et représentant du personnel », Dr.soc.2011, p.758 ; BARADEL (S.), « Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité » ; Dr.ouvr.2012, p.190 ; FANTONI (S.), VERKINDT (P.-Y.), « Charge de travail et qualité de vie au travail », Dr.soc.2015, p.106.

³³⁵ ANI du 5 mars 2003 complété par Accord professionnel du 20 avril 2007 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie.

³³⁶ ANI du 19 juillet 2005 sur le télétravail, V. note RAY (J.-E.), « Droit du travail et TIC [technologies de l'information et de la communication] », Dr.soc. 2007, p.140.

³³⁷ ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail, V. note VERKINDT (P.-Y.), « L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre », JCP S 2008, n°40, p.3.

compatible avec ses horaires³³⁸. Dans l'autre décision, le juge considérait qu'un employeur ne pouvait reprocher au salarié de s'être absenté sans autorisation, alors qu'il était censé avoir toute latitude de s'organiser et qu'exiger sa présence toute la semaine aux heures d'ouverture le conduirait à exécuter un temps de travail excédant les limites légales³³⁹.

354. Aujourd'hui, la notion de charge de travail occupe une place de plus en plus importante pour évaluer la durée du travail³⁴⁰. En effet, historiquement, la détermination du temps de travail a toujours résulté d'une approche quantitative correspondant avec le temps mesurable. Mais si le temps de travail a toujours eu un impact sur la santé, ses nouvelles dimensions, en faisant émerger les troubles psychosociaux, ont heurté la santé de façon renouvelée, exigeant une approche plus qualitative. Une charge de travail excessive est une atteinte indirecte au repos lorsque, par exemple, l'employeur remet au salarié le vendredi à 18 heures un dossier à traiter pour le lundi 9 heures. Il n'en reste pas moins que l'appréciation de la charge de travail est très difficile, car elle est très subjective et même variable en fonction des individus.

355. Si, à l'origine, les partenaires sociaux devaient prévoir dans l'accord collectif de travail les modalités de suivi de la charge de travail, avant la loi El Khomri du 8 août 2016, cette tâche était laissée aux représentants du personnel. Ainsi, aux termes de l'ancien article L.2323-29 du Code du travail, le comité d'entreprise était consulté chaque année sur le recours aux conventions de forfait ainsi que sur les modalités de suivi de la charge de travail des salariés concernés. Les représentants du personnel avaient pour rôle de vérifier que le recours aux conventions de forfait en jours n'était pas abusif. Ils devaient également mettre au point avec l'employeur un système permettant de contrôler la charge de travail sans donner aucune autre indication. Le législateur renvoyait donc aux représentants du personnel le soin de trouver une articulation entre temps de travail et charge de travail.

356. Le législateur ne donnait aucune indication pour mesurer la charge de travail. En effet, c'est une notion hautement subjective et il avait préféré déléguer le soin de définir la

³³⁸ Cass.soc. 16 novembre 1999, pourvoi n°97-43285, inédit.

³³⁹ Cass.soc. 12 janvier 2000, pourvoi n°97-44015, inédit.

³⁴⁰ PONTIF (V.), « Transformation numérique et vie au travail » : les pistes du rapport Mettling » RDT 2016 n°3, p. 185 ; BIDEF (A.), PORTA (J.), « Le travail à l'épreuve du numérique », RDT 2016, n°5, p.328.V. également l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (JORF n°0223 du 23 septembre 2017) et plus spécifiquement le Titre III « Modifications des règles de recours à certaines formes particulières de travail », Chapitre I « favoriser le recours au télétravail ».

charge de travail aux entreprises. De plus, un entretien annuel individuel était organisé par l'employeur avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Cet entretien portait sur la charge de travail, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle, la vie personnelle et familiale et la rémunération du salarié³⁴¹.

357. Cet entretien annuel apparaissait comme insuffisant pour permettre un véritable contrôle de l'exécution de la convention de forfait en jours. Le législateur avait manqué une occasion d'offrir des garanties au cadre soumis à une convention de forfait en jours sur l'année en ne le faisant pas bénéficier, en cas de difficulté, de la possibilité de se faire assister lors de cet entretien. Une autre difficulté pratique pouvait se poser lorsque, dans l'entreprise, le cadre soumis à une convention de forfait en jours n'avait pas de supérieur hiérarchique. L'entretien avait alors lieu au siège social avec un supérieur hiérarchique ayant un rapport plus distendu avec l'entreprise dans laquelle travaille le cadre au forfait en jours.

358. À travers le suivi au niveau individuel, il était demandé à l'employeur et aux représentants du personnel de contrôler la charge de travail.

359. Il s'agit d'une innovation introduite par la loi Aubry II du 19 janvier 2000, cette notion permet de s'abstraire de la seule approche comptable du temps de travail pour se tourner vers une approche plus qualitative. Mais cette notion permet-elle en pratique de contrôler le temps de travail des cadres ? En effet, avec les lois sur la réduction du temps de travail, le législateur s'est très vite heurté à l'inadaptation de la notion de temps de travail à l'activité de certains cadres. Le législateur s'est emparé de la notion de charge de travail, initialement utilisée par les médecins du travail pour souligner la montée des risques psychosociaux, afin de permettre une réduction du temps de travail des cadres.

360. Le contrôle de la charge de travail n'est pas sans poser de difficultés. En effet, si l'on savait qu'en application des dispositions de l'article L.3121-63 du Code du travail, toute convention de forfait en jours devait être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, tant journaliers qu'hebdomadaires, tel que défini par le Code du travail et selon les Directives de l'Union européenne de 1993 et 2003, dans le respect des principes généraux de la protection de

³⁴¹ Art. L.3121-65 du Code du travail.

la sécurité et de la santé des travailleurs, aucune précision n'était apportée sur l'évaluation et la quantification admissible de la charge de travail.

361. La question qui se pose est de savoir comment doit s'établir le contrôle de la charge de travail des cadres soumis à une convention de forfait en jours, par quels procédés l'employeur peut-il s'assurer que cette charge de travail n'est pas excessive ? Est-ce en comparant les cadres entre eux ? Où est-ce en réintroduisant un décompte horaire ? La seconde hypothèse paraît être la plus réaliste. C'est la seule manière de ne pas rester sur une appréciation subjective de la charge de travail. En effet, il sera très facile au supérieur hiérarchique d'expliquer au cadre qui estime que sa charge de travail est excessive que son collègue y arrive parfaitement sans lui mentionner le fait que ce dernier y passe ses week-ends et ses soirées.

362. Il convient donc, une fois de plus, d'analyser l'éclairage apporté par la Cour de cassation pour espérer trouver « *un baromètre* » de la charge de travail qui ne serait pas excessif, ou qui serait raisonnable. Ainsi, l'arrêt du 29 juin 2011³⁴² procède à une analyse du régime du forfait en jours tel que prévu par l'article L.3121-45 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, et les stipulations de l'accord de branche de la métallurgie. Il rappelle d'abord l'importance du droit à la santé et au repos du travailleur et décide que lorsque l'employeur ne respecte pas les garanties conventionnelles, la convention individuelle de forfait est privée d'effet, le salarié pouvant alors prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont le juge doit vérifier l'existence et le nombre. Cet arrêt opère ainsi un revirement de jurisprudence. En effet, la chambre sociale avait jugé le 13 janvier 2010³⁴³ qu'en cas d'inobservation par l'employeur des modalités de suivi de l'organisation du travail, la convention de forfait restait valide, le salarié ayant droit à des dommages-intérêts. Le revirement de jurisprudence est justifié par la prise en compte, par la chambre sociale, du principe constitutionnel du droit à la santé et au repos du travailleur, principe également protégé par les textes européens, rappelés dans le visa et le chapeau de cet important arrêt de cassation³⁴⁴.

363. Ne respectent pas non plus ces principes les stipulations qui se limitent à prévoir, s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail du salarié, un entretien annuel avec

³⁴² Cass.soc. 29 juin 2011, pourvoi n°09-71.107, *BuLL.*2011, V, n°181, op.cit., p.133.

³⁴³ Cass.soc. 13 janvier 2010, pourvoi n°08-43.201, *BuLL.*2010, V, n°14.

³⁴⁴ Cass.soc. 29 juin 2011, pourvoi n°09-71.107, *BuLL.*2011, V, n°181, op.cit., p.133.

son supérieur hiérarchique et un examen trimestriel par la direction des informations communiquées sur ces points par la hiérarchie, dès lors qu'elles ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé. La convention de forfait en jours est ainsi privée d'effet, entraînant le paiement des heures supplémentaires effectuées sur les 3 dernières années, ainsi que l'indemnité pour travail dissimulé³⁴⁵.

364. Mesurer la charge de travail, si elle permet de contrôler le temps de travail des cadres, a aussi pour intérêt de contrôler l'adéquation entre le temps consacré au travail et la rémunération. En effet, le législateur ne fixe aucun minimum de rémunération pour les cadres ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année, contrairement aux autres conventions de forfait. Aux termes de l'article L.3121-57 du Code du travail, « *la rémunération du salarié ayant conclu une convention de forfait en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmentée des majorations pour heures supplémentaires prévues à l'article L.3121-22* ». Rien de tel n'est prévu pour le cadre ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Le législateur a simplement prévu à l'article L.3121-61 du Code du travail « *que lorsqu'un salarié ayant conclu une convention de forfait en jours perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il peut, nonobstant toute clause conventionnelle ou contractuelle contraire, saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification* ». Une fois de plus, le législateur n'encadre pas suffisamment les conventions de forfait en jours sur l'année. D'ailleurs, on constate qu'il n'envisage pas la notion de charge de travail, mais fait référence aux sujétions imposées au cadre. Cet article aurait gagné en cohérence si le législateur avait eu recours à la notion de charge de travail. Si aucun minimum

³⁴⁵ Cass.soc, 26 septembre 2012 n°11.14540, « *Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions de l'article 2. 3 de l'accord ARTT du 14 décembre 2001 pris en application de la convention collective nationale de commerces de gros du 23 juin 1970, qui, dans le cas de forfait en jours, se limitent à prévoir, s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail du salarié concerné, un entretien annuel avec son supérieur hiérarchique, ni les stipulations de l'avenant du 26 janvier 2000 à l'accord d'entreprise du 17 février 1999, qui, s'agissant de l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte, ne prévoient qu'un examen trimestriel par la direction des informations communiquées sur ces points par la hiérarchie, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était privée d'effet, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

n'est garanti au cadre qui a signé une convention de forfait en jours sur l'année, le législateur offre comme seule garantie de comparer la quantité de travail accompli par le salarié avec la rémunération octroyée à ce même salarié. En pratique, pour vérifier qu'il n'existe pas de disproportion entre la rémunération et les sujétions imposées au salarié, le juge ne pourra faire autrement que d'avoir recours à un décompte horaire. D'aucuns diront que la notion de sujétion permet de s'extraire d'une approche purement quantitative pour aller vers une approche plus qualitative, notamment pour l'appréciation de la charge de travail. Ainsi, le législateur pourra prendre en compte l'importance des responsabilités du cadre, mesurer également le stress engendré par son travail. Il est certain que le législateur a tout mis en œuvre pour s'extraire de cette approche quantitative du travail et ainsi éviter de calculer le nombre d'heures effectuées par le salarié en proposant au cadre qui en ferait la demande le paiement d'une indemnité réparant le préjudice qu'il a subi, il n'est pas fait référence au paiement des heures supplémentaires. Introduire un décompte horaire n'enlèverait aucun intérêt au système des conventions de forfait en jours sur l'année, bien au contraire, il permettrait de sécuriser ce système en balisant ce régime de garanties solides.

365. La déconnexion entre le nombre d'heures travaillées et la rémunération n'est pas un dispositif nouveau. Rappelons que la loi du 11 février 1950, posant la libre discussion des salaires, n'exclut pas la rémunération à la tâche ou au rendement ni même l'Accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 relatif à la mensualisation³⁴⁶. Une réponse ministérielle³⁴⁷ précise même que son maintien est toléré lorsqu'il existe une tradition ancienne (ex. agriculture) ou lorsque des contraintes particulières le justifient. Un décret n° 84-464 du 14 juin 1984³⁴⁸, concernant la durée du travail dans les exploitations de bois, exclut ainsi de son champ d'application les bûcherons qui jouissent d'une indépendance complète dans l'exécution de leur travail effectué à la tâche. Il y a donc eu, historiquement, un espace offert par le droit positif pour une rémunération à la tâche en partie déconnectée de la durée du travail.

366. Pour illustration, dans le travail au rendement ou à la tâche, le salarié est payé au résultat, on déconnecte le temps de travail et le salaire. Pour autant, dans ce système il existe un décompte horaire. Ainsi, on indique par exemple le temps nécessaire pour la production d'une pièce, et on garantit en suivant un minimum, le salaire proposé à ces salariés qui ne doit pas

³⁴⁶ Annexé à la loi n°78-49 du 19 janvier 1978.

³⁴⁷ Rép. min. Cazenave n°4636 (JO AN Q, 27 sept. 1993, p. 318).

³⁴⁸ Décret n°84-464 du 14 juin 1984 portant application de l'article 992 du code rural dans les exploitations agricoles et de bois de la métropole (JORF du 17 juin 1984 page 1879).

être en dessous du SMIC. La Cour de cassation considère que « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures effectuées* » ; c'est donc à tort qu'une cour d'appel rejette les demandes d'un salarié en paiement de rappels de salaires correspondant au produit des heures réellement effectuées par le taux horaire du SMIC, au motif que l'intéressé, distributeur de documents publicitaires et rémunéré au rendement, n'était pas tenu d'exécuter sa prestation de travail dans une plage de temps déterminée par l'employeur, de sorte que son activité ne s'inscrivant pas dans un horaire de travail contrôlable, il ne pouvait pas prétendre à une rémunération au moins égale au SMIC³⁴⁹. Il avait déjà été jugé qu'en l'absence de fixation par le contrat du temps relatif à chaque tâche, le salarié payé à la tâche a le droit d'être rémunéré au taux du SMIC pour le nombre d'heures qu'il a effectuées³⁵⁰.

367. Par définition, le travailleur à domicile exerce son activité à la tâche ou à la pièce et reçoit une rémunération forfaitaire pour le travail qui lui est confié³⁵¹. Il est payé selon un barème fixé par convention collective ou par décision administrative, en référence à un temps considéré comme nécessaire à l'exécution des travaux qui lui sont confiés³⁵². La dactylo ou le traducteur sont rémunérés à la ligne ou à la page³⁵³, le correcteur de devoirs, à la copie³⁵⁴.

368. En l'absence de fixation du salaire horaire et du temps d'exécution des travaux dans les conditions précisées par les articles L. 7421-2 et suivants du Code du travail, le travailleur à domicile a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectuées³⁵⁵.

369. Partant, utiliser la notion de charge de travail comme étalon de mesure d'une durée du travail raisonnable n'est pas un obstacle à un décompte horaire qui pourra s'ajouter à une prise en compte par le juge de la charge psychologique du travail.

³⁴⁹ Cass.soc. 25 mai 2005, n°pourvoi 03-44.301, *Bull. civ. V*, n°179, Dr. soc. 2005, p. 924, obs. RADÉ (C.) ; V. égal. Cass.soc. 28 juin 2005, n°pourvoi 03-46.898.

³⁵⁰ Soc. 25 sept. 1990, n°pourvoi 87-40.493, *Bull. civ. V*, n°383, *Dalloz* 1990, IR 230.

³⁵¹ Art. L.7412-1 du Code du travail.

³⁵² Art. L.7422-1 et s. du Code du travail.

³⁵³ Cass.soc. 9 nov. 1971, n°pourvoi 70-11.629, *Bull. civ. V*, n°650 ; Soc. 24 mai 1972, n°pourvoi 71-10.700, *Bull. civ. V*, n°380 ; Soc. 22 janv. 1981, n°pourvoi 77-12.854, *Bull. civ. V*, n°62.

³⁵⁴ VELOT (F.) *Sem. soc. Lamy*, 2 oct. 2000, n°997.

³⁵⁵ Cass.soc. 10 mai 2007, n°pourvoi 05-44.313, *Bull. civ. V*, n°73.

b. Les effets oubliés des conventions de forfait en jours sur l'année

370. C'est aux partenaires sociaux d'arrêter les règles permettant un décompte en jours du temps de travail des cadres. Cette nouvelle mesure du temps de travail permet de ne plus avoir à distinguer dans une journée ce qui relève ou non du temps de travail effectif, résolvant ainsi la question des repas d'affaires et des missions professionnelles³⁵⁶. Cependant, d'autres difficultés demeurent.

371. Il est donc nécessaire, puisque le législateur ne donne aucune indication, que les partenaires sociaux précisent ce que recouvrent les notions de journée et de demi-journée travaillées, mais aussi ce que l'on entend par une journée ou demi-journée de repos. « *Face au développement [des technologies de l'information et de la communication] lié au progrès de la technique et aux dons d'ordinateur, il ne convient plus de raisonner uniquement en termes de décompte du temps de travail. Le droit connaît ici ses limites, être joint une fois sur son portable ne signifie pas que sa journée est une journée de travail à imputer sur les 217 jours de travail du cadre au forfait jours. Mais inversement, une journée de repos n'en est plus tout à fait une si elle est parasitée par des appels répétés* »³⁵⁷. Le législateur, dès l'origine, a laissé les partenaires sociaux parfaitement libres de définir ce qu'ils entendent par une journée ou demi-journée de repos. Il est certain qu'un décompte horaire est nécessaire pour déterminer la prise d'une journée ou d'une demi-journée de repos.

372. En effet, certains accords collectifs imposent aux cadres concernés des périodes de présence dans l'entreprise. Cette possibilité est à manier avec précaution, car aux termes de l'article L.3121-58, 1° du Code du travail, il ne faut pas oublier que le cadre, pour se voir appliquer une convention de forfait en jours, doit être autonome dans la gestion de son emploi du temps. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que les cadres « *se voyant imposer leur présence au sein des salles de jeux était antinomique avec la notion de cadre autonome* »³⁵⁸. Si la présence du cadre peut être imposée, elle ne doit pas correspondre aux horaires de présence des autres salariés de l'entreprise. Cela voudrait dire qu'un décompte horaire est tout à fait possible. L'accord peut préciser le volume horaire de travail nécessaire

³⁵⁶ GORCE (G.), Rapport AN n°1826, p.167.

³⁵⁷ FAVENNEC-HERY (F.), *Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ?*, Liaisons, Coll. Droit vivant, éd. 2003, p.42.

³⁵⁸ Cass.soc. 23 janv 2013, pourvoi n°11-23.323, RJS 2013 n°4 p. 242.

pour valider une journée ou une demi-journée de travail même si, encore une fois, cette solution ne nous paraît pas être satisfaisante.

373. Décompter le temps de travail en jours appelle également les partenaires sociaux à préciser les modalités de décompte des journées et demi-journées travaillées et les modalités de prise des journées et des demi-journées de repos. Certaines entreprises ont opté, dès 1997, pour un contrôle réel du temps de travail des cadres à l'aide de pointeuses ou plus fréquemment de badgeuses électroniques³⁵⁹.

374. Mais, le plus souvent, les partenaires sociaux font appel à un système auto déclaratif même si celui-ci exige un climat de confiance et une grande rectitude de la part des cadres comme de l'employeur³⁶⁰.

375. Quant aux modalités de prise des journées et demi-journées de repos, les partenaires sociaux optent généralement pour des systèmes dans lesquels employeurs et cadres s'accordent pour fixer les dates de prise de congés compte tenu des impératifs liés au fonctionnement de l'entreprise. L'article 21 de la convention collective nationale de la banque dispose « *que les jours et demi-journées de repos sont pris pour partie au choix du salarié et pour partie au choix de l'employeur* »³⁶¹.

376. Le décompte particulier des conventions de forfait en jours peut poser d'autres difficultés. En effet, que se passe-t-il pour le salarié qui s'absente pour fait de grève moins d'une demi-journée ? En l'absence de précisions dans le Code du travail, la jurisprudence a dégagé la solution applicable en distinguant selon qu'il existe ou non une disposition conventionnelle fixant les modalités de retenue en cas d'absence calculée en heures. À défaut d'accord collectif ayant fixé d'autres modalités, la retenue sur salaire en cas de grève d'un salarié en forfait jours se calcule en fonction d'un salaire horaire « fictif » lorsque la grève est d'une durée inférieure à la journée complète ou à la demi-journée. La retenue résulte donc de la durée de l'absence en application du principe de proportionnalité et d'un salaire horaire tenant compte du salaire du cadre concerné, du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait ; et de la durée légale du travail si la durée de travail applicable aux cadres soumis à l'horaire collectif est égale ou inférieure à cette durée légale, ou à la durée applicable à ces

³⁵⁹ Liaisons sociales-Le mensuel, « Le diktat de la pointeuse », mars 1998.

³⁶⁰ RAY (J.-E.), « Temps de travail des cadres et 35 heures, un tournant à négocier collectivement », Dr.soc. 1998, p. 979.

³⁶¹ CCN banque (Brochure JO n°3161).

cadres si elle lui est supérieure. Cette formule revient à déterminer le montant de la retenue en multipliant le nombre d'heures de grève par un salaire horaire fictif, calculé en divisant la rémunération des intéressés par un nombre d'heures également fictif³⁶². Ce mode de calcul s'inspire de celui prévu par l'article D. 6321-7 du Code du travail, qui détermine le salaire horaire de référence servant à calculer l'allocation de formation pour les salariés dont la durée du travail est fixée par une convention de forfait en jours. La formule retenue par la Cour de cassation diffère toutefois de celle de l'article D. 6321-7 sur un point : elle se réfère, non pas à la durée légale du travail de 35 heures par semaine (151,67 heures par mois), mais à la durée du travail pratiquée dans l'entreprise par les cadres soumis à l'horaire collectif.

377. Dans une autre affaire³⁶³, en revanche, l'accord national modifié du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie ayant institué les forfaits annuels en jours, excluait toute retenue en cas de suspension du contrat de travail inférieure à la journée ou à la demi-journée. Cette règle, parfaitement claire, devait être appliquée. Aucune retenue ne devait donc être opérée au titre des heures de grève. On pourrait objecter que cette solution est discriminatoire vis-à-vis des autres salariés qui subissent des retenues sur salaire en cas d'arrêt de travail pour grève, même de courte durée. Une telle objection peut toutefois, selon nous, être réfutée si l'on considère que, dans la plupart des cas, la grève sera sans incidence sur le travail réellement accompli par le salarié au forfait. La nature des tâches, la liberté d'organisation du temps de travail et, souvent aussi, la subordination d'une partie de la rémunération à l'obtention de résultats conduiront en effet les salariés au rattrapage des heures non travaillées du fait de la grève. Par contre, cette différence de traitement se justifie-t-elle avec les salariés en forfaits jours ? D'aucuns pourraient penser que la différence de traitement se justifie puisque dans un cas un accord collectif a été conclu et dans un autre il n'y a pas d'accord.

378. L'autre point important soulevé par les conventions de forfait en jours est la rémunération. Ainsi, en matière de rémunération, la loi ne prévoit pas de salaire minimum comme pour les autres forfaits, et elle supprime toute possibilité pour les salariés d'être rémunérés en heures supplémentaires. Le législateur a introduit une protection pour le salarié lorsque celui-ci estime qu'il perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il pourra désormais saisir le conseil de prud'hommes afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au

³⁶² Cass.soc. 13 nov. 2008, n°06-44.608, n°1914 FP.

³⁶³ Cass.soc. 4 mars 2009 n°07-45.291 (n°386 FS-PB), Bourdet c/ Sté Schneider automation.

niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise et correspondant à sa qualification³⁶⁴. Cette indemnité n'est due que dans la mesure où le forfait-jours est licite. Lorsque le forfait-jours ne peut être appliqué au salarié en raison d'un manque d'autonomie de ce dernier dans l'organisation de son emploi du temps, il n'est pas en droit de réclamer l'indemnité prévue par l'article L.3121-61 du Code du travail³⁶⁵.

379. Depuis 2001, le Comité européen des droits sociaux (CEDS)³⁶⁶ estime que l'absence de majoration pour heures supplémentaires est contraire à l'article 4§ 2 de la charte sociale ainsi rédigé « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les Parties s'engagent : [...] à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers* »³⁶⁷

380. La loi du 20 août 2008, dans sa partie relative à la réforme du temps de travail, a admis sous certaines conditions, un dépassement du forfait légal de 218 jours. Le nombre de jours travaillés pouvant atteindre 282 jours par an en prévoyant une majoration de salaire de 10%, par jour travaillé, au-delà du forfait légal ou conventionnel s'il est inférieur³⁶⁸.

381. Le CEDS continue, malgré la mise en place de cette majoration de salaire de 10% par jour travaillé au-delà du forfait légal ou conventionnel, à considérer que les heures de travail effectuées par les salariés soumis au système de forfait en jours qui ne bénéficient pas de majoration de rémunération sont anormalement élevées. Le fait qu'une majoration de la rémunération soit désormais prévue pour les jours travaillés correspondant aux jours de congés auxquels le salarié soumis au système de forfait en jours a renoncé, n'apparaît pas comme suffisant au regard du § 2 de l'article 4 de la Charte sociale des droits fondamentaux³⁶⁹.

382. Là encore, le CEDS fait preuve d'une grande sévérité à l'égard des conventions de forfait en jours qu'il considère comme fondamentalement contraire à la charte sociale. Ainsi, le comité invite le législateur à revoir sa copie en gardant à l'esprit non pas seulement la flexibilisation à outrance de la durée du travail, mais également la protection des droits fondamentaux des salariés.

³⁶⁴ Art. L.3121-47 du Code du travail.

³⁶⁵ Cass.soc. 31 oct. 2007, pourvoi n°06-43.876, n°2285 FS - P + B + R, Sté Blue Green Villennes c/ Loustaud.

³⁶⁶ V. infra p. 160.

³⁶⁷ CEDS, décision du 16 novembre 2001 portant sur la réclamation n°9/2000 par la CFE-CGC c. France ; décision du 12 octobre 2004 portant sur la réclamation n°16/2003 par la CFE-CGC c. France, §55.

³⁶⁸ Art. L.3121-45 du Code du travail.

³⁶⁹ CEDS, décision du 23 juin 2010 portant sur la réclamation n°55/2009 par la CFE-CGCc. France, § 75, et n°56/2009, § 78.

383. Pourtant le législateur n'a pas hésité à élargir l'application du droit spécial du temps de travail à d'autres catégories de salariés contribuant par là même à désavouer la spécificité du temps de travail des cadres.

II. Vers l'élargissement du droit spécial du temps de travail

384. Les lois Aubry avaient pour vocation première de faire bénéficier de la réduction du temps de travail les cadres en prenant en compte leurs spécificités. Quinze ans plus tard, il ne reste plus rien de cette vocation première. Ce droit spécial du temps de travail des cadres a été largement ouvert aux autres catégories de salariés (I) ainsi, l'utilisation des conventions de forfait a été banalisée (II) afin de flexibiliser le temps de travail d'une majorité de salariés.

A. L'application du droit spécial du temps de travail à d'autres catégories de salariés

385. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises³⁷⁰ est la première loi à avoir étendu le dispositif des conventions de forfait en jours à des salariés non-cadres, mais cette possibilité était réservée au salarié itinérant non cadre dont la durée du temps de travail ne pouvait être prédéterminée ou qui disposait d'une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui lui sont confiées.

386. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail³⁷¹, a simplifié à deux égards l'identification des salariés éligibles aux conventions de forfait en jours. Le législateur a d'une part, fusionné dans un même article les salariés éligibles aux conventions de forfait en jours. Il a, d'autre part, supprimé les termes

³⁷⁰ Op.cit.

³⁷¹ Op.cit.

« non-cadre » et « itinérant » et il a rendu cumulatives les conditions d'éligibilité au forfait en jours pour les salariés non-cadres. Ainsi, l'article L.3121-58 2° du Code du travail dispose que peuvent se voir appliquer une convention de forfait en jours « *les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ».

387. À titre d'exemple, peuvent être concernés par ce forfait jours : des commerciaux du secteur des assurances, des visiteurs médicaux, des agents de maintenance, des monteurs de chantiers. En revanche, comme pour les forfaits annuels en heures, le forfait en jours ne peut pas être proposé au salarié contraint : de travailler aux heures d'ouverture et de fermeture du magasin, de respecter des horaires stricts pendant les permanences et lors des livraisons et enfin, de solliciter l'autorisation de son supérieur hiérarchique pour quitter son poste. Le forfait en jours ne peut pas lui être appliqué³⁷².

388. Pourtant, l'extension de l'application des conventions de forfait en jours à des salariés non-cadres pourrait être considérée comme contraire au droit européen et notamment à l'article 17 de la directive européenne 2003-88 du 4 novembre 2003 réservant les dérogations aux cadres dirigeants ou autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome. Ainsi, un doute subsiste sur la conventionalité de cette disposition. Mais en 2005 le Conseil Constitutionnel a jugé qu'il était loisible au législateur d'étendre à des salariés non-cadres le régime du forfait en jours « *sous réserve de ne pas [les] priver [des] garanties légales [et des] exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos* » pour décider de la conformité du texte à la Constitution³⁷³.

B. La banalisation de l'utilisation des forfaits

389. Au départ, les conventions de forfait étaient appréhendées comme des conventions dérogatoires, car souvent ces conventions, comme l'a souligné Hélène SINAY, méconnaissaient alors les prescriptions légales faisant obligation à l'employeur de préciser sur le bulletin de paie les heures normales et les heures supplémentaires³⁷⁴. Aujourd'hui, la licéité des conventions de forfait établies sur une base hebdomadaire ou mensuelle ne fait plus débat.

³⁷² Cass.soc. 10 déc. 2008, n°07-62. 669.

³⁷³ Cons.const., décision n°2005-523 DC, du 29 juillet 2005, Loi en faveur des petites et moyennes entreprises.

³⁷⁴ SINAY (H.), « Les forfaits de salaire », *JCP* 1960, I,1586.

C'est l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977, repris par la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle³⁷⁵ qui a reconnu la licéité de ces forfaits incluant le paiement d'un certain nombre d'heures supplémentaires. Ainsi, employeur et salariés peuvent convenir d'une rémunération forfaitaire dès lors qu'elle ne s'avère pas défavorable pour le salarié. Cette condition de validité a été fixée de longue date par la jurisprudence³⁷⁶, puis pérennisée par la circulaire ministérielle du 27 juin 1978 aux termes de laquelle « *ce forfait n'est [...] conforme à la réglementation qu'à condition d'aboutir à un résultat au moins aussi favorable que le mode de calcul qui prend en compte les heures supplémentaires réellement effectuées* »³⁷⁷. Enfin, la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail a consacré que la rémunération attachée au forfait doit être au moins égale à la rémunération que le salarié recevrait compte tenu du salaire minimum conventionnel applicable dans l'entreprise.

390. Il est évident que la conclusion d'une convention de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois doit être avantageuse pour le salarié. Pourtant, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur le bien-fondé de ce parti pris, car les questions liées à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs ne peuvent se satisfaire de ce gain purement financier. Ainsi, aux termes de la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des salariés au travail représente un objectif qui ne peut être subordonné à « *des considérations purement économiques* »³⁷⁸.

391. Nonobstant ces interrogations, le législateur n'a pu s'empêcher de consacrer la généralisation de l'utilisation des forfaits en heures sur la semaine ou sur le mois à l'ensemble des salariés.

392. Ainsi, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 est venue modifier en profondeur la section 4 du chapitre I^{er} du titre II du livre I^{er} de la troisième partie du Code du travail relative aux conventions de forfait. Jusque là, une première sous-section concernait les cadres, alors

³⁷⁵ Loi n°78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (JORF 20 janvier 1978 p.426).

³⁷⁶ Cass.soc. 5 février 1959, Olivier c/ Sté Bahuaud et Cie, *Bull. civ.*, IV n°183 ; obs. B.P. , JCP 1960, II, 11608, obs. B.P. ; D. 1959. 107; obs. C.M. , *JCP CI* 1959, 65061.

³⁷⁷ Circ. Min. 27 juin 1978 concernant l'application de la loi n°78-49 du 19 janvier 1978, *Bulletin Législatif Dalloz* 1978, p. 281.

³⁷⁸ Directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JOCE n°L.307 du 13 décembre 1993 p. 18) modifiée par les directives 2000/34/CE du Conseil du 22 juin 2000 (JOCE n°L.195 du 1^{er} août 2000 p. 41) et 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 (JOCE n°L.299 du 18 novembre 2003 p. 9).

qu'une seconde, comportant un article unique, s'appliquait aux salariés non-cadres, itinérants ou disposant d'une grande autonomie. Le tout premier article de la première sous-section relative à la mise en place des conventions de forfait qui modifiait l'article L.3121-38 du Code du travail disposait que « *la durée du travail de tout salarié [pouvait] être fixée par une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois* ». Depuis la loi du 20 août 2008, le législateur marque clairement sa volonté de ne pas laisser aux cadres le monopole des conventions de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois, même si en pratique ce type de conventions n'a jamais été uniquement réservé aux cadres. Mais en y regardant de plus près, on remarque que la disposition légale qui fixe comme principe la possibilité pour tout salarié de conclure une convention de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois vient remplacer les dispositions concernant les cadres intégrés. En effet, avant la loi du 20 août 2008 il existait trois catégories de cadres, les cadres dirigeants, les cadres autonomes et les cadres intégrés. Si les deux premières catégories n'ont pas été supprimées, la troisième catégorie a, elle, en revanche été rayée du dispositif légal. Ces cadres intégrés qui étaient en quelque sorte une catégorie de droit commun étaient ceux « *occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de [leur] atelier [de leur] service ou de [leur] équipe* »³⁷⁹. À l'origine, ces cadres étaient appréhendés comme faisant partie « *d'une collectivité homogène de salariés* »³⁸⁰, et auraient dû donc en toute logique, suivre le rythme de travail de la structure à laquelle ils sont associés. En d'autres termes, ces cadres « *de présence* »³⁸¹ auraient donc dû par définition être occupés selon l'horaire collectif cadres. La loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 a modifié la définition du cadre intégré, en supprimant toute référence au critère de la prédétermination du temps de travail, élargissant ainsi la définition des cadres intégrés. Pour M. FILLON, alors ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité « *le critère de l'horaire collectif seul ne suffit pas à caractériser la situation de ces salariés qui, dans les faits, compte tenu des fonctions qui peuvent leur être confiées, sont parfois amenés à effectuer des heures supplémentaires en nombre limité pour permettre la transmission de consignes ou préparer le travail des jours suivants. [...] La durée de travail de ces cadres [peut] ne pas être totalement prédéterminée et*

³⁷⁹ Ancien Art. L.212-15-2 Code du travail.

³⁸⁰ AUBREE (Y.), « Cadres », *J.-Cl. Travail*, 2001, fasc. 2-12, p. 10.

³⁸¹ JOFFREDO (T.), « Temps de travail des cadres : quelle réforme au 1^{er} janvier 2000 ? », *JCP E* 1999.

ne pas épouser parfaitement les contours de l'horaire collectif, sans que ce dernier perde pour autant son rôle structurant dans le rythme de travail de ces cadres »³⁸².

393. En réalité, cette nouvelle définition des cadres intégrés ne fait que reprendre l'approche développée par la circulaire relative à la réduction négociée du temps de travail. Ainsi, elle précisait que « *les cadres relevant de l'article L.212-15-2 du Code du travail sont [...] ceux qui suivent l'horaire collectif, mais aussi ceux dont le rythme de travail épouse celui de l'horaire collectif, sans s'identifier exactement ou en permanence à celui-ci, c'est-à-dire les cadres qui, au-delà de l'horaire collectif sont amenés à effectuer des heures supplémentaires en nombre limité pour permettre le passage de consignes, la rédaction de rapports d'activités ou encore la préparation du travail du ou des jours suivants* »³⁸³. On a donc du mal à comprendre l'apport de la loi du 17 janvier 2003, le but de la manœuvre était manifestement d'élargir la catégorie des cadres intégrés, à tel point que le législateur en 2008 a estimé qu'il n'était plus nécessaire de distinguer ces cadres des autres salariés.

394. À l'aune de ce qui s'est passé pour les cadres intégrés, il est tentant de penser qu'à terme la référence au cadre disparaîtra au profit de la catégorie de salarié ayant conclu une convention de forfait.

Section 2. La sauvegarde du dispositif des conventions de forfait en jours

395. Beaucoup ont espéré la fin des conventions de forfait en jours. Les premiers ont été les syndicats, qui, dès la mise en place de ces conventions de forfait en jours ont intenté une action devant les instances internationales et, plus précisément, le comité européen des droits sociaux celui-ci ayant déclaré contraire aux droits fondamentaux les forfaits en jours (I). La position de la Cour de cassation était donc très attendue. En décidant d'encadrer ces dernières, le juge a opté pour le sauvetage des conventions de forfait en jours (II)³⁸⁴, mais l'insécurité

³⁸² Projet de loi n°190 relatif aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 septembre 2002.

³⁸³ Circ. min. 3 mars 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail – Fiche n°11 – BOMT n°2000/6 bis.

³⁸⁴ V. en ce sens les obs. sous la décision de la Cass.QPC. du 14 décembre 2016 n°16-40.242, RADÉ (C.), « Brevet de constitutionnalité pour la convention de forfait en jours », Lexbase Hebdo, éd.soc.n°683 du 12/01/2017.

suscitée par la jurisprudence à conduit le législateur à sauvegarder le dispositif des conventions de forfait en jours avec la loi « Travail »³⁸⁵.

I. La difficile conciliation des conventions de forfait en jours avec l'impératif de protection de la santé et de la sécurité au travail

396. Le droit de la durée du travail doit répondre à deux impératifs principaux : protéger la santé des salariés et satisfaire à des exigences d'organisation de l'entreprise. La mise en place des conventions de forfait en jours sur l'année a eu pour mérite certain de remettre au premier plan les questions liées à la santé et à la sécurité des salariés. Ce rappel a d'abord été fait par le droit européen avec l'idée de durée raisonnable du travail.

397. Ainsi, le Comité européen des droits sociaux, organe du Conseil de l'Europe, fut saisi de la question des conventions de forfait en jours sur l'année. La Charte sociale européenne révisée constitue le versant des « droits sociaux et économiques » des droits de l'Homme en Europe, en complément du versant des « Droits civils et politiques » prévus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette Charte, signée en 1961 et révisée en 1996, est un traité international, ratifié et publié par la France et s'intégrant dans l'ordre juridique interne. Cette charte est citée dans le Traité de Lisbonne. Elle ne doit pas être confondue avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, partie intégrante du droit de l'UE³⁸⁶.

398. Dès 2000, une requête fut introduite contre le régime établi par la loi "Aubry II" sur le fondement de l'article 2 § 1 de la Charte sociale européenne révisée, lequel article dispose que les États parties s'engagent « *à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent* »³⁸⁷.

³⁸⁵ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc., n°666 du 1^{er} septembre 2016 ; Etude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016 ; Dossier sur la « Loi Travail. Les 12 travaux de la loi, SSL n°1734, septembre 2016. V. également le Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, SAURET (A.) « Durée du travail : les propositions du projet de loi El Komri révolutionne peu » Gaz.Pal. 14 juin 2016, n°22, p.53.

³⁸⁶ ANKANDJI-KOMBE (J.-F.), L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives, *Dr. soc.* 2000, p.888.

³⁸⁷ CEDS 6 novembre 2000, recl. n°9/2000 CFE-CGC c/ Gouvernement de la France.

399. Constatant que le salarié pouvait être amené à travailler 78 heures par semaine, le comité jugea « *qu'une telle durée est manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable au sens de l'article 2 paragraphe 1 de la Charte sociale révisée* ». De nouvelles réclamations ont été formulées par la CFE-CGC³⁸⁸ et la CGT³⁸⁹ contre la loi Fillon n° 2003-47 du 17 janvier 2003. Le comité a relevé une nouvelle fois l'incompatibilité des conventions de forfait en jours à l'article 2 § 1 de la Charte sociale européenne révisée.

400. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 n'a pas fait exception et le Comité européen des droits sociaux (CEDS) du Conseil de l'Europe a été saisi et a inévitablement conclu, à l'unanimité dans deux décisions, en date du 23 juin 2010³⁹⁰, rendues publiques le 14 janvier 2011, à la violation par la France de la Charte sociale européenne révisée.

401. Pour les auteurs de ces réclamations, le mécanisme du forfait en jours serait ainsi contraire à l'article 2, § 1 de la charte selon lequel les parties contractantes s'engagent « *à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire...* ». En effet, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 n'offre pas de garanties suffisantes « *en ce qu'elle laisse à titre principal aux accords d'entreprise ou d'établissement le soin de prévoir les modalités d'organisation du temps de travail, et ce, sans poser de limites* »³⁹¹. Par ailleurs, la loi du 20 août 2008 aggrave cette situation en permettant de travailler jusqu'à 282 jours tout en supprimant les garanties collectives qui existaient avec les textes antérieurs, lesquelles ont été remplacées par un entretien individuel avec l'employeur.

402. Le gouvernement français avançait plusieurs arguments non convaincants pour justifier la compatibilité des conventions de forfait en jours avec la charte sociale européenne. Ainsi, il faisait valoir que la garantie de repos quotidien et hebdomadaire permettait d'assurer une durée raisonnable de travail et de limiter l'amplitude de la journée et de la semaine de travail, une durée de 78 heures étant hypothétique. D'ailleurs, certains accords fixent des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 apporte une garantie complémentaire avec le nouveau plafond de 235 jours et la consultation du comité d'entreprise chaque année sur le recours aux conventions de forfait ainsi que sur les modalités

³⁸⁸ CEDS 16 juin 2003, récl. n°16 /2003 CFE-CGC c/ Gouvernement de la France

³⁸⁹ CEDS 9 février 2004, récl. n°22 /2003

³⁹⁰ CEDS, 23 juin 2010, récl. n°55/2009, CGT c/Gouvernement de la France et récl. n°56/2009, CFE-CGC c/ Gouvernement de la France, V. étude MORAND (M.), « Les Forfaits-jours et la charte sociale européenne », *JCP S* 2011, n°19 p.10.

³⁹¹ CEDS, 23 juin 2010, récl. n°56/2009, CFE-CGC c/ Gouvernement de la France.

de suivi³⁹². Notons qu'il s'agit d'un plafond qui ne s'applique que si un accord collectif ne fixe pas lui-même un autre plafond qui peut être supérieur à 235 jours³⁹³. Enfin, toujours selon le gouvernement, s'agissant des salariés concernés, ce mode de calcul n'est pas incompatible avec la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail qui dispose que « *dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, les États membres peuvent déroger aux articles 3 à 6³⁹⁴, 8 et 16 lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes* »³⁹⁵.

403. Pour le CEDS, les garanties mises en place par la loi du 20 août 2008 demeurent insuffisantes, car le comité constate que, désormais, celles-ci résultent d'un entretien annuel avec l'employeur et qu'il n'est plus prévu que les accords collectifs fixent les modalités de suivi et notamment de durée du travail et de charge de travail. Il en déduit que la procédure de

³⁹² Art. L.2323-29 du Code du travail.

³⁹³ Art. L.3121-45 du Code du travail.

³⁹⁴ Article 3 la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ;

« Repos journalier

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de vingt-quatre heures, d'une période minimale de repos de onze heures consécutives ».

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

« Temps de pause

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cas où le temps de travail journalier est supérieur à six heures, d'un temps de pause dont les modalités, et notamment la durée et les conditions d'octroi, sont fixées par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux ou, à défaut, par la législation nationale ».

Article 5 la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ;

« Repos hebdomadaire

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de sept jours, d'une période minimale de repos sans interruption de vingt-quatre heures auxquelles s'ajoutent les onze heures de repos journalier prévues à l'article 3.

Si des conditions objectives, techniques ou d'organisation du travail le justifient, une période minimale de repos de vingt-quatre heures pourra être retenue »

Article 6 la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ;

« Durée maximale hebdomadaire de travail

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs :

a) la durée hebdomadaire du travail soit limitée au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux ;

b) la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires »

³⁹⁵ Art 17 de la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, (JOUE n°299 du 18 novembre 2003 p. 9).

négociation n'offre pas de garanties suffisantes pour être en conformité avec l'article 2, § 1. Enfin, en ayant privilégié la négociation d'entreprise, le comité considère que la procédure d'opposition à ces accords (50 % des suffrages valablement exprimés)³⁹⁶ ne constitue pas une garantie, car sa mise en œuvre continue à présenter un caractère aléatoire. Il en conclut que « *la situation n'est pas conforme à l'article 2, § 1 de la Charte révisée* ».

404. Dans ces décisions, le CEDS³⁹⁷ a eu également à juger de la conformité des conventions de forfait en jours à l'article 4, § 2 sur le droit à une rémunération équitable. Dans les réclamations collectives portées devant le CEDS était en cause le système de forfait-jours qui ne permet pas de prendre en compte le calcul des heures supplémentaires, ce qui serait contraire à l'article 4, § 2 de la charte qui précise que les parties contractantes s'engagent « *à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majorée pour les heures de travail supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers* ».

405. Le gouvernement français, pour légitimer le calcul de la rémunération des forfaits en jours, avançait que la loi du 20 août 2008 avait prévu une rémunération minimale majorée de chaque jour de repos auquel le salarié a renoncé, fixée au minimum à 10 %. Ensuite le gouvernement estimait que le recours juridictionnel prévu par l'article L.3121-47³⁹⁸ du Code du travail garantissait le respect du droit à bénéficier d'une rémunération équitable.

406. Le Comité devait examiner si la majoration de 10 % des « *jours supplémentaires* », telle qu'issue de la loi du 20 août 2008, permettait de répondre aux prescriptions de l'article 4, § 2 de la Charte révisée. Le comité rappelle tout d'abord que l'article 4, § 2 admet des exceptions au droit à une rémunération majorée pour les heures

³⁹⁶ La loi n°2008-789 du 20 août 2008 (JORF n°0194 du 21 août 2008 p.13064) dans sa partie portant rénovation de la démocratie sociale, a transformé les règles du droit français en matière de représentativité syndicale avec les articles L.2232-2, L.2232-6 et L.2232-12 du Code du travail, il est ainsi décidé de donner une importance accrue à l'exigence majoritaire. Désormais la validité d'un accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés et n'ayant pas fait l'objet d'une opposition par les syndicats représentatifs ayant recueilli 50% des suffrages exprimés aux élections professionnelles. V. notamment OLIVIER (J.-M.) rapport de synthèse du colloque du 10 avril 2009 sur le thème « rénovation de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* 2009, p. 687 ; FAVENNEC-HÉRY (F.), *La représentativité syndicale*, *Dr. soc.* 2009, p. 630.

³⁹⁷ CEDS 6 novembre 2000, récl. n°9/2000 CFE-CGC c/ Gouvernement de la France. ; CEDS 16 juin 2003, récl. n°16 /2003 CFE-CGC c/ Gouvernement de la France ; CEDS 9 février 2004, récl. n°22 /2003 CEDS, 23 juin 2010, récl. n°55/2009, CGT c/Gouvernement de la France et récl. n°56/2009, CFE-CGC c/ Gouvernement de la France, V. étude MORAND (M.), « Les Forfaits-jours et la charte sociale européenne », *JCP S* 2011 n°19, p.10.

³⁹⁸ Ancien article L.3121-47 du Code du travail « *Lorsqu'un salarié ayant conclu une convention de forfait en jours perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il peut, nonobstant toute clause contraire, conventionnelle ou contractuelle, saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification* ». Actuel art. L.3121-61 du Code du travail.

supplémentaires effectuées, mais que ces exceptions ne peuvent concerner que certaines catégories de fonctionnaires ou de cadres et doivent être peu nombreuses³⁹⁹. Il constate que par leur nombre et la nature des fonctions qu'ils exercent, les cadres et autres salariés n'entrent pas dans ces exceptions et que la majoration correspondant aux jours de congés auxquels le salarié soumis au système de forfait-jours a renoncé n'apparaît pas comme suffisante eu égard au nombre d'heures anormalement élevé que le salarié peut être amené à effectuer. Pour le comité, la période de référence d'un an est excessive.

407. S'agissant du droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la conformité du système des forfaits-jours aux Directives relatives à l'aménagement du temps de travail et, en particulier, à la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003. L'article 17 § 1 de cette Directive ouvre, il est vrai, la faculté pour les États membres de déroger aux durées maximales qu'elle établit lorsque « *la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome* ». En parallèle, l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose cependant que le « *travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire ainsi qu'à une période annuelle de congés payés* », règle qui semble s'opposer à la validité de convention de forfait-jours imposant des durées de travail trop élevées.

II. La préservation du dispositif des conventions de forfait en jours par le juge

408. Les textes donnant de moins en moins d'indications, le juge a dû préciser l'articulation des sources mettant en place le forfait en jours (B.). *A priori* aucune difficulté, mais l'incertitude naît des exigences de la Cour de cassation quant au contenu des accords (A.), les conséquences peuvent être importantes, car le non-respect de ces exigences conduit à des sanctions (C.).

³⁹⁹ La CGT dans sa réclamation n°55/2009 note par ailleurs selon une étude du ministère du Travail de 2008, qu'un tiers des cadres seraient concernés et 10,2 % des salariés à temps complet.

A. Les incertitudes quant au contenu des accords

409. L'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011⁴⁰⁰ est la première pierre à l'édifice construit pour sauver le dispositif des conventions de forfaits en jours, avec un visa dense qui témoigne de la complexité des sources européennes du travail que la Cour de cassation essaie de concilier⁴⁰¹. Elle va donc s'appuyer sur : l'alinéa 11 de la Constitution du 27 octobre 1946, qui reconnaît la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, se référant à la charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'ancien article L.3121-45 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et enfin à l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie. Malgré ce visa très riche, la Cour de cassation, en se référant au droit de l'Union européenne, évite de faire directement référence à la Charte sociale européenne. En effet, en ayant recours d'une part à l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui dispose que les États sont simplement « conscients » de l'existence de la Charte sociale européenne signée à Turin en 1961 et en s'appuyant, d'autre part, sur la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, la Cour de cassation refuse ainsi de saisir l'opportunité que ce recours lui offrait pour admettre l'applicabilité directe de la Charte sociale⁴⁰².

⁴⁰⁰ Cass.soc. 29 juin 2011, pourvoi n°09-71.107 ; AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Le forfait en jours n'est pas sorti de la zone de turbulence – À propos de l'arrêt du 29 juin 2011 », *JCP S* 2011, n°28, p.11 ; CHAMPEAUX (F.), « Retour sur le forfait en jours », *SSL* 2011, n°1500, p. 11 ; DEJOURS (C.), LAULOM (S.), MAZARS (M.-F.), « Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011 », *RDT* 2011, p. 481 ; HAUTEFORT (M.), « Les forfaits-jours validés sous conditions », *JSL* 2011, n°304, p. 8 ; MAZARS (M.-F.), FLORES (P.), « La Cour de cassation et le cadre juridique forfait en jours », *SSL* 2011 n°1499, p.5 ; MORAND (M.), « Le forfait en jours sous conditions », *JCP S* 2011, n°28, p. 14 ; TOURNAUX (S.), « Le forfait-jours : compromis à la française ! », *Lexbase Hebdo*, éd.soc. n°447 du 7 juillet 2011.

⁴⁰¹ Cass.soc. 29 juin 2011, n°09-71.107, note TOURNAUX (S.), « Forfaits-jours un compromis à la française », *Lexbase éd.soc.préc.* ; note, HAUTEFORT (M.), « Les forfaits-jours validés sous conditions », *JSL* 2011 n°304, p. 8 ; note J.-F. AKANDJI-KOMBÉ (J.F.), « Le forfait en jours n'est pas sorti de la zone de turbulence-À propos de l'arrêt du 29 juin 2011 », *JCP S* n°28, p.11 ; Forum, Réflexions, FLORES (Ph.), MAZARS (M.-F.), « La Cour de cassation et le cadre juridique forfait en jours », *SSL* n°1499, p. 5 ; chron. FAVENNEC-HERY (F.), « La validité du forfait-jours : le grand écart », *RJS* 2011, n°8 p. 587.

⁴⁰² AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT* 2011, p. 233, LAULOME (S.), « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT* 2011, p. 298 ; MINÉ (M.), « Le droit du temps de travail à la lumière de la Charte sociale européenne », *SSL* 2011, n°1475, p. 7 ; DEJOURS (Ch.), LAULOM (S.), MAZARS (M.-F.), « Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011 », *RDT* 2011, p. 481 ; MORAND (M.), « Les forfaits-jours et la charte sociale européenne », *JSP S* n°19, p. 10.

410. La chambre sociale de la Cour de cassation a donc choisi de valider le dispositif des conventions de forfait en jours en adoptant une position que l'on pourrait qualifier de pragmatique et en faisant des conventions et accords collectifs les garants du droit au repos et à la santé des salariés. En l'espèce, il s'agissait d'un salarié qui avait été engagé en 2001 en qualité de cadre autonome comme responsable commercial sur une zone internationale. Son contrat de travail comportait une convention de forfait en jours signée sous l'empire de l'accord national de la métallurgie. Le salarié démissionne et saisit la juridiction prud'homale en invoquant les insuffisances de l'employeur quant au contrôle du nombre de jours travaillés et du suivi de son organisation et de sa charge de travail en soutenant qu'il n'a pas perçu toutes les sommes auxquelles il pouvait prétendre. La cour d'appel de Caen débouta le salarié de ses demandes portant sur le paiement d'heures supplémentaires et sur la qualification de travail dissimulé. Pour la Cour d'appel, puisque le cadre est soumis à une convention de forfait en jours, il n'y a pas lieu de procéder à un décompte horaire. En conséquence, la référence dans les bulletins de paie à un décompte horaire de 151,67 heures de travail par mois et les insuffisances de l'employeur en matière de contrôle du nombre de jours travaillés ou en suivi de l'organisation et de la charge de travail, à les supposer établies, n'étaient pas de nature à remettre en cause la convention de forfait-jours. Les juges ont ainsi conclu que *« cette convention exclut les dispositions sur la durée légale du travail, les heures supplémentaires et des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail et donc un décompte de la durée du travail en heures »*. Cette décision est cassée et le raisonnement de la Chambre sociale est clair. Les conventions de forfait en jours doivent garantir le droit au repos des salariés. Ainsi, la Cour de cassation énonce *« que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires »*. Elle reprend, enfin, les dispositions de l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie aux termes duquel *« le forfait en jours s'accompagne d'un contrôle du nombre de jours travaillés, afin de décompter le nombre de journées ou de demi-journées travaillées, ainsi que celui des journées ou demi-journées de repos prises »*, *« l'employeur est tenu d'établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées, ainsi que le positionnement et la qualification des jours de repos en repos hebdomadaires, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre de la réduction du temps de travail »*, lequel document *« peut être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur »*. Elle relève, encore, que l'accord précise *« que le supérieur hiérarchique du salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours assure le suivi*

régulier de l'organisation du travail de l'intéressé et de sa charge de travail», que « *le salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé et l'amplitude de ses journées d'activité* » et, surtout, « *que cette amplitude et cette charge de travail devront rester raisonnables et assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé* ».

411. La Chambre sociale, qui a validé la disposition conventionnelle litigieuse⁴⁰³, a ainsi fourni un premier modèle de convention « *de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours* ». Depuis cette décision, la Cour de cassation a fait preuve d'une grande sévérité en invalidant la quasi-totalité des dispositifs conventionnels mettant en place des conventions de forfait en jours. Cette décision semble s'inscrire dans une stratégie d'unification de la jurisprudence mise en place dès l'arrêt *Blue green* du 31 octobre 2007⁴⁰⁴, qui invitait les juges du fond à « *exercer une surveillance renforcée de l'application du régime du forfait en jours des salariés* »⁴⁰⁵. Désormais, tant la validité de la convention individuelle de forfait en jours, que la conformité du dispositif conventionnel lui-même doit être vérifiée d'office sur le fondement de l'article 1105 du Code de procédure civile. C'est donc sur des moyens relevés d'office que la Cour de cassation a relevé le défaut de conformité notamment des conventions collectives de l'industrie chimique⁴⁰⁶, du commerce de gros⁴⁰⁷, de SYNTEC⁴⁰⁸, des cabinets d'experts-comptables et de

⁴⁰³ Accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie, article 14.

⁴⁰⁴ Cass.soc. 31 octobre 2007, pourvoi n°06-43.876, V. note BARTHELEMY (J.B.) et ROSE (H.), « L'arrêt Blue green en débat », *SSL* 2007 n°1327 p. 10 ; note HAUTEFORT (M.), « Du bon usage du forfait-jours », *JSL* 2007 n°222, p.8 ; note BUGADA (A.), « La convention de forfait-jours sous contrôle judiciaire », *Dr.soc.* 2008, p. 443 ; note VACHET (G.), « Durée du travail : conditions d'application du régime de forfait en jours », *JCP S* 2008, n°1 p. 27.

⁴⁰⁵ V. commentaire de l'arrêt Blue Green du 31 octobre 2007, préc., au Rapport annuel de la Cour de cassation, 2007, p. 344.

⁴⁰⁶ Cass.soc. 31 janvier 2012, pourvoi n°10-19.807, V. note ANTONMATTEI (P.H.), « Convention de forfait en jours », *Dr.soc.* 2012, p. 537 ; note LHERNOULD (J.P.), « Durée du travail- forfait-jours : feuille de route confirmée pour les branches et les entreprises », *JSL* 2012, n°318, p. 15 ; notes MORAND (M.), « Durée du travail-Les forfaits en jours aux prises avec les impératifs de santé et de sécurité », *JCP S* 2012, n°12, p. 27 ; « Durée du travail-Constataion des conventions de forfait en jours », *JCP S* 2012, n°12, p. 30 ; note TOURNAUX (S.) « Conventions de forfait en jours : de l'importance du contenu des accords collectifs », *Lexbase Hebdo, éd.soc.* 2012, n°473 ; Obs.X. *RJS* 4/2012, n°350.

⁴⁰⁷ Cass.soc. 26 septembre 2012, pourvoi n°11-14.540, V. note CHENU (D.), « Forfait en jours : les répliques du séisme », *SSL* 2013 supplément, n°1571, p. 90 ; note RADÉ (C.), « Nouveau tour de vis concernant l'encadrement conventionnel des conventions de forfait en jours », *Lexbase Hebdo, éd.soc.*, n°501 du 11 octobre 2012; obs.X., *RJS* 12/2012, n°950 ; note CESARO (J.-F.), *JCP E* 2013, n°2, p. 46.

⁴⁰⁸ Cass.soc. 24 avril 2013 pourvoi n°11-28.398, V. note MORAND (M.), « Durée du travail-Forfaits en jours : la Cour de cassation intraitable ! », *JCP S* 2013, n°23, p. 25 ; Obs.X. *RJS* 7/2013, n°543.

commissaires aux comptes⁴⁰⁹, et des hôtels, cafés, restaurants⁴¹⁰, en espérant ainsi forcer les partenaires sociaux à revoir leur copie. C'est du reste ce qui a été fait par la branche SYNTEC à la suite de l'arrêt du 24 avril 2013⁴¹¹, mais aussi dans la branche notariat⁴¹² à la suite de la décision de la Cour de cassation du 13 novembre 2014⁴¹³.

412. La chambre sociale de la Cour de cassation, par ces arrêts successifs, nous précise ses attentes en ce qui concerne les accords collectifs dont les stipulations assurent la garantie de la santé et du repos des salariés⁴¹⁴. À chaque décision un nouvel éclairage est apporté sur les attentes de la Cour de cassation⁴¹⁵.

413. Ainsi l'accord « commerce de gros » a été jugé insuffisant malgré les stipulations conventionnelles qui prévoyaient un « *décompte annuel en jours ou demi-journées de travail effectif* » et précisaient qu'« *une note d'information mettant en œuvre une convention de forfait en jours doit également préciser les modalités de décompte des journées et demi-journées travaillées, les conditions de contrôle de son application, ainsi que les modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés et de l'amplitude de leurs journées d'activité* ». Le texte ajoutait que « *le forfait en jours s'accompagne d'un contrôle du nombre de jours travaillés* ». L'employeur est ainsi « *tenu d'établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées travaillées, ainsi que la qualification des jours de repos au titre de la réduction du temps de travail* », le texte précisait que « *ce document peut être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur* ». En outre, « *le salarié ayant conclu une*

⁴⁰⁹ Cass.soc. 14 mai 2014, pourvoi n°12-35.033, V. note ANTONMATTEI (P.-H.), « La censure judiciaire de la convention de forfait en jours sur l'année de la convention collective nationale des cabinets d'experts comptables et de commissaires aux comptes », *Dr.soc.* 2014, p. 687 ; note Ph. Florès, « Le forfait en jours et l'effectivité des garanties offertes », *SSL* 2014, n°1635, p. 5 ; M. Hautefort, « Forfait en jours : la CNN des experts comptables ne présente pas de garanties suffisantes », *JSL* 2014, n°368, p. 12 ; note MORAND (M.), « Durée du travail-Nouvelles révélations sur le forfait en jours ! », *JCP S* 2014, n°29, p. 18 ; TOURNAUX (S.), « Le perfectionnement du système de sanction des conventions de forfait en jours », *Lexbase Hebdo*, éd.soc, 2014, n°572 du 29 mai 2014; note VACHET (G.), « Conditions de validité du forfait-jours », *JCP E* 2014, n°40, p. 40 ; obs.X. *RJS* 7/2014, n°566.

⁴¹⁰ Cass.soc. 7 juillet 2015, n°13-26444, note TOURNAUX (S.) « Conventions de forfait en jours et respect des durées maximale « raisonnables » de travail », *Lexbase Hebdo*, éd.soc, n°625 du 17 septembre 2015.

⁴¹¹ CNN SYNTEC, art.4, modifié par avenant 1^{er} avril 2014, étendu par arrêté du 26 juin 2014, (JORF 4 juillet 2014, p. 11097) ; V. étude. d'ALANÇON (A.) et MARTINEZ (J.), *JCP S* 2014, n°51, p.17.

⁴¹² Accord du 19 février 2015 intégré à la CCN du notariat, V note PELLETIER (F.), « Notaire-employeur : nouvelles obligations liées aux conventions de forfait en jours », *JCP N* 2015, n°25, 1090.

⁴¹³ Cass.soc. 13 novembre 2014, n°13-14.206 ; note TOURNAUX (S.), « Convention de forfait en jours dans les études notariales : le maintien d'une politique jurisprudentielle globale de remise en cause de la négociation de branche », *Lexbase Hebdo*, éd.soc. n°592 du 27 novembre 2011.

⁴¹⁴ Cass.soc. 22 juin 2017, n°16-11.762, V. note MORAND (M.), « Forfait en jours un autre accord exemplaire », *JCP S* 2017, n°35, 1267.

⁴¹⁵ Cass.soc. 22 juin 2017, n°16-11.762, TOURNAUX (S.), « Les éléments clés d'un accord autorisant valablement le recours au forfait en jours », *Lexbase Hebdo* éd.soc. n°705 du 6 juillet 2017.

convention de forfait défini en jours bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé ainsi que l'amplitude de ses journées d'activité ».

414. Devant la Cour de cassation, le salarié se situait clairement dans le sillage des arrêts rendus sur le contrôle de la charge de travail en juin 2011. Mais, dans cette affaire, pour la Cour de cassation, les garanties conventionnelles en cause ne sont pas suffisantes, ainsi que, même si cela peut paraître singulier, la fréquence trimestrielle des dispositifs de contrôle puisque la Haute juridiction souligne que les dispositions conventionnelles litigieuses se contentaient, « *s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail du salarié concerné* », d'un « *entretien annuel avec son supérieur hiérarchique* », et « *s'agissant de l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte [...] d'un examen trimestriel* ».

415. L'accord « SYNTEC » qui prévoyait un suivi spécifique deux fois par an a été jugé insuffisant⁴¹⁶, l'accord dans l'industrie chimique qui renvoyait à la convention écrite à laquelle le salarié est assujéti le soin de fixer les modalités d'application du forfait a également été recalé⁴¹⁷. Dans l'accord « experts-comptables », c'est la même logique qui est poursuivie. En effet, parce que l'accord collectif laisse au salarié l'initiative de révéler le caractère excessif de la charge de travail, alors même que ce présent accord définissait des limites de la durée quotidienne et hebdomadaire, la Cour de cassation a jugé les stipulations de l'accord comme étant insuffisantes⁴¹⁸. L'analyse par le juge de l'accord « des notaires »⁴¹⁹ s'inscrit encore dans cette approche de prescriptions jurisprudentielles. Le juge de la Cour de cassation constatant que l'accord collectif se borne à prévoir que l'amplitude de la journée ne doit pas dépasser 10 heures, que chaque trimestre le salarié effectue un bilan de son temps de travail, sur lequel il communique ses heures habituelles d'entrée et de sortie afin de pouvoir apprécier l'amplitude habituelle de ses journées de travail et de remédier aux éventuels excès, le juge va considérer que l'accord ne satisfait pas aux impératifs de santé et de sécurité exigés. Ce qui semblait faire défaut c'est l'absence de mécanisme de contrôle et de suivi régulier par l'employeur de la charge, de l'organisation et de l'amplitude de travail. Ainsi, on comprend que c'est à

⁴¹⁶ Cass.soc. 24 avril 2013, pourvoi n°11-28.398, préc.

⁴¹⁷ Cass.soc. 31 janvier 2012, pourvoi n°10-19.807, préc.

⁴¹⁸ Cass.soc. 14 mai 2014, pourvoi n°12-35.033, préc.

⁴¹⁹ Cass.soc. 13 novembre 2014, pourvoi n°13-14.206, V. note TOURNAUX (S.), « Convention de forfait en jours dans les études notariales : le maintien d'une politique jurisprudentielle globale de remise en cause de la négociation de branche », *Lexbase Hebdo éd.soc.* 2014, n°592 du 27 novembre 2014 ; note MORAND (M.), « Durée du travail-Forfaits en jours : propositions pour une médication ! », *JCP S* 2015, n°4, p. 31.

l'employeur qu'incombe la responsabilité de ce suivi et c'est à l'accord collectif d'en définir les modalités.

416. Les solutions sont sévères et il est évident, que progressivement, le contrôle des conditions de validité des conventions de forfait en jours se resserre. Pourtant, ces solutions ne permettent pas d'assurer la santé et la sécurité des salariés.

Si la Cour de cassation semble claire sur le contrôle de la charge de travail qui incombe à l'employeur, elle n'a jamais été explicite sur la durée maximale. Selon un attendu repris constamment, « *toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journalier et hebdomadaire* ». Est-ce donc la durée maximale légale de 10 heures par jour ou 48 heures par semaine ? Les partenaires sociaux doivent-ils prévoir le respect d'une amplitude quotidienne de travail ? Au regard des arrêts analysés, la Cour de cassation répond indirectement par la négative en déclarant insuffisant l'accord collectif des « experts-comptables » qui définissait des limites de la durée quotidienne et hebdomadaire ou l'accord « des notaires » qui prévoyait que l'amplitude de la journée ne devait pas dépasser 10 heures⁴²⁰. Pour la Cour de cassation, il semble que la limite admissible de la durée de travail n'est pas exprimée par un nombre d'heures, mais par son caractère « raisonnable ». Si comme le souligne le conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, Philippe FLORES, la référence au critère du raisonnable semble « *plus conforme aux missions confiées aux salariés autonomes relevant du forfait en jours et au souhait de souplesse qui animent tant le législateur que les partenaires sociaux* »⁴²¹, il n'en reste pas moins que ce critère est flou⁴²². D'ailleurs, dans une décision du 17 décembre 2014 où pour la première fois depuis son arrêt fondateur du 29 juin 2011, les juges valident un accord collectif, car ce dernier comportait des garanties suffisantes pour protéger le droit à la santé des salariés soumis à un forfait-jours, la Cour de cassation se contente d'affirmer que les stipulations de l'accord de branche assuraient « le contrôle de la durée maximale raisonnable de travail », là où auparavant elle exigeait systématiquement que

⁴²⁰ Cass.soc. 13 novembre 2014, pourvoi n°13-14.206, préc.

⁴²¹ FLORES (PH.), « La Cour de cassation livre son interprétation du forfait-jours dans les banques », *SSL* 2015, n°1661, p. 8.

⁴²² PERELMAN (C.), *Usage et abus des notions confuses, in Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ BDP, vol.29, 1984.

« l'amplitude [des journées d'activités] et la charge de travail devaient rester raisonnables et assurer une bonne répartition dans le temps, du travail de l'intéressé »⁴²³. Dans l'arrêt du 17 décembre 2014, le texte de l'accord en cause ne fait mention que de la durée minimale du repos quotidien « que la charge du travail confiée et l'amplitude de la journée d'activité en résultant doivent permettre à chaque salarié de prendre obligatoirement ». Il est évident, que pour la Cour, la limite admissible de la durée du travail n'est pas exprimée par le nombre d'heures, mais par son caractère « raisonnable ». Sans pour autant nous expliciter ce qu'elle entend concrètement par durée raisonnable⁴²⁴. Une décision du 7 juillet 2015 vient confirmer l'approche qualitative du temps de travail des juges, en sanctionnant une convention nationale de la branche des hôtels, cafés et restaurants⁴²⁵. En effet, en l'espèce le texte conventionnel se contentait, s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail, d'imposer à l'employeur la mise en place « d'un décompte mensuel des journées travaillées, du nombre de jours de repos pris et de ceux restant à prendre » et d'ajouter que le salarié au forfait « bénéficie du repos quotidien minimal prévu par la convention collective et du repos hebdomadaire ». L'accord d'entreprise est également jugé insuffisant par les juges, car il se contente de prévoir « l'obligation de respecter les limites légales de la durée quotidienne de travail et un entretien annuel entre l'intéressé et son supérieur hiérarchique portant sur l'organisation du travail et l'amplitude des journées de travail ». La Cour de cassation estime donc que d'abord la convention nationale de branche ensuite l'accord d'entreprise ne permettent pas le respect des « durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ». Elle n'exige donc plus la garantie du respect des durées maximales de travail. Ce qui nous amène à penser que le juge a bien, avec les conventions de forfait en jours, une approche qualitative du temps de travail et non plus quantitative. Ces approches se fondent sur des critères tels que le caractère raisonnable de la durée maximale de travail et la notion de charge de travail. Certains auteurs déplorent l'utilisation de ce standard,

⁴²³ Cass.soc. 29 juin 2011, préc. ; Cass.soc. 26 septembre 2012, préc.

⁴²⁴ Cass.soc. 17 décembre 2014, n°13-22.890 et n°13-23.230 ; note JAGLIN (E.) et GLOVENAL (O.), « Le forfait annuel en jours, tel que prévu dans le secteur de la Banque, est conforme aux exigences de la Cour de cassation », JSL 2015, n°381, p. 10 ; note PIGNARRE (G.), « Les forfaits-jours encore et toujours », RDT 2015, p. 195 ; note TOURNAUX (S.), « Conventions de forfait en jours : de quelques précisions sur l'articulation des sources du forfait », Lexbase Hebdo, éd.soc., n°597 du 15 janvier 2015.

⁴²⁵ Cass.soc. 7 juillet 2015, n°13-26.444, note MORAND (M.), JCP S 2015, n°42, p.24 ; note TOURNAUX (S.), Lexbase hebdo, éd.soc. n°625 du 17 septembre 2015.

car la durée raisonnable « *reste toutefois fort imprévisible et empreinte d'une grande subjectivité* »⁴²⁶.

417. Le législateur, afin de sécuriser le dispositif des forfaits en jours, a repris dans le cadre de la loi « Travail » à l'article L.3121-64, II du Code du travail les conditions imposées par le juge⁴²⁷. Ainsi, cet article dispose que « l'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine : 1° les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ; 2° les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ; 3° les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L.2242-8. ».

418. Le législateur adopte donc l'approche qualitative du temps de travail du juge, en précisant que c'est l'employeur qui doit être l'acteur principal de la détermination de la charge du travail et du contrôle du temps de travail réalisé. En plus de cette approche, le législateur, dans la loi « Travail » du 8 août 2016 a délimité le contenu des accords collectifs, dans un très long article L.3121-64 du Code du travail. Désormais, les partenaires sociaux dans l'entreprise devront faire figurer dans les accords collectifs les dispositions déjà obligatoires, à savoir les catégories de salariés concernés, le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait et les caractéristiques principales des conventions individuelles de forfait. Ils devront également faire figurer dans les accords, « *la période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs* », fixer « *les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période* », imposer aux conventions individuelles la détermination du « *nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait* ». Toujours s'inspirant de la jurisprudence sur l'encadrement des conventions de forfait en jours, la loi El Khomri impose, par ailleurs, à l'accord de déterminer les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié, les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié échangent

⁴²⁶ V. TOURNAUX (S.), Lexbase Hebdo, ed.soc., n°625, préc.

⁴²⁷ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc. n°666 du 1^{er} septembre 2016 ; Etude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016 ; Dossier sur la « Loi Travail. Les 12 travaux de la loi, SSL n°1734, septembre 2016. V. également le Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, op.cit note 454.

périodiquement sur la charge de travail, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle du salarié, sa rémunération, ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise et, enfin, sur les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion. Le législateur, même s'il s'inspire de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, se refuse à donner les modalités concrètes de contrôle de la durée du travail qui permettraient de garantir la santé et la sécurité du salarié soumis à une convention de forfait en jours. Il préfère laisser une large marge de manœuvre aux partenaires sociaux sur les moyens à mettre en œuvre pour remplir les objectifs détaillés dans le texte. Pour illustration, le législateur ne donne aucune indication sur les moyens qui permettront au salarié de se déconnecter. De plus, dans le projet de loi, le législateur se refuse à intégrer de véritables garanties de protection telles que l'intégration des représentants du personnel, à savoir le CHSCT ou à défaut les délégués du personnel⁴²⁸ notamment dans le processus de suivi et de contrôle de la charge du travail des salariés soumis à une convention de forfait en jours.

419. Si des incertitudes demeurent s'agissant du contenu des accords collectifs mettant en place le dispositif des conventions de forfait en jours, le juge est venu apporter des précisions quant à l'articulation des sources mettant en place un tel dispositif.

B. Les précisions du juge quant à l'articulation des sources

420. Le juge peut se montrer sévère quant au contenu des accords collectifs, pour autant, il permet qu'un accord d'entreprise puisse suppléer à un accord de branche défaillant. En effet, dans une décision du 31 janvier 2012⁴²⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation a remis en cause le dispositif conventionnel encadrant les forfaits en jours dans les industries chimiques, tant son contenu était sibyllin. Effectivement, le texte défaillant se contentait de renvoyer à la convention signée avec le salarié le rôle de fixer les modalités de mise en œuvre et de contrôle, ainsi que la nécessité d'un entretien annuel d'activité avec la hiérarchie. Poursuivant son analyse, la Cour a relevé que l'accord d'entreprise ne complétait pas utilement

⁴²⁸ L'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, prévoit la fusion des institutions représentatives du personnel au profit d'un comité économique et social à compter du 1^{er} janvier 2018 ; AUZERO (G.), « Ordonnances réformant le droit du travail. L'avènement du comité social et économique », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017 ; BORENFREUD (G.), « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p.608 ; CHAMPEAUX (F.) ; « Le mécano du comité social et économique », SSL 2017, n°1782, p.2 ; PIGNARRE (G.) « Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique ».

⁴²⁹ Cass.soc. 31 janvier 2012, pourvoi n°10-19.807.

la convention de branche, dans la mesure où il se contentait d'exiger du collaborateur en forfait en jours le respect de la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire, ceci ne constituant qu'une déclaration d'intention.

421. Le juge a considéré logiquement que l'accord conclu dans la chimie ne prévoyait pas les garanties minimales exigées par les juges pour être conforme aux principes de droit interne et européen de droit à la santé et au repos. On en déduit que, pour apprécier la validité d'une convention de forfait exprimée en jours, les juges s'attachent à contrôler le contenu d'accords collectifs de niveau différent, branche et entreprise, appliqués cumulativement.

422. L'intérêt de cet arrêt réside dans la solution qu'il apporte indirectement aux chefs d'entreprise du secteur de la chimie. Il les invite à négocier un accord d'entreprise venant étayer l'accord de branche défaillant. La Cour reconnaît donc que la non-conformité d'une convention collective peut être régularisée par la signature d'un accord d'entreprise comportant les garanties exigées⁴³⁰. Cette approche a été confirmée par une décision de la chambre sociale rendue le 11 juin 2014⁴³¹. Les défauts de la convention de branche pouvant être corrigés par un accord d'entreprise. Dans une décision du 7 juillet 2015, les juges commencent par analyser la convention nationale de branche qui est considérée comme étant insuffisante pour ensuite analyser l'accord d'entreprise qui est également évalué comme étant insuffisant⁴³².

423. En revanche, la Cour de cassation a rappelé qu'une convention de forfait en jours est sans effet lorsque l'accord d'entreprise et la convention individuelle de forfait en jours, pourtant exigés par l'accord de branche, font défaut⁴³³. Dans cette hypothèse, la convention de branche ne peut, à elle seule, garantir le respect des durées maximales de travail et des repos journalier et hebdomadaire⁴³⁴.

424. Reste la question de l'articulation entre la convention individuelle de forfait en jours et l'accord collectif. En effet, faut-il invalider une convention individuelle de forfait

⁴³⁰ À la suite de cet arrêt, l'Union des industries chimiques s'est engagée à publier une circulaire précisant à ses adhérents les dispositions à intégrer dans un accord d'entreprise négocié en conformité avec l'évolution de la jurisprudence.

⁴³¹ Cass.soc. 11 juin 2014, pourvoi n°11-20.985, V. note AUZERO (G.), « Validité des conventions de forfait en jours et obligations de l'employeur », *Lexbase hebdo*, éd.soc, 2014, n°576.

⁴³² Cass.soc. 7 juillet 2015, n°13-26.444, préc.

⁴³³ Les dispositions de cette convention devenues obsolètes ont, à l'occasion de la reconnaissance de la branche de l'aide à domicile, été remplacées par la convention collective du 21 mai 2010. L'article 65 de cette convention encadre avec une plus grande rigueur le recours aux forfaits en jours et prévoit, sans recours à un accord d'entreprise, le principe d'un entretien annuel avec le supérieur hiérarchique, un contrôle du nombre et des dates des journées travaillées et le principe d'une amplitude et d'une charge de travail raisonnables.

⁴³⁴ Cass.soc.13 juin 2012, pourvoi n°11-10.854 ; Cass.soc. 19 septembre 2012, pourvoi n°11-19.016.

apportant des garanties de santé et de sécurité insuffisantes alors que l'accord collectif autorisant ces conventions est de son côté suffisamment protecteur ? Dans une décision du 17 décembre 2014, la Cour de cassation⁴³⁵ a estimé que les exigences posées à l'égard de l'accord collectif permettant la mise en place de forfait en jours ne s'imposaient pas à la convention individuelle de forfait en jours. En l'espèce, la convention individuelle de forfait reposait sur « un système autodéclaratif qui tendait en réalité à faire peser sur le salarié la garantie de son droit à la santé et au repos ». La Cour de cassation avait relevé que le contrôle de la charge de travail et de l'amplitude de travail ne devait pas reposer entièrement sur les épaules du salarié, si bien qu'à cet égard, la convention individuelle semblait ne pas répondre aux exigences de la Chambre sociale. La solution est en apparence logique puisque l'évaluation de la charge et de l'amplitude de travail incombe à l'employeur. Pour autant, nous pouvons nous interroger sur les difficultés qui peuvent naître en pratique, car le salarié peut être face à des consignes contradictoires, le salarié peut-il donc refuser de se soumettre à une disposition relevant de sa convention individuelle de forfait en jours qui ne répond pas aux exigences de protection de sa santé et de sa sécurité au travail ? En effet, d'un côté l'accord collectif met à la charge de l'employeur la surveillance de la charge et de l'amplitude de travail du salarié, et de l'autre côté son contrat de travail prévoit que c'est à lui d'évaluer sa charge et son amplitude de travail. En réalité, la Cour de cassation affirme sans ambiguïté la primauté de l'accord collectif chargé d'encadrer les forfaits en jours⁴³⁶.

C. Sanctions en cas de non-respect des dispositions conventionnelles et individuelles

425. La Haute juridiction s'attache à vérifier tant la conformité du dispositif conventionnel que la validité de la convention de forfait en jours elle-même. Il est donc nécessaire de distinguer l'hypothèse où l'accord collectif est valable, mais exécuté de façon défectueuse par l'employeur, de celle où le dispositif est frappé d'invalidité.

426. Dans le premier cas, la convention individuelle de forfait est privée d'effet dès lors que l'employeur n'a pas respecté les modalités de décompte et de contrôle du temps de travail prévu par l'accord. La convention de forfait en jours étant inopposable au salarié, c'est le droit commun du temps de travail qui s'applique. Le salarié pouvait donc prétendre au

⁴³⁵ Cass.soc. 17 décembre 2014, pourvoi n°13-22.890, préc.

⁴³⁶ BORENFREUND (G.) et FAVENNEC-HÉRY (F.), « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle », RDT 2016, n°5, p.309.

paiement des heures supplémentaires dans la limite de la prescription de trois ans⁴³⁷ et dans les conditions de preuves particulières de l'article L.3171-4 du Code du travail⁴³⁸.

427. Dans le second cas, si la convention de forfait en jours a été conclue sur le fondement de dispositions conventionnelles illicites, non conformes aux exigences posées par la Cour de cassation, la convention de forfait est nulle, elle est considérée comme n'ayant jamais existé. À la différence de l'hypothèse précédente, où, dès l'instant que l'employeur (re)commence à exécuter ses obligations, la convention individuelle de forfait recouvre ses effets, aucune convention de forfait en jours ne peut être conclue tant qu'un nouveau dispositif conventionnel n'aura pas été mis en place. Nulle, la convention individuelle de forfait disparaît de l'ordre juridique, l'employeur doit nécessairement, une fois la convention collective révisée, conclure par écrit avec chaque salarié une nouvelle convention individuelle de forfait en jours, ce qui en tant que modification du contrat de travail, peut être légitimement refusé par le salarié.

428. À l'origine, la Cour de cassation avait considéré que la non-application par l'employeur des stipulations de l'accord collectif à l'origine du forfait en jours ne remettait pas en cause la validité de la convention individuelle de forfait, mais ouvrait droit à des dommages-intérêts au profit du salarié⁴³⁹. Cette distinction n'est donc apparue que progressivement, pour illustration, elle était absente dans l'arrêt rendu le 31 janvier 2012. En effet, alors même qu'elle constatait l'insuffisance des dispositions de l'accord collectif mettant en place le dispositif des conventions de forfait en jours, elle a simplement considéré que la convention individuelle de forfait était privée d'effet. Ce n'est que dans les décisions du 24 avril 2013⁴⁴⁰ et du 2 juillet 2014⁴⁴¹ que l'on voit émerger cette distinction. Dans la première décision, il s'agissait d'un problème de validité de l'accord collectif, la Cour en a déduit la nullité de la convention individuelle. Dans la deuxième décision, la Cour a appliqué la sanction de l'inefficacité de la convention individuelle, l'employeur n'ayant pas respecté les clauses de l'accord destinées à assurer aux salariés la protection de leur sécurité et de leur santé.

⁴³⁷ Art. L.3245-1 du Code du travail.

⁴³⁸ Désormais la prescription est prévue à l'article L.1471-1 du Code du travail.

⁴³⁹ Cass.soc. 13 janv. 2010, n°08-43.201, V. note DUMONT (F.), *JCP S* 2010, 1101.

⁴⁴⁰ Cass.soc. 24 avril 2013, n°11-28.398, V. note MORAND (M.), « Durée du travail-Forfaits en jours : la Cour de cassation intraitable ! », *JCP S* 2013, n°23, p. 25 ; Obs.X. *RJS* 7/2013, n°543.

⁴⁴¹ Cass.soc. 2 juillet 2014, n°13-11.940, note JACOTOT (D.), *JCP S* 2015, n°46, p.25 ; Etudes JUEN (E.), *Dr.soc.* 2015, n°6, p.528.

429. Ainsi, lorsque la convention de forfait en jours est privée d'effet⁴⁴² ou annulée, le salarié pourra demander le paiement de ses heures supplémentaires. La chambre sociale de la Cour de cassation considère que « *le salarié qui a été soumis à tort à un forfait annuel en jours peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont le juge doit vérifier l'existence et le nombre conformément aux dispositions de l'article L.3171-4 du Code du travail que le versement d'un salaire supérieur au minimum conventionnel ne peut tenir lieu de règlement des heures supplémentaires* »⁴⁴³.

430. Le salarié conserve donc la rémunération spécifique et favorable prévue en cas de forfait en jours, mais bénéficie, en outre, de majorations pour les nombreuses heures supplémentaires réalisées. Cette solution, en apparence, très sévère à l'égard de l'employeur, est juridiquement fondée, car l'employeur ne peut pas, par exemple, remplacer le paiement majoré par le versement d'une prime⁴⁴⁴ ni, comme cela était le cas en l'espèce, considérer que les heures supplémentaires sont payées par le versement d'une rémunération contractuelle plus favorable que celle à laquelle le salarié pouvait prétendre en application des classifications conventionnelles⁴⁴⁵. De plus, il ne faut pas oublier que le système des forfaits en jours est basé sur le principe selon lequel la rémunération est déconnectée du temps de travail donc la rémunération versée au salarié n'avait pas pour vocation à rémunérer les heures supplémentaires. Si la solution de la Cour de cassation semble justifiée, il n'en reste pas moins que le risque d'instrumentalisation n'est pas loin.

431. S'agissant de la preuve des heures supplémentaires effectuées, l'article L.3171-4 du Code du travail pose une règle de partage de la charge de la preuve que la Chambre sociale impose aux juges du fond de respecter. La chambre sociale de la Cour de cassation interprète très strictement cette disposition et refuse de l'appliquer à d'autres situations. Pour illustration, n'est pas soumise à cette règle probatoire particulière, la preuve du respect des droits à congés du salarié⁴⁴⁶, des droits de repos a minima⁴⁴⁷ ou des durées maximales de travail⁴⁴⁸. En effet, il

⁴⁴² Sur les conséquences de la privation d'effet, V. note ss Cass.soc.12 mars 2014, n°12-29.141 ; FABRE (A.), « Le forfait-jours sous le contrôle du juge : entre exigence de précision de la convention individuelle et respect des mesures de protection du salarié », *Lexbase Hebdo éd.soc.* 2014, n°566.

⁴⁴³ Cass.soc. 4 février 2015, pourvoi n° 13-20.891, V. note TOURNAUX (S.), « Forfaits jours : encore une convention de branche jugée insuffisante » ; *Lexbase Hebdo éd.soc.*, 2015, n°602.

⁴⁴⁴ Cass.soc. 27 juin 2000, pourvoi n°98-41.184 ; *Bull. civ.* V, n°248 ; *Dr. soc.*, 2000, p. 1020, obs. de RADÉ (C.).

⁴⁴⁵ Cass.soc. 11 octobre 1990, pourvoi n°88-40247.

⁴⁴⁶ Cass.soc. 13 juin 2012, pourvoi n°11-10.829 ; V. note LHERNOULD (J-P.) *Droit soc.* 2012, p. 854 ; note MORAND (M.), *JCP éd. S.* 2012, 1370 ; note TOURNAUX (S.), *Lexbase hebdo, éd.soc* 2012 n°491 ; note VERICEL (M.), *RDT* 2012, p.865.

incombe à l'employeur l'obligation de respecter ces durées, c'est sur lui que repose la charge de prouver qu'il s'est bien exécuté, conformément à la règle prévue par l'article 1315, alinéa 2, du Code civil. La Chambre sociale se contente de confirmer sa position en jugeant que « *la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur* ». Il est vrai, comme le soulignait Monsieur Bernard GAURIAU que cette règle semble artificielle, car pour vérifier le respect des durées maximales de travail ou minimales de repos, il est nécessaire de mesurer le temps de travail effectif du salarié⁴⁴⁹. Pour autant, il convient de garder à l'esprit, comme le rappelle Monsieur Sébastien TOURNAUX, que la règle, posée à l'article L.3171-4 du Code du travail, constitue une exception au droit commun, qui doit donc être interprétée très strictement. Ainsi, la règle de la répartition de la charge de la preuve ne peut être appliquée, car le calcul des heures n'est que la conséquence de la demande principale à savoir, déterminer si les seuils ont bien été appliqués⁴⁵⁰.

432. L'éclatement du temps de travail des cadres, mais aussi la banalisation de l'utilisation des conventions de forfait sur l'année par le législateur démontrent que dans le domaine de la durée du travail il n'y a plus véritablement de spécificité des cadres. Le législateur préférant s'appuyer sur le critère « *d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps* »⁴⁵¹ et ainsi peut-être à terme supprimer la distinction cadre et non cadre.

III. La sauvegarde du dispositif des conventions de forfait en jours par le législateur

433. L'instabilité générée par la jurisprudence de la Chambre sociale⁴⁵² a contraint le législateur à mieux encadrer le dispositif des conventions de forfait sur l'année et surtout des conventions de forfait en jours. Ainsi, le régime des conventions de forfait en jours a été précisé par le législateur (A.), pour autant nous ne pouvons que constater que des imperfections persistent (B.).

⁴⁴⁷ Cass.soc. 17 octobre 2012, pourvoi n°10-17.370 ; V. note GAURIAU (B.), *Lexbase hebdo, éd.soc.* 2012 n°504 ; note LHERNOULD (J.-P.), *JSL* 2012 n°333-334, p. 23 ; note VERICEL (M.), *RDT* 2012, p 707.

⁴⁴⁸ Cass.soc. 20 février 2013, pourvoi n°11-28.811 ; V. obs. de TOURREIL (J.E.), *JSL* 2013, n°341, p. 11.

⁴⁴⁹ GAURIAU (B.), préc.

⁴⁵⁰ V. note TOURNAUX (S.), ss. Cass.soc. du 4 février 2015, pourvoi n° 13-20.891, préc.

⁴⁵¹ Art. L.3121-42 2° et L.3121-42 2° du Code du travail.

⁴⁵² V. supra p.167.V également F. DUCLOZ, P.FLORES, « La sauvegarde du forfait en jours : le juge et la combinaison des normes », *RDT* 2016,n°3, p.140.

A. Les précisions apportées par le législateur

434. Au regard de la sévérité du juge sur les effets des conventions individuelles de forfait, le législateur a mis en place un véritable dispositif de sauvetage des conventions individuelles de forfait conclues en application d'accord insuffisant⁴⁵³. Il s'agit d'un dispositif qualifié par l'étude d'impact, « de béquille » qui tout en maintenant le principe de l'existence d'un accord collectif instaurant le forfait en jours, permet aux articles L.3121-65 et L.3121-66 du Code du travail, la conclusion de conventions individuelles de forfaits en jours sur l'année qui seront valables malgré l'absence de stipulations conventionnelles. On comprend très vite l'intention du législateur qui était de sécuriser la situation des entreprises⁴⁵⁴.

435. Ainsi, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels⁴⁵⁵, n'a opéré aucune modification s'agissant des définitions légales des différents forfaits annuels, des bénéficiaires éligibles aux conventions de forfait en jours ou en heures sur l'année et du principe de l'autorisation par un accord collectif du recours au forfait sur l'année. En revanche, ce dispositif déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, réorganise le titre II du livre Ier de la troisième partie du Code⁴⁵⁶. Désormais, la nouvelle architecture du titre relatif au temps de travail repose sur une distinction entre les règles selon qu'elles revêtent un caractère d'ordre public, qu'elles définissent le champ de négociation collective ou qu'elles sont supplétives, ne s'appliquant qu'à défaut d'accord. En substance, les règles relatives au temps de travail n'ont été que très peu modifiées⁴⁵⁷. Sur ce terrain, les accords d'entreprises primaient déjà sur les accords de branche. En réalité, c'est la section 5 intitulée « Convention de forfait » et découpée comme le reste du titre, en trois sous-sections, intitulées « Ordre

⁴⁵³ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc.n°666 du 1^{er} septembre 2016 ; Etude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016 ; Dossier sur la « Loi Travail. Les 12 travaux de la loi, SSL n°1734, septembre 2016. V. également le Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, op.cit note 454.

⁴⁵⁴MORAND (M.), « Clarification et sécurisation des conventions de forfait », JSP S n°35, 2016, p. 21 ; TOURNAUX (S.), op.cit.

⁴⁵⁵ Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur loi « Travail », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°666 du 1^{er} septembre 2016.

⁴⁵⁶ Cons.const. décision n°2016-736 DC du 4 août 2016, V.obs. RADÉ (C.) numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc, n°666 du 1^{er} septembre 2016.

⁴⁵⁷ Les règles les plus emblématiques telles que la durée légale hebdomadaire de travail ou le taux de majoration minimal des heures supplémentaires n'ont pas été retouchées.

public », « Champ de la négociation collective » et « Dispositions supplétives », qui a subi les modifications les plus substantielles.

436. Partant, la sous-section relative aux règles d'ordre public reprend les dispositifs existants avant la loi « Travail ». Ainsi, le législateur maintient le principe selon lequel le forfait en jours ne peut être qu'annuel contrairement au forfait en heures qui peut être hebdomadaire, mensuel ou annuel⁴⁵⁸. Pour tous les forfaits, l'accord du salarié reste primordial avec le maintien de l'exigence d'une convention individuelle établie par écrit tel que le prévoyait l'ancien article L.3121-40 du Code du travail⁴⁵⁹. Les définitions des catégories de salariés susceptibles de se voir proposer une convention de forfait restent inchangées⁴⁶⁰. Tout comme les règles relatives à la rémunération qui doivent inclure les heures supplémentaires programmées, s'agissant des conventions de forfait en heures⁴⁶¹, ou prendre en compte pour les conventions de forfait en jours les sujétions que les salariés sous forfait-jours subissent⁴⁶². Enfin, le salarié sous forfait-jours, a la possibilité comme l'ancien article L.3121-45 du Code du travail lui permettait, de renoncer par avenant à la convention individuelle de forfait en jours, à une partie de ses temps de repos en contrepartie d'une majoration de salaire. Le nouvel article L.3121-59 du Code du travail, ajoute que cet avenant « ne peut être reconduit de manière tacite », ce qui permettra en pratique un réajustement régulier des conditions du forfait-jours. Pour finir, le législateur est venu réaffirmer l'exclusion des durées maximales journalière et hebdomadaire et de la durée hebdomadaire de travail, à l'article L.3121-62 du Code du travail qui, selon Monsieur Sébastien TOURNAUX, est « *la véritable raison d'être des conventions de forfait en jours sur l'année* »⁴⁶³.

437. Les conventions de forfait sur l'année doivent encore être mises en place par un accord collectif de travail de préférence au niveau de l'entreprise, l'accord de branche ne s'appliquant que par défaut. Compte tenu du caractère lacunaire des dispositions légales mis en lumière par le juge de la chambre sociale de la Cour de cassation, le législateur a dû apporter des précisions à l'ancien article L.3121-39 du Code du travail. En effet, cet article renvoyait à l'accord le soin de déterminer les catégories de salariés susceptibles de conclure une

⁴⁵⁸ Art. L.3121-54 du Code du travail qui reprend les règles des anciens articles L.3121-38 et L.3121-39 du même Code.

⁴⁵⁹ Art. L.3121-55 du Code du travail.

⁴⁶⁰ Art. L.3121-56 du Code du travail, ancien article L.3121-38 et L.3121-42 du même code.

⁴⁶¹ Art. L.3121-57 du Code du travail, ancien article L.3121-41 du même code.

⁴⁶² Art. L.3121-61 du Code du travail, ancien article L.3121-47 du même code.

⁴⁶³ TOURNAUX (S.), « Loi « Travail » : le nouveau régime des conventions de forfait et le rôle central du suivi de la charge de travail », Lexbase Hebdo, éd.soc, numéro spécial sur la loi « Travail », n°666 du 1^{er} septembre 2016

convention de forfait, la durée annuelle forfaitisée, et pour finir avec une formule très laconique, laissait aux partenaires sociaux le soin d'établir les « caractéristiques principales » des conventions individuelles.

438. Ainsi, le nouvel article L.3121-64 du Code du travail tout en imposant un contenu minimal aux accords qui prévoient la mise en place d'une convention de forfait sur l'année, en heures ou en jours, exige dorénavant, des stipulations additionnelles lorsque les conventions autorisent le recours aux forfaits en jours.

439. Dès lors, ce nouvel article impose que toute convention de forfait sur l'année doive résulter d'un accord prévoyant les catégories de salariés concernés, de fixer le nombre d'heures et de jours compris dans le forfait comme autrefois, tout en précisant que le forfait en jours est limité à 218 jours. L'accord autorisant le recours aux forfaits annuels devra, comme auparavant, établir les caractéristiques principales des conventions individuelles qui, désormais, « doivent fixer le nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait ». Cette dernière précision, qui peut sembler superflue, marque en réalité la place importante de la volonté du salarié qui accepte une convention de forfait en jours. Ainsi, non seulement le salarié est mieux informé de l'ampleur du forfait, mais cela laisse une place à la négociation pour fixer une période plus courte que celle prévue par l'accord collectif.

440. Ensuite, le législateur, impose désormais, à l'accord de déterminer la période de référence du forfait qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs. L'intérêt de cette disposition étant purement pratique permettant ainsi, lorsque les forfaits sont mis en place pour la première fois d'éviter les calculs *au prorata* du temps déjà écoulé depuis le début de l'année civile. De plus, l'accord doit prévoir les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

441. Par ailleurs, le législateur, s'inspirant de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, exige à l'accord de fixer les « modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié », « les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise » et « les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion ».

442. L'autre nouveauté, qui apparaît aux articles L.3121-65 et L.3121-66 du Code du travail, permet à titre supplétif, de conclure des conventions de forfaits en jours sur l'année même si l'accord collectif qui autorise d'y recourir est incomplet.

443. Par conséquent, lorsque l'accord n'envisage pas les modalités de suivi et d'évaluation de la charge de travail ni les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent sur cette charge de travail, sur l'articulation vie professionnelle/vie personnelle, sur l'organisation de l'entreprise ou la rémunération versée, la loi impose à l'employeur des obligations qui viennent pallier l'insuffisance de l'accord. Par conséquent, l'employeur devra établir « *un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées* » qui peut, sous sa responsabilité, être renseigné par le salarié. Il aura l'obligation de s'assurer que « *la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire* ». Enfin, l'employeur doit organiser un entretien annuel avec le salarié pour « *évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération* ».

444. De plus, lorsque l'accord ne propose pas les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion, les conditions d'exercice de ce droit « *sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés* » et doivent être conformes à la charte mentionnée à l'article L.2242-8 du Code du travail.

445. Il est évident que l'objectif principal du législateur est de sécuriser les conventions de forfait en jours, laissant ainsi à l'employeur la possibilité de contourner le refus des partenaires sociaux qui n'accepteraient pas les modalités proposées par lui. Monsieur Sébastien TOURNAUX rappelle à juste titre qu'« *il ne faut toutefois pas oublier que l'existence d'un accord collectif autorisant le recours au forfait jours reste obligatoire et que le refus des syndicats, sans qu'un accord collectif de branche ne couvre l'entreprise, interdira tout recours au forfait en jours sur l'année* ».

B. La persistance des imperfections du dispositif des conventions de forfait en jours

446. En premier lieu, les nouvelles dispositions légales sur les conventions de forfait en jours font une place importante au caractère raisonnable de la charge de travail, mais en

laissant une marge de manœuvre assez importante puisque le législateur se contente de fixer le principe du caractère raisonnable de la charge sans plus de précision.

447. Ainsi, la charge de travail se retrouve dans le champ des dispositions d'ordre public applicable aux forfaits en jours à l'article L.3121-60 du Code du travail qui dispose que *« l'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail »*. L'exigence manque de précision, car aucune périodicité n'est imposée. Pour Monsieur Sébastien TOURNAUX, la périodicité exigée sera annuelle. En effet, *« les entretiens d'évaluation imposés avant l'entrée en vigueur de la réforme devaient avoir lieu annuellement et ils peuvent être perçus comme les prémices de la surveillance accrue introduite par la loi ⁴⁶⁴ »*. Par ailleurs, *« l'entretien annuel est d'ailleurs maintenu de manière impérative lorsqu'un salarié est soumis au forfait jours par l'effet d'un accord collectif incomplet »*. *« Ensuite parce que la périodicité annuelle sert également de référence à d'autres dispositifs comme, par exemple, à l'avenant permettant au salarié de renoncer à une partie de ses jours de repos, avenant limité à l'année en cours sans que cette renonciation puisse être tacitement reconduite »*. Mais comme le conclut Monsieur Sébastien TOURNAUX *« la loi ne semble pas interdire le recours à une périodicité plus importante, au risque que le suivi soit par la suite jugé insuffisant »⁴⁶⁵*.

448. De plus, selon l'article L.3121-64 II 1° et 2°, dans le cadre du suivi, du contrôle, de l'évaluation et des échanges entre le salarié et l'employeur à ce propos, les stipulations conventionnelles attendues sont plus précises que la règle posée à l'article L.3121-60 du Code du travail. Pour autant, ni la périodicité, ni d'ailleurs le concept de charge de travail ne sont précisés. Le législateur s'est en réalité contenté de reprendre les arrêts rendus dans ce domaine par la Cour de cassation⁴⁶⁶ se précipitant dans son office de sécurisation du dispositif des conventions de forfait en jours. Mais si l'on comprend l'intérêt pratique de ces dispositions, le législateur aurait pu introduire des garde-fous en permettant aux CHSCT ou à défaut aux délégués du personnel de participer au processus de contrôle de la mise en œuvre de ces

⁴⁶⁴ Ancien art.L.3121-46 du Code du travail.

⁴⁶⁵ TOURNAUX (S.), « Loi « Travail » : le nouveau régime des conventions de forfait et le rôle central du suivi de la charge de travail », op.cit.

⁴⁶⁶ V. II. La préservation du dispositif des conventions de forfait en jours par le juge, de la section 2. La sauvegarde du dispositif des conventions de forfait en jours.

conventions individuelles de travail⁴⁶⁷. Ce qu'il n'a pas choisi de faire y compris dans le cadre des dispositions supplétives, lorsque l'employeur régularise unilatéralement un accord collectif incomplet. Même si les mesures sont plus précises avec notamment l'obligation d'organiser un entretien annuel avec le salarié « *pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération* »⁴⁶⁸, les institutions représentatives du personnel et particulièrement le CHSCT ou à défaut le délégué du personnel, ne sont associés ni au processus de régularisation unilatérale par l'employeur de l'accord collectif incomplet, ni au suivi notamment de la charge de travail⁴⁶⁹.

449. En second lieu, la loi du 8 août 2016⁴⁷⁰ faisant écho aux propositions figurant dans le rapport METTLING⁴⁷¹ impose désormais de déterminer, s'agissant des conventions de forfait en heures et en jours sur l'année, « *les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L.2242-8* »⁴⁷². Par ailleurs, la loi a introduit des dispositions générales relatives au droit à la déconnexion. Ainsi l'article L.2242-17⁴⁷³ du Code du travail est complété par un 7°, qui impose depuis 1^{er} janvier 2017, une négociation annuelle obligatoire sur « *les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositif de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale* ». À défaut d'accord, l'employeur aura la tâche d'élaborer une charte qui définira les « *modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et [prévoira] en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de*

⁴⁶⁷ V. dossier coordonné par CETTE (G.), « Réforme du code du travail, Première partie : Projets », Dr. Soc. 2016, n°5 et plus spécifiquement « Pour un autre droit du temps de travail. Groupe de recherche pour un autre code du travail (GR-PACT) », p.422.

⁴⁶⁸ Art. L.3121-65,3° du Code du travail.

⁴⁶⁹ L'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, prévoit la fusion des institutions représentatives du personnel au profit d'un comité économique et social, V. notamment BORENFREUD (G.), « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p.608, SIMONPOLI (J.-D.), « L'instance unique est l'avenir », SSL 2017 n°1766, p.6.

⁴⁷⁰ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, op.cit .

⁴⁷¹ METTLING (B.), Rapport, Transformation numérique et vie au travail, septembre 2015, V. études LEDERLIN (E.), « Le travail numérique à l'épreuve du droit social : l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité », JCP S 2015 n°47, p.10 ; PONTIF (V.), « Transformation numérique et vie au travail : les pistes du rapport Mettling », RDT mars 2016, n°3, p. 185.

⁴⁷² Art. L.3121-64,3° du Code du travail.

⁴⁷³ Et non plus l'article L.2242-8, 7° tel que visé par l'article L.3121-64,3°.

direction [des] actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques »⁴⁷⁴.

450. Par conséquent, l'article L.3121-64 II 3° impose à l'accord autorisant le recours aux forfaits de prévoir les modalités d'exercice du droit à la déconnexion du salarié⁴⁷⁵. Ainsi, l'accord est facultatif pour encadrer le droit à la déconnexion dont bénéficie l'ensemble des salariés de l'entreprise, puisqu' il peut être remplacé par une charte. Selon Monsieur Sébastien TOURNAUX, « *il redevient obligatoire pour les salariés au forfait jours sur l'année qui relèvent par ailleurs des catégories professionnelles les plus touchées par les phénomènes de brouillage des temps de travail et des temps de repos résultant de l'usage des outils numériques* »⁴⁷⁶.

451. En revanche, lorsque l'accord collectif autorisant le recours aux forfaits annuels est incomplet, l'article L.3121-65 II du Code du travail, autorise l'employeur à définir unilatéralement les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et à les communiquer par tout moyen aux salariés concernés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, qui sont en pratique celles soumises à l'obligation annuelle de négocier, ces modalités doivent être conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L.2242-17 du Code du travail.

452. On ne peut être que déçu par ce nouveau dispositif, car il manque quelques précisions notamment sur les rôles respectifs qui incombent à l'employeur et au salarié dans la mise en œuvre du droit à la déconnexion laissant le soin aux partenaires sociaux le soin d'encadrer le droit à la déconnexion. D'ailleurs présentant cette nouvelle obligation, la révision de l'accord de la branche Syntec relatif à la durée du travail par avenant du 1^{er} avril 2014, suite à la décision du 24 avril 2013⁴⁷⁷, a intégré pour les salariés en forfait-jours l'obligation de temps de déconnexion des outils de communication à distance. Les modalités des temps de repos et l'obligation de déconnexion devront être annexées au règlement intérieur de l'entreprise. Ainsi, l'employeur doit afficher dans l'entreprise le début et la fin d'une période

⁴⁷⁴ L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective n'a pas modifié ces dispositions. op.cit note 217.

⁴⁷⁵ GUILMET (L.) et SAPENE (E.), « le point sur les conventions de forfait en jours et le droit à la déconnexion », Lexbase Hebdo, éd. soc., n°689 du 2 mars 2017.

⁴⁷⁶ TOURNAUX (S.), « Loi « Travail » : le nouveau régime des conventions de forfait et le rôle central du suivi de la charge de travail », op.cit.

⁴⁷⁷ Cass.soc. 24 avril 2013 pourvoi n°11-28.398, V. note MORAND (M.), « Durée du travail-Forfaits en jours : la Cour de cassation intraitable ! », *JCP S* 2013, n°23, p. 25 ; Obs.X. *RJS* 7/2013, n°543.

quotidienne et d'une période hebdomadaire au cours desquelles les durées minimales de repos quotidien et hebdomadaire, à savoir un repos quotidien minimum de 11 heures consécutives et d'un repos hebdomadaire de 35 heures (24 heures + 11 heures) minimum consécutives. Par ailleurs, l'effectivité de la garantie du respect par le salarié de ces durées minimales de repos implique pour ce dernier une obligation de déconnexion des outils de communication à distance⁴⁷⁸.

453. Dans l'ensemble, ce qui ressort de ces nouvelles dispositions, c'est principalement la volonté de préserver et de sécuriser les conventions de forfait et il est vrai que le législateur a été efficace. Néanmoins, compte tenu des imprécisions du nouveau dispositif, le contentieux non pas de son contenu, mais de son application risque de s'amplifier alimentant l'instabilité du régime applicable aux cadres.

454. En effet, il existe un autre phénomène qui fragilise le régime applicable aux cadres, il s'agit de la tendance du juge à considérer le cadre, lorsqu'il est question de la protection des droits fondamentaux, comme n'importe quel salarié, niant ainsi sa position particulière dans l'entreprise. Cette tendance n'est pas sans conséquence, elle contribue à renforcer l'instabilité du statut applicable aux cadres.

⁴⁷⁸ CNN des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil (brochure JO n°3018).

Chapitre 2 : L'érosion du statut des cadres

455. Les droits fondamentaux prennent une place de plus en plus importante en droit du travail. L'article L.1121-1 du Code du travail en atteste « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

456. Outre ce texte, il existe tout un arsenal au niveau international et national qui édicte et protège les droits fondamentaux. Les sources dans lesquelles figurent ces droits fondamentaux ne manquent pas. Tout d'abord, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴⁷⁹ qui a élevé au rang du sacré l'existence de ces droits. Le préambule de la Constitution de 1946 qui contient en substance des droits déjà énoncés, et notamment l'égalité entre les sexes, le droit au travail, le droit de grève, la liberté syndicale... Enfin, le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui proclame l'attachement du peuple français aux droits de l'Homme. Son article 1^{er} pose, mais seulement depuis 2008, d'ailleurs, le principe de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Les droits fondamentaux protègent ainsi le travailleur dans sa vie, dans sa dignité, dans sa sécurité. Ils le garantissent contre le travail forcé et les discriminations. Ils lui garantissent une exécution du contrat de travail dans des conditions supportables et équitables en matière de durée, de repos, et de rémunération. Ils lui promettent une vie familiale et, sauf exception, le respect de sa vie privée sur le lieu de travail. Ils l'autorisent à participer à la vie de l'entreprise. Le droit international n'est pas en reste⁴⁸⁰. Ainsi, l'Organisation Internationale du Travail, qui compte environ 185 États membres, dont la France, est à l'origine de 189 conventions⁴⁸¹ dont la Convention 111⁴⁸² sur la discrimination en matière d'emploi et de profession, la Convention 158⁴⁸³ concernant la cessation de la relation

⁴⁷⁹ La Constitution de Virginie du 29 juin 1776, rédigée par Mason, accompagnée d'une déclaration des droits paraît être la première du genre garantissant les droits fondamentaux de tous les Hommes « *tous les Hommes naissent naturellement libres et indépendants* » ; la Constitution des États-Unis la suit de peu : acceptée le 17 septembre 1787, entrée en application le 4 mars 1789, elle précède de peu la DDHC en proclamant les droits fondamentaux des citoyens et le principe de la séparation des pouvoirs.

⁴⁸⁰ VERDIER (J-M), L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail, in *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989.

LYON-CAEN (P), *L'application par la France des Conventions internationales du travail, Droits fondamentaux*, n°8, janvier 2010 – décembre 2010.

⁴⁸¹ Il existe actuellement 189 conventions et 202 recommandations, dont certaines remontent à la création de l'OIT en 1919. 125 Conventions sont ratifiées par la France, 79 sont en vigueur, 39 conventions ont été dénoncées.

⁴⁸² Convention adoptée le 25 juin 1958 et est entrée en vigueur en France le 28 mai 1981.

⁴⁸³ Convention adoptée le 22 juin 1982 et est entrée en vigueur en France le 23 novembre 1985.

de travail à l'initiative de l'employeur, ou encore la Convention 87⁴⁸⁴ sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical. La Déclaration universelle des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations Unies a une vocation plus universelle. Mais, en ses articles 22 à 25, qui concernent les travailleurs, elle pose des principes aussi fondamentaux que le droit à la sécurité sociale, le droit à des conditions équitables de travail et de rémunération, le droit au repos, l'égalité de traitement, la liberté syndicale auxquels on peut ajouter encore le droit reconnu à une aide et à une assistance spéciale pour la maternité et l'enfance. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont construit un droit protecteur des droits de l'homme et du travailleur spécifique au continent européen. On compte parmi ces textes : la Charte sociale européenne signée en 1961 et ratifiée par la France en 1972, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen signé le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 décembre 1953 et enfin, l'adoption en 2000 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette dernière est dotée d'une force juridique contraignante pour les États membres à compter du 1er décembre 2009, elle reprend à son compte les droits fondamentaux déjà inscrits dans les textes antérieurs, tels que la déclaration de San Francisco, ou la CESDH.

457. En France, le juge n'hésite plus à remettre en cause les textes au nom du respect des droits fondamentaux au risque de créer un vide juridique. Ainsi, la Cour de cassation a posé, le 1er juillet 2008⁴⁸⁵, le principe de l'application directe de la convention n° 158 de l'OIT, à propos du contrat nouvelles embauches⁴⁸⁶. L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité où le Conseil constitutionnel intervient comme un juge suprême⁴⁸⁷ témoigne également de la volonté d'offrir une réelle protection des droits fondamentaux. En témoigne l'abrogation par le Conseil Constitutionnel de l'article 222-33 du Code pénal qui réprimait le

⁴⁸⁴ Convention adoptée 09 juillet 1948 et est entrée en vigueur en France le 04 juil. 1950.

⁴⁸⁵ Cass.soc. 1^{er} juil. 2008, n° 07-44.124, note BERAUD (J.-M.), « Le contrat nouvelles embauches et la convention n° 158 de l'OIT », *RJS* 2008 n° 10 p. 775.

⁴⁸⁶ Le contrat nouvelles embauche dit CNE a été créé par une ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » (JORF n° 179 du 3 août 2005 p. 12689). Pendant une période de deux ans, dite période de consolidation, le contrat permettait à l'employeur de ne pas appliquer les dispositions générales d'ordre public sur le licenciement, lui offrant ainsi la possibilité de licencier, sans suivre de procédure et sans en expliciter les motifs, un salarié dont l'ancienneté dans l'entreprise n'avait pas atteint deux ans. C'est cette période probatoire qui a soulevé un tollé d'indignations. Le CNE a finalement été abrogé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant rénovation du marché du travail (JORF n° 0148 du 26 juin 2008 p. 10224).

⁴⁸⁷ L'article 61-1 a été inséré dans la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Ses modalités de mise en œuvre sont précisées dans l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée la loi organique n° 2009-1523 le 10 décembre 2009. Désormais « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* »

harcèlement sexuel au nom du principe de légalité qui impose au législateur de définir avec suffisamment de précision les éléments constitutifs d'une infraction pénale⁴⁸⁸.

458. Dans notre étude, les droits fondamentaux et plus particulièrement l'influence du principe d'égalité de traitement nous obligent à repenser la distinction entre les salariés. En effet, celle-ci ne semble plus avoir d'intérêt lorsqu'il s'agit de ces droits, car ils permettent de saisir l'individu non plus seulement en tant que travailleur, mais en tant que personne, appréhendée dans les différentes dimensions de sa vie, à la fois professionnelle et personnelle. Cependant, cette influence conduit à une instabilité du régime applicable aux cadres. Il s'agira ainsi d'étudier d'une part le principe d'égalité (section 1) et d'autre part les droits fondamentaux (section 2).

⁴⁸⁸ Cons. const., du 4 mai 2012, n°2012-240 QPC, obs. RADÉ (C.), « Le Conseil constitutionnel et le harcèlement sexuel », *Lexbase Hebdo éd. soc.* n°485 du 17 mai 2012.

Section 1 : Le principe d'égalité et les cadres

459. Si la Cour de justice des Communautés européennes a très tôt visé un « *principe général d'égalité qui appartient aux principes communautaires du droit communautaire* »⁴⁸⁹, il a fallu attendre 2008, pour que la chambre sociale de la Cour de cassation vise explicitement, « *le principe d'égalité de traitement* »⁴⁹⁰ alors même que le Code du travail ne comporte aucun texte de portée générale consacrant le principe d'égalité de traitement entre les salariés d'un même employeur, on ne le retrouve qu'au détour de quelques dispositions spécifiques⁴⁹¹.

460. L'expansion de ce principe⁴⁹² a débuté avec la consécration du principe « *à travail égal, salaire égal* ». En effet, c'est dans l'arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996⁴⁹³ que la Cour de cassation a considéré que la règle d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes « *était une application de la règle plus générale « à travail égal salaire égal » énoncé par les articles L.133-5,4° et L.136-2, 8° du Code du travail*⁴⁹⁴ » pour affirmer ensuite que « *l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique* ». C'est donc après avoir découvert le principe sous forme de slogan « *à travail égal salaire égal* » que la Cour de cassation a fait émerger le principe général d'égalité de traitement de plus ample portée, car il paraissait difficilement justifiable de limiter l'égalité de traitement aux seuls avantages salariaux. Une autre précision s'impose s'agissant du principe d'égalité de traitement, il ne faut pas confondre discrimination et inégalité de traitement, car selon Christophe RADÉ, « *la première [constitue] l'espèce et la seconde le genre* »⁴⁹⁵.

⁴⁸⁹ CJCE 19 oct.1977, Rückdeschel, aff.117/76, Rc. CJCE, p.1753.

⁴⁹⁰ Cass.soc. 10 juin 2008, n°06-46.000, Dr.soc. 2008, p. 981, chron. RADÉ (C.).

⁴⁹¹ Égalité des droits entre salariés en contrat à durée déterminée et salarié en contrat à durée indéterminée (Art. L.1242-14 C.trav.) ; entre salariés à temps complet et salariés à temps partiel (Art. L.3123-11C.trav.).

⁴⁹² Pour une présentation détaillée de cette construction, voir notamment RADÉ (C.), *Discriminations et égalité de traitement dans l'entreprise*, éd. Liaisons, 2012, n°212 s, p.113 s.

⁴⁹³ Cass.soc. 29 octobre 1996, n°92-43.680 ; *JCP E*, 1997, II, 904, note SAURET (A.) ; *Dr.soc.* 1996. 1013, note LYON-CAEN (A.).

⁴⁹⁴ Art. L.3121-2 C. trav. Actuel.

⁴⁹⁵ RADÉ (C.), *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise*, préc. spéc. p. 114, §215 ; V. également, Études PORTA (J), « Égalité, discrimination et égalité de traitement, à propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », 1^{er} partie, *RDT* 2011, p. 290 ; « Égalité, discrimination et égalité de traitement à propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », 2^{ème} partie, *RDT* 2011, p. 354.

461. Nul ne doute de la place centrale qu'occupe aujourd'hui le principe d'égalité de traitement qui a émergé sous l'impulsion de la chambre sociale de la Cour de cassation. Il semblerait qu'aucune décision, aucun dispositif, ni aucune règle n'échappe à son emprise. Ainsi, ce principe a pris une telle ampleur qu'il est venu remettre en question des pans entiers du droit du travail, surtout s'agissant du caractère justifié des différences catégorielles. En effet, la Cour de cassation a quelque peu ébranlé la distinction cadre et non cadre en 2008, en considérant, que désormais, « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés dans une situation identique au regard dudit avantage* »⁴⁹⁶. Dans cet arrêt Benssouan était en cause une décision unilatérale de l'employeur, dans l'arrêt Pain, la même solution et les mêmes exigences étaient appliquées aux stipulations d'une convention collective. Cet arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 2009⁴⁹⁷ qui a repris au mot près la décision du 20 février 2008 a suscité de nombreuses inquiétudes. Les conséquences de cette décision étaient importantes avec la remise en cause de nombreuses conventions collectives qui s'appuient sur la distinction cadre et non-cadre. La chambre sociale de la Cour de cassation est revenue sur sa position par une série d'arrêts rendus le 27 janvier 2015⁴⁹⁸ s'agissant des avantages catégoriels instaurés par la volonté des partenaires sociaux. Il apparaît donc que le régime des cadres est sauvegardé lorsqu'il s'agit d'accord collectif. Cela étant, le principe d'égalité de traitement continue à s'appliquer s'agissant des usages et des engagements unilatéraux de l'employeur.

462. Le principe d'égalité de traitement aurait pu remettre en cause tout le régime spécifique des cadres notamment en ce qui concerne les avantages catégoriels, mais aussi en ce qui concerne la prévoyance. On comprend mieux alors pourquoi la Cour de cassation a décidé de revenir sur sa jurisprudence en ce qui concerne des avantages catégoriels d'origine conventionnelle, en appliquant une présomption, pour échapper aux conséquences redoutables de l'application du principe d'égalité de traitement aux avantages catégoriels (I.), mais aussi en écartant de la prévoyance l'application de l'égalité de traitement (II.).

⁴⁹⁶ Cass. soc., 20 févr. 2008, n°05-45.601 : *Bull. civ.* V, n°39, obs. RADÉ (C.), *Chaud et froid sur la protection du principe « à travail égal, salaire égal »*, *Lexbase Hebdo éd. Soc.* n°295 du 6 mars 2008.

⁴⁹⁷ Cass. soc. 1^{er} juillet 2009 n°07 42.675, obs. RADÉ (C.), « Le cadre, les congés payés et le principe d'égalité de traitement », *Lexbase Hebdo éd. soc.* n°359, 16 juillet 2009.

⁴⁹⁸ Cass. soc. 27 janvier 2015, cinq arrêts n°13-22.179 ; n°13-25.437 ; 13-14.773 ; 13-23.818 ; 14-13.569, obs. RADÉ (C.), *Lexbase Hebdo éd. soc.* n°600 du 5 février 2015 ; Études DANIEL (J.) *JCP S*, n°7-8, 2015, p. 1054.

I. Les conséquences de l'application du principe d'égalité de traitement sur les avantages catégoriels

463. Beaucoup ont contesté l'influence du principe d'égalité de traitement, estimant que son application était source d'incertitudes (A.) à tel point que les juges ont dû instaurer une présomption de légitimité à l'égard des avantages catégoriels dont l'origine était conventionnelle (B.).

A. L'application du principe d'égalité de traitement source d'incertitude

464. Avec l'application du principe d'égalité de traitement, la Cour de cassation avait révélé la fragilité d'une opposition cadre/non cadre. En effet, à partir de 2008, la Cour de cassation a considéré que désormais « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés dans une situation identique au regard dudit avantage* »⁴⁹⁹. Beaucoup avaient estimé qu'il s'agissait d'un travail de déconstruction de privilèges accordés au cadre. Alors que la Cour de cassation ne faisait que demander aux partenaires sociaux de ne plus se contenter de faire simplement référence aux catégories comme cause justificative, mais de justifier plus précisément pourquoi telle ou telle catégorie méritait un traitement particulier⁵⁰⁰. Ces arrêts avaient consolidé les arguments qui prônaient l'idée qu'une définition unique faciliterait le travail des partenaires sociaux sur la question d'octroyer ou non des avantages à la catégorie de cadre.

465. L'arrêt du 20 février 2008 a conforté l'exigence d'égalité de traitement des salariés en venant préciser la justification des exclusions autorisées, quels que soient les avantages. En l'espèce, la Cour de cassation n'évoquait même pas la nature juridique du titre-restaurant pour viser le terme plus générique « *d'avantages* ». Plus fondamentalement, elle mettait en œuvre une approche pragmatique du principe d'égalité. En effet, on sait que seuls des salariés dans une situation comparable peuvent revendiquer une égalité de traitement. En

⁴⁹⁹ Cass. soc., 20 févr. 2008, n°05-45.601 : Bull. civ. V, n°39, obs. RADÉ (C.), « Chaud et froid sur la protection du principe à travail égal, salaire égal », Lexbase Hebdo éd. soc. n°295 du 6 mars 2008.

⁵⁰⁰ RADÉ (C.), obs. sous Cass.soc.8 juin 2011 n°10-14.725, n°-11.933, n°10-13.663, « La Cour de cassation et les avantages catégoriels : la montagne accouche d'une souris », Lexbase Hebdo éd.soc. n°444 du 16 juin 2011.

l'espèce, la Cour de cassation affirmait avec plus de netteté que pour apprécier l'identité de situation des salariés, la comparaison doit être faite au regard de l'avantage en cause. Il n'était donc pas incongru qu'un ouvrier puisse présenter une identité de situation avec un cadre dirigeant au regard de tel ou tel avantage. Mais l'affirmation était aussi vraie dans l'autre sens. S'agissant de l'octroi de tickets-restaurants, l'ensemble des salariés de l'entreprise, face au besoin de se nourrir, avait vocation à en bénéficier. Seules des raisons objectives, dont la réalité et la pertinence devaient être démontrées par l'employeur et contrôlées par le juge, pouvaient justifier une inégalité de traitement.

466. Mais c'est l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 2009⁵⁰¹ qui a repris au mot près la décision du 20 février 2008⁵⁰², qui avait suscité de nombreuses inquiétudes. En effet, dans l'arrêt Bensoussan, était en cause une décision unilatérale de l'employeur, dans l'arrêt Pain, la même solution et les mêmes exigences étaient appliquées aux stipulations d'une convention collective.

467. Même si cette décision pouvait apparaître comme surprenante, le refus de la Cour de cassation d'écarter les normes conventionnelles du champ d'application du principe d'égalité de traitement n'était pas juridiquement infondée. Il ne faut pas oublier la nature contractuelle de la convention collective. Or, si une convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont conclue, c'est à la condition qu'elle soit légalement formée. Elle ne pouvait pas non plus abandonner la règle énoncée dès l'arrêt Bensoussan, selon laquelle, la seule différence de catégorie professionnelle ne pouvait justifier la différence de traitement. Les inquiétudes suscitées par l'arrêt Pain étaient légitimes, car nombreuses sont les conventions collectives à instaurer des différences en fonction des catégories professionnelles, sans que celles-ci soient particulièrement justifiées. En effet, elles sont souvent le fruit d'une négociation et même si le juge autorise les justifications a posteriori, bien souvent l'employeur aura du mal à justifier ces différences de traitement, car parfois elles ne reposent pas sur des raisons objectives.

468. Par une série d'arrêts rendus le 8 juin 2011, la chambre sociale avait légèrement assoupli sa position en jugeant que *« repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre*

⁵⁰¹ Cass.soc. 1^{er} juillet 2009, n°07 42.675, obs. RADÉ (C.), « Le cadre, les congés payés et le principe d'égalité de traitement », *Lexbase Hebdo, éd. Soc.* n°359, 16 juillet 2009.

⁵⁰² Cass.soc. 20 février 2008 n°05-45.60, op.cit.

en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération »⁵⁰³.

469. Depuis, la Cour de cassation a continué cet assouplissement en retenant des considérations de plus en plus pragmatiques. Elle a pu ainsi retenir au sujet des cadres sous convention de forfait en jours que ces derniers pouvaient bénéficier de congés supplémentaires dès lors qu'ils accomplissaient un temps de travail supérieur à celui des autres salariés⁵⁰⁴. De manière identique, la Cour de cassation avait admis la possibilité de prévoir pour les cadres une durée supérieure de préavis dans la mesure où un cadre met plus de temps, par comparaison avec les autres salariés, pour mettre en ordre les missions dont il a la charge à son départ de l'entreprise et effectuer les transmissions nécessaires à son successeur⁵⁰⁵. Plus récemment, la chambre sociale de la Cour de cassation avait pu admettre une indemnité de licenciement plus élevée au profit des cadres dirigeants, plus exposés que les autres salariés au licenciement, étant directement soumis aux aléas de l'évolution de la politique de la direction générale⁵⁰⁶. Il en est de même au sujet de l'octroi d'une semaine de congés supplémentaires pour les cadres soumis à un degré élevé d'autonomie et à de fortes contraintes horaires impliquant une charge personnelle et en particulier nerveuse qui leur est propre⁵⁰⁷. Malgré ces assouplissements, le juge s'octroyait un grand pouvoir de contrôle des dispositions unilatérales comme négociées. Beaucoup ont considéré que le juge avait porté un coup fatal au régime spécifique des cadres, d'autant que cette application du principe d'égalité de traitement ne paraissait pas s'inscrire dans le mouvement législatif de renforcement des syndicats catégoriels. De plus, même si le juge laissait la possibilité à l'employeur de justifier *a posteriori* les avantages accordés pour telle ou telle catégorie, ce travail de justification pouvait s'avérer complexe. À l'égard des conventions ou accord de branche, par exemple là où l'employeur ne dispose d'aucun pouvoir sur le contenu de ce type d'accords, il était très difficile d'apporter des justifications nettes dans

⁵⁰³ Cass.soc. 8 juin 2011, deux arrêts, pourvoi n°10-14.725, FS-P+B+R+I et jonction, n°10-11.933 à n°10-13.663, P+B+R+I ; obs. ANTONMATTÉI (P.-H.) et RADÉ (C.), *Dr.soc.* 2011 p. 986 ; obs. LYON-CAEN (A.) et SERIZAY (B.), *SSL* 2011, n°1497, p. 7.

⁵⁰⁴ Cass.soc.28 mars 2012, n°11-12.043, note DANIEL (J.) et SÉBILLE (L.), *JCP S* 2012, 1344.

⁵⁰⁵ Cass.soc. 6 juin 2012, n°10-27.468, *RJS* 2012, n°674.

⁵⁰⁶ Cass.soc. 24 sept. 2014, n°13-15.074, note DUCHANGE (G.), *JCP S* 2014 n°48, 1452 ; note RADÉ (C.), « Nouvelle justification de différence de traitement au bénéfice des cadres dirigeants », *Lexbase Hebdo éd.soc* n°586 du 9 octobre 2014.

⁵⁰⁷ Cass.soc. 22 octobre 2014, n°13-21.147.

la mesure où ces accords sont le fruit de compromis : à un avantage octroyé correspond parfois une contrainte supplémentaire

470. L'application du principe d'égalité de traitement aux avantages catégoriels dont la source est conventionnelle faisant naître des incertitudes, la Haute juridiction a dû revenir sur sa jurisprudence.

B. Une présomption de légitimité des avantages catégoriels d'origine conventionnelle

471. La chambre sociale de la Cour de cassation avait suscité de nombreuses critiques quant à l'application qu'elle faisait du principe de l'égalité de traitement aux avantages catégoriels d'origine conventionnel⁵⁰⁸, le revirement était donc « *attendu même espéré* »⁵⁰⁹. Comme le souligne de façon révélatrice le communiqué de la Cour de cassation « dans le domaine du droit négocié, l'expérience a montré que cette exigence de justification [issus de la jurisprudence de 2011] se heurtait à des difficultés tenant notamment au fait qu'elle pesait le plus souvent sur un employeur pris individuellement alors qu'était en cause une convention ou un accord conclu au plan national ». Désormais, depuis les arrêts du 27 janvier 2015, la Cour affirme que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de convention ou d'accord collectif « *sont présumées justifier de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* ». Pour autant, si la source conventionnelle de l'avantage n'est plus indifférente pour apprécier le respect du principe d'égalité de traitement, il n'en demeure pas moins que lorsque l'avantage catégoriel trouve sa source dans un engagement unilatéral de l'employeur, il n'existe aucune présomption de justification de la différence de traitement⁵¹⁰. Cette décision s'inscrit dans le droit fil des évolutions législatives et jurisprudentielles relatives au syndicalisme catégoriel. Il était paradoxal de préserver la représentativité syndicale

⁵⁰⁸ JEANSEN (E.), PAGNERRE (Y.), « Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction », *JCP S* 2012 n°31 p. 13 ; PEREIRA (S.), « Jurisprudence sur les avantages catégoriels : vers la fin de la négociation collective », *JCP S* 2011, n°40 p. 18 ; DUCHANGE (G.), « Égalité de traitement-Le juge, la convention collective et les fondements incertains du principe d'égalité de traitement », *JCP S* 2014, n°48, p. 35.

⁵⁰⁹ RADÉ (C.) « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnel : la volte-face de la Cour de cassation », *Lexbase hebdo éd.soc.*, 5 février 2015, n°600.

⁵¹⁰ Cass.soc. 27 janvier 2015, Cass.soc. 27 janvier 2015, cinq arrêts n°13-22.179 ; n°13-25.437 ; 13-14.773 ; 13-23.818 ; 14-13.569, obs. RADÉ (C.), *Lexbase Hebdo éd.soc.* n°600 du 5 février 2015 ; Études DANIEL (J.) « Différences de traitement entre catégories professionnelles : la justification n'évite pas le soupçon » *JCP S*, n°7-8, 2015, 1054.

⁵¹⁰ Cass.soc. 14 septembre 2016, n°15-11.386, DUMOT (F.), « L'engagement unilatéral de l'employeur source d'inégalité de traitement : strict contrôle du juge », *JCP S* 2016, n°42, p. 28.

catégorielle, tout en déniait à ces mêmes organisations la possibilité de négocier des avantages propres à la catégorie professionnelle dont elles sont les représentantes⁵¹¹.

472. La Haute juridiction abandonne le recours au principe qui s'apparentait selon Monsieur Christophe Radé « à une présomption de non-justification »⁵¹² au profit d'une présomption exactement inverse en faveur des distinctions opérées par l'accord collectif dont la légitimité est désormais présumée, à charge pour le salarié demandeur de rapporter la preuve contraire.

473. Ainsi, une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 8 juin 2016 confirme le maintien de la présomption de légitimité des avantages catégoriels d'origine conventionnel, y compris lorsqu'il s'agira d'octroyer des avantages différents au sein d'une même catégorie de salariés. En l'espèce, la Chambre sociale a estimé que « les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectifs, négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ; que la cour d'appel ayant constaté que l'indemnité de logement avait pour objectif de prendre en compte les spécificités de la fonction de chef d'agence et de cadre de direction, ce dont il résultait qu'elle n'était pas étrangère à des considérations professionnelles »⁵¹³.

474. Le régime spécifique des cadres est préservé s'agissant des avantages catégoriels dont l'origine est conventionnelle ; pour autant, la jurisprudence antérieure aurait eu pour mérite d'imposer aux partenaires sociaux de bien repenser les catégories de cadre pour leur appliquer un régime spécifique et adapté.

⁵¹¹ MARTINON (A.), « Syndicats-Représentativité catégorielle : la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel à l'unisson », *JCP S* 2011 n°38 p. 38 ; du même auteur : « La négociation catégorielle », *JCP S* 2011 n°18 p. 22, TISSANDIER (H.), « L'avenir s'éclaire pour la CFE-CGC », *RDT* 2011 n°9 p. 513.

⁵¹² RADÉ (C.), « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels, la volte-face de la Cour de cassation », *Lexbase Hebdo éd.soc.*, n°600 du 5 février 2015.

⁵¹³ Cass.soc. 8 juin 2016, n°15-11324, RJS 8-9/16, n°542, p.583.

475. Il était un domaine également où l'application du principe d'égalité de traitement pouvait mettre à mal le régime spécifique des cadres, et plus précisément, au sujet des régimes de protection sociale complémentaire.

II. L'égalité de traitement écarté par le juge de la sphère de la prévoyance

476. Comme le notait le conseiller Jean-Marc Béraud, en matière de protection sociale, le principe d'égalité de traitement conduit à une impasse⁵¹⁴. Après de nombreuses consultations d'experts et des négociateurs sociaux, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé, avec trois arrêts rendus le 13 mars 2013, de ne pas appliquer le principe d'égalité de traitement. En effet, elle considère qu'« *au regard des particularités pesant sur les régimes de prévoyance, l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle.* »⁵¹⁵. Ainsi, ni la différence de prise en charge des cotisations entre cadres et non-cadres par l'employeur⁵¹⁶ ni des régimes différents dans leur contenu suivant les catégories⁵¹⁷ ni même un régime exclusivement réservé au cadre ne constituent une inégalité de traitement⁵¹⁸. La motivation de la Cour de cassation appelle la critique. En effet, pour la chambre sociale, c'est au nom des particularités des régimes de prévoyance que le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas entre les catégories professionnelles et pour justifier sa solution la Cour de cassation avance trois raisons.

477. La Chambre sociale met tout d'abord en avant que les régimes de prévoyance « *reposent sur une évaluation des risques en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle* ». Ainsi, pour le conseiller rapporteur Jean-Marc BÉRAUD « *ces systèmes recherchent un équilibre financier en fonction de considérations actuarielles* », il prend pour illustration pour appuyer ses arguments le fait que « *dans les secteurs accidentogènes, comme l'agriculture, les transports et les bâtiments et travaux publics, les risques propres aux cadres sont différents de ceux que courent les ouvriers* »⁵¹⁹. La démonstration ne semble pas

⁵¹⁴ Entretien avec BÉRAUD (J.-M.), « L'égalité conduit à une impasse » *SSL* 2013, n°1576, p.11.

⁵¹⁵ Cass.soc. 13 mars 2013, n° 11-20.490, FS-P+B+R (jonction de pourvois concernant 124 salariés au total) ; n° 10-28.022, et n° 11-23.761 ; *SSL* 2013, n°1576 p.11, entretien BÉRAUD (J.-M.) ; *Lexbase Hebdo éd.soc.*, n°521 du 28 mars 2013, note DEL SOL (M.) ; *JCP S* 2013, 1144, études COURSIER (Ph.) ; *JCP E* 2013, 1631, n°29, obs. VACHET (G.).

⁵¹⁶ Cass.soc. 13 mars 2013, n° 11-20.490, préc.

⁵¹⁷ Cass.soc. 13 mars 2013, n° 11-23.761, préc.

⁵¹⁸ Cass.soc. 13 mars 2013, n° 10-28.022, préc.

⁵¹⁹ BÉRAUD (J.-M.), préc.

contestable, pour autant le rattachement à une catégorie professionnelle n'est pas l'élément le plus déterminant pour évaluer les risques. Pour Madame Marion DEL SOL « *dans le champ des risques couverts par la prévoyance (maladie, incapacité, invalidité et décès), l'assureur effectue cette pesée sur la base des éléments démographiques connus (répartition des effectifs dans les différentes classes d'âge, proportion d'hommes et de femmes parmi le personnel, composition familiale) et des informations dont il dispose sur les risques de santé auxquels l'activité de l'entreprise expose les salariés* »⁵²⁰.

478. L'autre raison qui est mise en avant par la chambre sociale pour justifier l'éviction du principe d'égalité de traitement est que la mise en œuvre des régimes de prévoyance nécessite le recours à un organisme extérieur⁵²¹. Mais s'il s'agit bien d'une particularité, car cette obligation ne concerne que le régime de prévoyance, on ne comprend pas le rapport avec les catégories professionnelles, selon Madame Marion DEL SOL « *il ne s'agit que d'une exigence technique visant à garantir les avantages institués en en confiant la gestion à un professionnel de l'assurance. Ce dernier n'a aucune influence sur la configuration du régime de prévoyance, spécialement sur la détermination des salariés bénéficiaires qui s'effectue dans l'entreprise et se matérialise dans le mode opératoire utilisé pour instituer le régime (accord collectif, référendum ou décision unilatérale)* »⁵²².

479. Enfin, la Chambre sociale énonce également dans sa motivation que les régimes de prévoyance prennent en compte un objectif de solidarité, mais ce critère ne semble pas pertinent, on ne comprend pas la justification d'une solidarité catégorielle. Peut-être que les juges de la Cour de cassation pensaient à l'ANI du 11 janvier 2013 qui fait expressément référence à l'objectif de solidarité, mais il s'agissait d'une solidarité au niveau professionnel alors que la Cour de cassation vise le niveau catégoriel.

480. Si les arguments de la Cour de cassation ne sont pas satisfaisants sur le plan juridique, sa solution permet de mettre à l'abri du principe d'égalité de traitement les politiques de l'entreprise qui aurait pu avoir des conséquences assez redoutables, car il ne faut pas oublier que les régimes catégoriels sont éminemment structurants dans le champ de la prévoyance et de la retraite supplémentaire. Ainsi, pour illustration, la cotisation de 1,50 % sur la garantie décès qui se calcul sur la tranche A du salaire des cadres, est à la charge exclusive de l'employeur. Si

⁵²⁰ DEL SOL (M.), préc.

⁵²¹ Art. L.242-1 al. 6 du Code de la Sécurité sociale.

⁵²² DEL SOL (M.), *Lexbase Hebdo éd. Soc.*, n°521 du 28 mars 2013.

le juge avait appliqué le principe d'égalité de traitement et que cette garantie avait été étendue aux non-cadres, le coût évalué pour les employeurs se serait situé entre 4 et 5 milliards d'euros⁵²³. De plus, selon le conseiller Jean-Marc Béraud, l'application du principe d'égalité de traitement aurait eu pour conséquence une contribution plus importante des non-cadres, ce qui aurait conduit à une baisse de leur rémunération⁵²⁴.

481. Ces régimes sortent donc sécurisés. En effet, ces trois décisions concernent un ensemble de situations susceptibles d'être rencontrées, notamment la mise en place d'un régime commun, mais avec une participation patronale différenciée⁵²⁵, un régime de prévoyance institué en faveur d'une seule catégorie (en l'occurrence les cadres)⁵²⁶ ou encore, des régimes et des conditions de prise en charge financière différente selon les catégories de salariés⁵²⁷. De plus, ces arrêts ne distinguent pas entre les régimes de prévoyance mise en place par voie de convention collective ou par voie de décision unilatérale. Ces décisions s'inscrivent dans le sillage de la loi du 14 juin 2013⁵²⁸, reprenant l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013⁵²⁹, qui renvoie à la négociation sur la généralisation des garanties complémentaires santé. Elle prévoit également qu'à défaut d'accord au 1^{er} janvier 2016, cette généralisation doit être mise en œuvre par décision unilatérale de l'employeur. Ainsi, peu importe le support de la décision de l'employeur s'agissant de la prévoyance, le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas.

482. En revanche, la Cour de cassation précise que ce principe conserve toute sa place pour s'assurer que les salariés relevant d'une même catégorie sont traités à l'identique lorsqu'ils sont dans une situation comparable. Depuis lors, la Chambre sociale a confirmé sa jurisprudence notamment par une décision du 9 juillet 2014⁵³⁰, arrêt publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Il s'agissait en l'espèce d'une décision unilatérale de l'employeur qui mettait en place au profit des seuls salariés cadres une mutuelle obligatoire prenant en charge les frais médicaux avec financement de l'employeur à hauteur de 50%. Un

⁵²³ CHAMPEAUX (F.), « La prévoyance chasse l'égalité », *SSL* 2013, n°1576, p. 10.

⁵²⁴ BÉRAUD (J.-M.), préc.

⁵²⁵ Cass.soc. 13 mars 2013, n° 11-20.490, préc.

⁵²⁶ Cass.soc. 13 mars 2013, n° 10-28.022, préc.

⁵²⁷ Cass.soc. 13 mars 2013, n° 11-23.761, préc.

⁵²⁸ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, (JORF n°138 du 16 juin 2013 p. 9958), V. notamment sur « la généralisation de la couverture complémentaire santé des salariés » *JCP S* 2013 n°30, 1309, étude PETIT (B.) ; étude DEL SOL (M.), *Dr.soc.* 2014, p. 165.

⁵²⁹ ANI Accord pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

⁵³⁰ Cass.soc. 9 juillet 2014, n°13-12.121, étude DEL SOL (M.), *Dr.soc.* 2014, p. 165.

salarié non-cadre, exclu donc de ladite prise en charge, invoquait la violation du principe d'égalité de traitement. La cour d'appel de Grenoble a condamné l'employeur au motif « *que la seule différence de catégorie professionnelle ne peut justifier cette différence de traitement* ». La Chambre sociale casse l'arrêt et décide « *qu'en raison des particularités des régimes de prévoyance incluant la protection sociale complémentaire, qui reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prennent en compte un objectif de solidarité et requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise, l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle* ».

483. La solution de la Cour de cassation semble cohérente dans la mesure où la possibilité de traiter différemment des salariés au regard des avantages de prévoyance complémentaire n'est que la conséquence d'un dispositif légal⁵³¹. Le décret du 9 janvier 2012 relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire⁵³² modifié par le décret du 8 juillet 2014⁵³³ ont institué expressément cette faculté. Ainsi, aux termes de l'article L.242-1 du Code de la Sécurité sociale, le financement que l'employeur consacre à la protection sociale complémentaire de ses salariés, en matière de prévoyance et de retraite, est déductible sous plafond de l'assiette des cotisations sociales à la double condition que le régime institué présente un caractère collectif et obligatoire. De plus, ce texte précise que « *ces garanties [...] revêtent un caractère obligatoire et bénéficient à titre collectif à l'ensemble des salariés ou à une partie d'entre eux sous réserve qu'ils appartiennent à une catégorie établie à partir de critères objectifs déterminés par décret en Conseil d'Etat* ». L'enjeu du décret du 9 janvier 2012 modifié par le décret du 8 juillet 2014, était donc de préciser les critères objectifs permettant de définir une catégorie déterminée de salariés, condition pour que l'opération de prévoyance soit considérée comme collective et rende les financements patronaux éligibles au régime social de faveur posé à l'article L.242-1 du Code précité. Le décret établit une liste de cinq critères dont l'utilisation permet, à certaines conditions, de

⁵³¹ Art L.242-1 et R. 242-1-1 et s. du Code de la Sécurité sociale.

⁵³² Décret n°2012-25 du 9 janvier 2012, relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire, (JORF n°009 du 11 janvier 2012 p. 514), note Del Sol (M.), *Lexbase hebdo éd.Soc.* n°472 du 9 février 2012.

⁵³³ Décret n°2014-786 du 8 juillet 2014 relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire, (JORF n°158 du 10 juillet 2014 p. 1149), études SERIZAY (B.), *JCP S* 2014, n°44, 1413 ; aperçu rapide WISMER (F.), *JCP S* 2014, n°29 act. 282 ; études KOVAC (J.), *JCP E* 2014, n°31-34, 1422.

réputer le régime collectif au sens de l'article L.242-1 du Code de la sécurité sociale, ce qui permet de le rendre éligible au régime social de faveur⁵³⁴.

484. Ainsi, en matière de couverture complémentaire maladie, on pourrait penser *a priori* qu'aucune justification particulière ne puisse justifier que seules certaines catégories de salariés aient besoin que leurs frais de santé soient pris en charge. Cependant, le décret fait place à des régimes différenciés selon la catégorie professionnelle de rattachement.

485. En matière de prévoyance lourde et de retraite, les différences de traitement autorisées reposent sur une justification que l'on serait tenté de qualifier de « *légitime et pertinente* ». Elles trouvent, en effet, leur source dans les spécificités du dispositif de couverture sociale institué en faveur des cadres par la Convention nationale collective précitée du 14 mars 1947.

486. Les problématiques posées par l'application au régime de prévoyance du principe d'égalité de traitement se retrouvent également lorsqu'il s'agit d'envisager d'autres dispositifs spécifiques aux cadres. Ainsi, la mise en œuvre, par le juge, des droits fondamentaux appliqués aux cadres apparaît comme une source d'incertitudes, car cette application a tendance à ne pas prendre en considération la situation particulière de ces derniers.

Section 2. Les droits fondamentaux et les cadres

487. Il est tentant d'envisager le cadre comme un salarié ordinaire. Il s'avère qu'en pratique leur statut peut nous obliger à nous questionner sur l'atteinte à leurs droits fondamentaux, comme la liberté d'expression⁵³⁵, mais aussi le droit au respect de leur vie personnelle. Cependant, la position qu'occupe le cadre dans l'entreprise conduit à s'interroger

⁵³⁴ Art R. 242-1-1 du Code de la Sécurité sociale « (...) 1°) l'appartenance aux catégories de cadres et non-cadres résultant des règles applicables en matière de retraite AGIRC et ARRCO.

2°) les tranches de rémunérations fixées pour le calcul des cotisations AGIRC et ARRCO.

3°) l'appartenance aux catégories et classifications professionnelles définies par les conventions collectives professionnelles (notamment de branche).

4°) le niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie dans le travail des salariés correspondant aux sous-catégories fixées par les conventions collectives professionnelles.

5°) l'appartenance au champ d'application d'un régime légalement ou réglementairement obligatoire assurant la couverture du risque concerné, ou bien l'appartenance à certaines catégories spécifiques de salariés définies par les stipulations d'une convention collective, d'un accord de branche ou d'un accord national interprofessionnel caractérisant les conditions d'emploi ou des activités particulières, ainsi que l'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir des usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession (...) ».

⁵³⁵ BEFRE (P.), *La liberté d'expression*, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

sur les limites ou les atteintes qui pourraient être portées à leurs droits. Or, le juge ne semble pas prendre en considération, notamment s'agissant de la liberté d'expression, ces particularités. En pratique, nier la spécificité des cadres revient à nier leur existence en tant que catégorie.

488. La protection de la vie personnelle du cadre semble difficile, notamment depuis l'introduction des nouvelles technologies. Si ces atteintes peuvent concerner tous les salariés, les cadres restent cependant les plus concernés par ces atteintes. Le législateur n'a pas envisagé la problématique de la protection de la vie personnelle en fonction des catégories socioprofessionnelles. Pour autant, ne doit-on pas envisager différemment la protection de la vie personnelle des cadres ? Il est presque vain pour certains cadres de distinguer ce qui relève de la sphère personnelle de ce qui relève de la sphère professionnelle, tant elles peuvent être imbriquées. Nous verrons donc dans un premier temps la tendance du juge à alléger les contraintes pesant sur les cadres s'agissant de la liberté d'expression (I) et dans un deuxième temps que la protection de la vie personnelle de celui-ci reste malaisée (II).

I. La liberté d'expression du cadre vers l'allègement des contraintes

489. L'article L.1121-1 du Code du travail dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

490. La formulation générale de cet article permet de penser que le cadre, tout comme les autres salariés, bénéficie de la protection de ses droits et libertés individuels. Mais la situation particulière des cadres et surtout de ceux qui participent au processus de décision nous amène à nous demander s'ils peuvent prétendre à la même protection de leurs libertés fondamentales que les autres salariés. Leur niveau de responsabilité, leur autonomie ne réduisent-ils pas comme peau de chagrin l'étendue de leurs libertés ?

491. La chambre sociale de la Cour de cassation a, dans l'arrêt *Clavaud*⁵³⁶, consacré la liberté d'expression des salariés dans l'entreprise et en dehors de celle-ci. Avant 1990, la

⁵³⁶ Cass.soc. 28 avril 1988, n°87-41.804, *Bull. civ.* V, n°257 ; *Dr. Ouvrier* 1988, p. 249, note JEAMMAUD (A.); *Dr. Soc.* 1988, p. 428, note COUTURIER (G.).

En l'espèce, les faits sont simples : un salarié est embauché en qualité de chef comptable, puis promu directeur administratif et financier. A la suite de la prise de contrôle de la société, son nouvel employeur a proposé un

Cour de cassation sanctionnait sévèrement les manquements à l'obligation de loyauté qui pesait de façon plus lourde sur les cadres que sur les autres salariés. Depuis 1990⁵³⁷, la jurisprudence avait posé le principe « *que la perte de confiance ne constitue pas en soi un motif de licenciement et que le licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs* ».

492. Contrat *intuitu personae* par excellence, le contrat de travail impose à chaque cocontractant une obligation de loyauté. Le salarié s'engage en tout premier lieu à exécuter la prestation de travail convenue, dans le respect des directives de l'employeur et des contraintes qu'imposent son appartenance à une structure organisée et son intégration à une collectivité de travail. Par ailleurs, sur le fondement de l'article 1104 du Code civil, le contrat de travail devant « être exécuté de bonne foi », le salarié est tenu à une obligation générale de loyauté qui lui interdit de se livrer à des agissements préjudiciables aux intérêts de l'entreprise. À ce titre, il est notamment tenu à des obligations de fidélité et de discrétion dont l'étendue trouve sa limite dans le respect des libertés fondamentales auxquelles l'employeur ne peut porter qu'une atteinte « *justifiée par la nature de la tâche à accomplir* » et « *proportionnée au but recherché* ». Ainsi la « *loyauté* » est un terme générique qui, sur le terrain de la liberté d'expression, se décline en termes d'obligation et de discrétion. En effet, indépendamment d'une obligation spécifique de secret professionnel, le salarié est tenu à une obligation de discrétion qui, même en l'absence de clause contractuelle de confidentialité, lui interdit de divulguer les informations auxquelles ses responsabilités lui donnent accès.

493. Dès lors, le cadre n'avait guère le choix dans le comportement à adopter, au risque de se voir licencier pour « *perte de confiance* ». La Cour de cassation privilégiait alors l'intérêt de l'entreprise, et le cadre devait adhérer à la politique des dirigeants.

494. La Cour de cassation a introduit la notion d'abus dans un arrêt du 12 novembre 1996⁵³⁸ en précisant que « *l'exercice de la liberté d'expression par un salarié en dehors de l'entreprise ne peut justifier un licenciement que s'il génère un abus* ». Pour la Cour, l'abus⁵³⁹

avenant à son contrat de travail aux termes duquel il devenait « responsable contrôle de gestion et comptabilité. » Par la suite, le cadre remet en mains propres à chacun des six membres du comité de direction un document dactylographié critiquant les méthodes de gestion mises en place par la nouvelle direction : il se voit alors notifier son licenciement pour perte de confiance.

⁵³⁷ Cass.soc. 29 novembre 1990, *Bull.* n°597 : disparition jurisprudentielle de la perte de confiance comme motif réel et sérieux de licenciement

⁵³⁸ Cass.soc. 12 novembre 1996, *Bull.* V, n°373.

⁵³⁹ Voir en ce sens Cass.soc. 4 février 1997, *Dr. Soc.* 1997, p. 413, obs. SAVATIER (J.).

se caractérise aussi bien par la légèreté blâmable que par l'intention de nuire. On peut relever que les circonstances de fait, ainsi que l'activité de l'entreprise, jouent un rôle dans l'appréciation du juge. Les cadres, en particulier les cadres dirigeants, véhiculent en toutes circonstances l'image de l'entreprise, ce qui peut conduire à fixer une autre limite à la liberté d'expression. La complexité naît de la difficulté à appréhender les frontières de la liberté d'expression du cadre au regard de l'obligation de loyauté qui pèse sur ce dernier.

495. Il semble pourtant que la chambre sociale de la Cour de cassation limite la liberté d'expression, y compris celle du cadre, à la théorie de l'abus. Cependant, la notion d'abus n'implique pas nécessairement que le salarié ait proféré des injures ou des accusations mensongères. Mais il va de soi, *a fortiori*, que des termes injurieux ou diffamatoires, constituant des infractions pénales, ne sont pas acceptables⁵⁴⁰. Dans un arrêt de 1999⁵⁴¹, la Cour de cassation précise que la liberté d'expression peut être limitée de deux façons : soit en cas d'abus, ce qui suppose, par exemple des termes injurieux diffamatoires ou excessifs, soit si la limite posée est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché⁵⁴².

496. Ainsi caractérise un abus de la liberté d'expression, constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, le fait pour une salariée, à la suite du refus du directeur général de la nommer directrice éditoriale de la revue éditée par la société, d'avoir adressé, au Président et aux membres du Conseil d'Administration de la société, une lettre de protestation où elle mettait en cause la direction et l'orientation de la société et tentait ainsi de déstabiliser l'entreprise⁵⁴³.

497. L'abus est alors caractérisé quand le salarié participe, activement, à une campagne de dénigrement ayant entraîné la fermeture de l'entreprise⁵⁴⁴. En général, la Cour de

⁵⁴⁰ CA Metz, 21 février 2001, RJS 1/01 n°9 : Abus de son droit d'expression, le cadre qui se livre à des accusations injurieuses à l'égard de plusieurs directeurs de l'entreprise en leur imputant une machination après avoir reçu un avertissement.

⁵⁴¹ Cass.soc. 14 décembre 1999, n°97-41. 995, *Dr. Soc.* 2000, p. 165.

⁵⁴² En vertu de l'art. L.1121-1 du Code du travail.

⁵⁴³ Cass.soc. 15 octobre 1996, n°94-42. 911, *Bull. civ.* V, n°327.

⁵⁴⁴ Cass.soc. 4 février 1997, n°96-40. 678, *Dr. Social* 1997, p. 413, Note SAVATIER (J.) ; En l'espèce, deux techniciennes de laboratoires avaient informé l'association Act Up que les tests de dépistage du virus du Sida étaient pratiqués par leur employeur selon une méthode d'analyse peu fiable et dangereuse. L'association Act Up a alors dénoncé cette pratique à l'autorité judiciaire et au ministre de la Santé, puis déclenché une campagne de presse contre le laboratoire. L'entreprise a dû fermer ses portes après une mesure administrative de retrait temporaire d'autorisation. Les juges de la Cour d'appel ont considéré que les faits commis par les deux salariés caractérisaient une cause réelle et sérieuse. Cette solution a suscité des critiques dans la mesure où les salariées ont dénoncé des pratiques illicites posant des questions de santé publique. Elle aurait été différente si celles-ci en

cassation⁵⁴⁵ délimite le droit reconnu aux salariés de dénoncer certains faits ou circonstances. Ce droit à la dénonciation est ainsi assorti de deux conditions : les faits dénoncés doivent avoir un lien avec l'entreprise et le salarié doit agir de bonne foi, sans vouloir nuire à son employeur. Une distinction s'opère donc entre la dénonciation « légitime » protégée par la liberté d'expression et la dénonciation interdite, analysée comme une faute de son auteur.

498. De manière générale, en dehors des limites strictement fixées par la jurisprudence, le cadre garde la possibilité de tenir des propos⁵⁴⁶ et d'exprimer sa pensée, sur n'importe quel sujet, aussi bien dans l'entreprise qu'en dehors de celle-ci⁵⁴⁷. La Cour de cassation admet ainsi que le cadre puisse formuler, dans le contexte de ses fonctions, des critiques concernant l'organisation de l'entreprise, dès lors qu'il n'adopte pas une attitude ou ne tient pas de propos excessifs⁵⁴⁸. En effet, un cadre doit manifestement avoir un regard critique sur les décisions qu'il prend. En réalité, il ne fait qu'user de sa liberté d'expression en exerçant un droit de critique dans l'exercice de ses fonctions de cadre dirigeant⁵⁴⁹.

avaient informé directement l'autorité publique sans passer par une association connue par la force médiatique de ses actions.

⁵⁴⁵ Cass.soc. 14 mars 2000, n°97-43. 268, *Bull. civ.* V, n°104.

⁵⁴⁶ CA Versailles, 28 juin 2001, *RJS* 1/01, n°9 : un cadre de direction, qui a manifesté sa déception concernant une mutation et qui a envoyé plusieurs courriers aux membres du Conseil d'administration à la suite de mesures qu'il estimait injustifiées et humiliantes et qu'il était dès lors naturel qu'il proteste contre ces mesures est victime d'un licenciement injustifié. CA Versailles, 29 mai 2001, *RJS* 1/01, n°9 : un chef des services administratifs et comptables qui s'est exprimé avec humeur sur le fait de ne pas avoir consulté sur l'obtention de congés par l'un de ses subordonnés et qui s'est laissé aller à quelques observations critiques sur la nouvelle organisation des services et qu'il est ainsi resté dans les limites du droit pour un cadre de haut niveau d'alerter son employeur sur les dysfonctionnements constatés.

⁵⁴⁷ Voir en ce sens Cass.soc. 28 avril 1988, n°87-41. 804 P, *Dr. Soc.* 1988, p. 428 ; *D.* 1988, 437, note WAGNER (E.); *Dr. Ouvrier* 1988 249, note JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.); *JCP E* 1988, II, 15270, n°6, p.581, obs. TEYSSIE (B.) : « Affaire Clavaud », en l'espèce, le salarié avait été licencié à la suite de la publication dans un quotidien, « L'humanité », d'un article rapportant les déclarations critiques qu'il avait faites sur ses conditions de travail. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir prononcé la nullité de la rupture du contrat de travail et énonce : « l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant dépourvu de sanction, il ne peut en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude ». Exemples où la liberté d'expression traduit une divergence de vue avec l'employeur justifiant le licenciement : cette liberté d'expression est cependant restreinte en partie par la loi puisqu'on ne peut, sous prétexte de liberté de parole, diffamer ou injurier autrui ; ainsi, l'exercice de cette liberté n'étant pas évident, un salarié prudent est un salarié qui se tait : Cass.soc. 10 juillet 1980, *Bull. civ.* V, p. 482 ; Cass.soc. 11 octobre 1984, *Bull. civ.* V, p. 273 Exemples où les paroles prononcées sont considérées comme une critique inadmissible de l'employeur : Cass.soc. 12 mars 1980, *Bull. civ.* V, p. 187, n°247 ; Cass.soc. 1er juillet 1981, *Bull. civ.* V, p. 467.

⁵⁴⁸ Cass.soc. 25 janvier 2000, n°97-45. 044, *RJS* 03/00 n°259 ; Cass.soc. 2 mai 2001, n°98-45. 532 P.

Le grief de divergences de vue exprimées en termes généraux, faisant ressortir qu'il n'est reproché au salarié, cadre directeur-exportation, ni injures, ni propos diffamatoires ou excessifs n'est pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ; Cass.soc. 23 octobre 2001, n°99-44. 571. L'envoi par le directeur général de filiale, de notes traduisant uniquement des divergences de vue, sans dépasser le cadre normal entre deux cadres de haut niveau sur la stratégie à adopter ; Cass.soc. 17 janvier 2001, n°98-44. 354, *Bull. civ.* N°13 La seule incompatibilité d'humeur, également fréquemment évoquée à l'encontre des cadres, sans invoquer aucun fait matériellement vérifiable n'est pas, non plus, une cause réelle et sérieuse.

⁵⁴⁹ Cass.soc. 14 décembre 1999, n°97-41. 995 P.

499. Pourtant, les arrêts récents de la Cour de cassation marquent une volonté de protéger la liberté d'expression de tous les cadres y compris celle des cadres dirigeants. Ainsi la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 27 mars 2013, « *qu'en statuant ainsi, alors que la lettre litigieuse, adressée aux membres du conseil d'administration et aux dirigeants de la société mère, ne comportait pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »⁵⁵⁰.

500. Elle avait déjà reconnu aux cadres dirigeants le droit de s'exprimer librement, mais au sein du comité de direction et dans les limites du savoir-vivre. Les juges de la Chambre sociale avaient ainsi considéré qu'un cadre ne pouvait être licencié pour avoir exprimé, en termes dénués de tout excès, son désaccord avec les orientations soumises à son avis⁵⁵¹. La Chambre sociale a aussi reconnu comme légitime l'usage de la liberté d'expression à travers un syndicat. Le cadre, membre du comité de direction, qui crée un syndicat et diffuse au nom de ce syndicat, un tract dénonçant « *l'angoisse, le stress, la méfiance et les incertitudes des uns et des autres et ce, face aux rumeurs et autres restructurations tant sournoises qu'hasardeuses* », n'abuse pas de sa liberté d'expression, dès lors que les propos tenus n'étaient ni injurieux, ni diffamatoires, ni excessifs⁵⁵². Mais la décision du 27 mars 2013 va plus loin. Il ne s'agit plus de s'exprimer au sein du comité de direction. Il n'est pas non plus question de syndicalisme. Le cadre ici licencié avait tout simplement tenté de « *court-circuiter* » son président. Pourtant, pour la Cour de cassation, ce comportement ne constitue pas une faute.

501. Il est évident que le cadre, comme n'importe quel salarié, peut tenir des propos critiques avec ses collègues ou envers ses supérieurs dans des termes qui peuvent être très vifs. En revanche, constitue un abus de la liberté d'expression les propos injurieux, diffamatoires ou excessifs.

502. La diffamation étant l'atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne⁵⁵³, l'injure étant plutôt une expression outrageante⁵⁵⁴, les caractériser ne semble pas

⁵⁵⁰ Cass.soc. 27 mars 2013, n°11-19.734, note HAUTEFORT (M.), JSL 2013, n°343.

⁵⁵¹ Cass.soc. 3 mai 2011, n° 10-14.104, Bull. civ. V, n° 104.

⁵⁵² Cass.soc. 3 juil. 2012, n° 11-10.793, note HAUTEFORT (M.), JSL 2012, n° 330-4.

⁵⁵³ L'article 29 de la loi sur la Liberté de la Presse du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme suit :

« *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés* ». (JORF du 30 juillet 1881, p. 4201)

⁵⁵⁴ L'article 29 alinéa 2 de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 définit l'injure comme suit:

poser de difficulté. En revanche, la caractérisation des propos excessifs est plus incertaine, surtout pour les cadres, rendant déterminant l'examen des circonstances. De manière générale, l'étendue de la diffusion des propos pourra caractériser l'abus. Ainsi, pour justifier l'absence d'abus les juges s'appuient sur le fait que seuls l'employeur ou un cercle très restreint de salariés ont eu connaissance des propos litigieux⁵⁵⁵. Alors qu'au contraire une large diffusion à des personnes extérieures à l'entreprise, notamment avec les réseaux sociaux⁵⁵⁶ ou par voie de presse, contribuera à caractériser l'abus.

503. Le juge va également considérer que l'abus n'est pas caractérisé lorsqu'un directeur de programme dénonce publiquement l'incompétence de son employeur. Ce salarié peut en effet, dénoncer à l'ensemble du personnel les dysfonctionnements de l'entreprise lorsque ces derniers trouvent leurs sources dans l'attitude fautive de l'employeur⁵⁵⁷.

504. Si certes nous ne pouvons qu'approuver la position de la Cour de cassation sur la protection de la liberté d'expression des cadres, revenant ainsi sur « les contre-productifs « Yes, men » à la française »⁵⁵⁸ il n'en demeure pas moins qu'un cadre dirigeant ou supérieur ne peut s'exprimer aussi librement, qu'un simple salarié. Pour autant, la Chambre sociale confirme encore sa position et estime ainsi que la liberté d'expression permet à un cadre de critiquer sa hiérarchie sans commettre de faute. La Cour de cassation invitait les juges du fond « à caractériser l'existence par l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, d'un abus dans l'exercice de la liberté d'expression dont jouit tout salarié »⁵⁵⁹.

505. Pourtant dans une décision, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis qu'il était possible de transiger sur la liberté d'expression et d'en limiter l'exercice⁵⁶⁰. La Cour vérifie, sur le fondement de l'article L.1121-1 du Code du travail, que la restriction est justifiée et proportionnée au but recherché. La question que l'on peut se poser est de savoir si compte tenu de la jurisprudence portant sur la liberté d'expression les employeurs ne seront pas tentés de museler le cadre en introduisant des clauses restreignant la liberté d'expression⁵⁶¹, le juge se

« Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». (ibid).

⁵⁵⁵ Cass.soc. 9 novembre 2009, n°08-41.927

⁵⁵⁶JETHA (F.), « Liberté d'expression et manquements aux obligations du salarié », JCP S mars 2015, n°13, 1110 ; RAY (J.-E.), « Facebook, le salarié et l'employeur », Dr.soc. 2011, p.128.

⁵⁵⁷ Cass.soc. 28 avril 2011, n°10-30.680, note BOSSU (B.), JCP S 2011, 1374.

⁵⁵⁸ RAY (J.-E.) , op cit.

⁵⁵⁹ Cass.soc. 23 septembre 2015, n°14-14.021, note BOSSU (B.), JCP S 2015, 1429.

⁵⁶⁰ Cass.soc. 14 janvier 2014, n°12-27.284, Entretien avec BÉRAUD (J.-M.), SSL 2014 Supplément, 1645 ; note HAUTEFORT (M.), JSL 2014, n°361.

⁵⁶¹ DIJOUX (R.), La contractualisation des droits fondamentaux, éd. L'Harmattan, 2012.

contentant de vérifier que l'atteinte est justifiée et proportionnée au but recherché et ne va pas sur le terrain de l'abus. Mais l'espèce qui a validé la transaction avait pour objet de restreindre la liberté d'expression après la rupture du contrat de travail. Il en irait peut-être autrement si l'employeur introduisait une clause lui permettant de limiter contractuellement la liberté d'expression du cadre durant l'exécution de son contrat de travail. En effet, cette clause doit répondre aux conditions de légitimité et de proportionnalité énoncées par l'article L.1121-1 du Code du travail. Ce qui semble être exclu au regard de la jurisprudence qui paraît écarter toute légitimité à une telle restriction.

506. Ainsi, la reconnaissance d'une faute grave n'est pas exclue lorsque le salarié a abusé de sa liberté d'expression. S'agissant d'un salarié ayant proféré des accusations mensongères contre l'entreprise avec l'intention de nuire, la Haute Cour a légitimement considéré qu'il avait abusé de sa liberté d'expression et commis une faute grave⁵⁶². De même, la qualification de faute grave est retenue pour un chef de service informatique qui, à l'insu de son supérieur hiérarchique, envoie un rapport au directeur général de la société. Loin de se borner à contester la politique menée par la direction des systèmes informatiques ou à préconiser de nouvelles orientations, il recommandait l'éviction des responsables de cette direction. De plus, ce dernier a divulgué des informations confidentielles, auxquelles il n'était pas censé avoir accès et sans informer quiconque de sa démarche⁵⁶³.

507. Il faut savoir que la dénonciation en France n'a pas bonne presse. Pourtant, le droit du travail américain protège les « whistleblowers » ou lanceurs d'alerte, autrement dit ceux qui prennent le parti de dénoncer leur employeur auprès de différentes administrations telles que l'administration fiscale.

508. Avant « la loi sapin 2 »⁵⁶⁴ il n'existait pas en France de statut du « whistleblowers », ou de lanceur d'alerte⁵⁶⁵. Pour autant, le droit du travail connaît trois

⁵⁶² Cass.soc. 16 novembre 1993, n°91-45. 904, *Bull. Civ. V*, n°278 ; Cass.soc. 7 octobre 1997, n°93-41. 747, *RJS* 11/97, n°1199 : a commis une faute grave la salariée, engagée comme secrétaire réceptionniste, qui a tenu des propos portant atteinte à l'honorabilité de son employeur auprès des clients de ce dernier ; elle avait dit, de son employeur, exerçant la profession de médecin, qu'il méconnaissait les règles élémentaires de sécurité, notamment par rapport à la transmission du virus du Sida, de tels propos étayés par aucun élément, le seul but étant de porter atteinte à la réputation de son employeur.

⁵⁶³ Cass.soc. 1er octobre 2002, n°00-43. 543 F-D, *Juris. Hebdo* n°785 du 21 octobre 2002.

⁵⁶⁴ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, (JORF n°0287 du 10 décembre 2016), V notamment, ICARD (J.), « L'alerte individuelle en droit du travail », *Dr.soc.* 2017, p 545, VERDUN (F.), « Conditions de travail - La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *JCP S* 2017, n°2, 1011.

mécanismes d'alerte, reconnus aux délégués du personnel⁵⁶⁶, aux membres du CHSCT⁵⁶⁷ et propre à chaque salarié⁵⁶⁸. Ces mécanismes ont été mis en place par la quatrième loi Auroux n° 82-1097 du 23 décembre 1982⁵⁶⁹. D'autres mécanismes d'alertes ont été mis en place par le législateur, la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption⁵⁷⁰ qui a été intégrée dans le Code du travail à l'article L.1161-1 relatif aux lanceurs d'alerte en matière de corruption. La loi n° 2012954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel renforçant⁵⁷¹ la protection des témoins de faits de harcèlement. Ainsi, toutes mesures professionnelles défavorables au témoin seront constitutives d'une discrimination⁵⁷². Enfin, la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé publique et d'environnement a institué un droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement⁵⁷³. En dehors du droit du travail, il existe également d'autres dispositifs mettant en place un droit d'alerte. Ainsi, la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 concernant la transparence de la vie publique a posé des garanties pour celui qui divulgue l'existence de conflits d'intérêts⁵⁷⁴. Mais aussi la loi n° 2013-1117 en matière de fraude fiscale et de grande délinquance économique et financière mettant en place des mesures de protection à l'égard de la personne qui relaterait ou témoignerait de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions⁵⁷⁵.

⁵⁶⁵ JEAMMAUD (A.), WAQUET (P.), « Brouillard persistant sur les systèmes d'alertes », JCP S 2008, n°12 p.709 ; JEAMMAUD (A.), SLUTZ (V.), « L'alerte financière, une procédure de prévention du risque », RDT 2008, p. 705.

⁵⁶⁶ Art. L.2313-2 du Code du travail. Sur la fusion des IRP par l'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. (JORF n°223 du 23 septembre 2017) V. notamment BORENFREUD (G.), « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p.608, SIMONPOLI (J.-D.), « L'instance unique est l'avenir », SSL 2017 n°1766, p.6.

⁵⁶⁷ Art. L.4131-2 du code du travail, sur la fusion des IRP, op.cit.

⁵⁶⁸ Art L.4131-1 du Code du travail, sur la fusion des IRP, op.cit.

⁵⁶⁹ Loi n°82-1097 du 23 décembre 1982, 4^{ème} loi relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), (JORF du 26 décembre 1982 p.3858).

⁵⁷⁰ Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, (JORF n°264 du 14 novembre 2007 p.18648), STASIAK (F.), JCP G 2007, n°48, p.3.

⁵⁷¹ Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (JORF n°182 du 7 août 2012, p. 12921), note LEBORGNE-INGELAERE (C.), JCP S 2012, p. 12 ; note LEROUGE (L.), Dr.soc. 2012, p.944.

⁵⁷² Art. 225-1-1 du Code pénal.

⁵⁷³ Loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé publique et d'environnement et à la protection du lanceur d'alerte, (JORF n°90 du 17 avril 2013 p. 6465), VÉRICEL (M.), « Institution d'un droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement », RDT 2013, p. 415.

⁵⁷⁴ Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, (JORF n°238 du 12 octobre 2013 p.16829), note SALOMON (R.), Droit des sociétés 2014, p.32 ; SEGONDS (M.), Rev. de science criminelle et de droit pénale comparé, 2013, p.877.

⁵⁷⁵ Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, (JORF n°284 du 7 décembre 2013 p.19941), SALOMON (R.), Droit des sociétés 2014, p.32.

509. Désormais, il existe avec la loi dite Sapin 2, un véritable statut du lanceur d'alerte⁵⁷⁶. Contrairement aux textes antérieurs à la loi « Sapin 2 » évoquée plus haut, le lanceur d'alerte n'est plus confiné à des matières spéciales, mais est défini comme « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ». À ce titre l'article 15 de la loi « Sapin 2 » abroge les dispositifs d'alertes spéciaux en matière de corruption⁵⁷⁷ de santé publique et d'environnement⁵⁷⁸, mais aussi les articles L.1351-1 et L.5312-4-2 du Code de la santé publique. L'alerte individuelle englobe dorénavant un champ large centré sur la défense de l'ordre public interne ou international et sur la prévention de telles atteintes, « *dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévu à l'article 6* »⁵⁷⁹. S'agissant de la procédure précisée à l'article 8 de la loi « Sapin 2 » le signalement d'une alerte « *est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci* ». Ce n'est qu'en cas d'inertie de l'employeur, constatée à l'expiration d'un « *délai raisonnable* », que le lanceur d'alerte peut saisir les autorités. En dernier recours, et en l'absence de diligence desdites autorités au-delà d'un délai de 3 mois, le lanceur d'alerte a la faculté de rendre son signalement public. En revanche, lorsque le signalement présente « *un danger grave et imminent ou un risque de dommages irréversibles* », le lanceur d'alerte n'est cependant pas tenu par cette procédure. Partant, L'employeur, qu'il soit public ou privé, dès lors qu'il emploie 50 salariés, doit mettre en œuvre « *des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par les collaborateurs extérieurs et occasionnels* ». Il semblerait même si le texte est muet sur ce point que les institutions représentatives du personnel pourront être consultées et informées sur la mise en place et la mise en œuvre d'un tel dispositif. En outre, les procédures mises en œuvre à ce titre doivent « *garantir une stricte confidentialité des auteurs du signalement, des personnes*

⁵⁷⁶ ICARD (J.), « L'alerte individuelle en droit du travail », Dr.soc.2017, n°6, p. 645.

⁵⁷⁷ Article L.1161-1 du code du travail.

⁵⁷⁸ Article L.4133-5 du code du travail

⁵⁷⁹ Article 8 I de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, (JORF n°0287 du 10 décembre 2016), préc. note 627.

visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement ». La violation de cette obligation est sanctionnée par une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende⁵⁸⁰. Enfin, le Défenseur des droits a compétence pour recevoir les signalements et orienter le lanceur d'alerte vers l'organisme approprié⁵⁸¹.

510. Désormais, le lanceur d'alerte bénéficie avec la loi Sapin 2 d'un régime probatoire protecteur, puisqu'en cas de litige, dès lors qu'il présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, ou qu'il a signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, il incombe à l'employeur, au vu des éléments, de prouver que sa décision de le sanctionner est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé.

511. Le dispositif de la loi Sapin 2 se rapproche de la protection des lanceurs d'alertes mises en place aux États-Unis en juillet 2002, par la loi dénommée « *Sarbanes Oxley* »⁵⁸² à la suite des scandales Enron et Worldcom⁵⁸³. Cette loi imposant notamment aux sociétés cotées au « *New York Stock Exchange* » et au « *Nasdaq* », mais également à leurs filiales, quelle que soit leur nationalité, de se doter de procédures internes permettant aux salariés de signaler tout soupçon en matière de comptabilité, contrôle comptable interne ou audit, et ce de manière confidentielle et en toute sécurité⁵⁸⁴.

512. Avant la mise en place d'un véritable statut du lanceur d'alerte avec la loi Sapin 2, les filiales françaises de sociétés cotées au *New York Stock Exchange* et au *Nasdaq* ont donc été contraintes de mettre en œuvre des procédures d'alerte afin d'éviter les sanctions prévues par la loi *Sarbanes-Oxley*, parmi lesquelles le retrait de la cotation de la société mère. Ces dispositifs d'alerte professionnelle *sui generis* ont essentiellement pris la forme de mécanismes

⁵⁸⁰ Article 9 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, (JORF n°0287 du 10 décembre 2016) », V notamment, ICARD (J.), « L'alerte individuelle en droit du travail », Dr.soc. 2017, p 545, VERDUN (F.), « Conditions de travail - La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », JCP S 2017, n°2, 1011.

⁵⁸¹ Article 8, IV, Article 9 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, (JORF n°0287 du 10 décembre 2016) », préc.

⁵⁸² DECHEEMAKER (P.), Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du Sarbanes-Oxley Act of 2002 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 5

⁵⁸³ JEAMMAUD (A.), WAQUET (P.), « Brouillard persistant sur les systèmes d'alertes », JCP S 2008, n°12 p. 709.

⁵⁸⁴ Article 301 de la loi Sarbanes-Oxley: « Plaintes – Tout comité d'audit doit mettre en place des procédures relatives à :-(A) la réception, la conservation et le traitement des plaintes reçues par l'émetteur en ce qui concerne les questions de comptabilité, de contrôles comptables internes ou d'audit ;-(B) la transmission confidentielle et anonyme par les salariés de leurs préoccupations relatives à des problèmes de comptabilité ou d'audit douteux ».

de saisine de la hiérarchie ou d'un recours à un organe spécialisé auxquels les salariés peuvent signaler les irrégularités dont ils ont connaissance.

513. Ces dispositifs entraînant le traitement de données à caractère personnel, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a été sollicitée et a considéré certains systèmes comme contraires à la loi informatique et libertés⁵⁸⁵. En effet, selon la CNIL le dispositif doit répondre à des conditions pour être conforme à la loi informatique et libertés. Ainsi il doit : être conçu comme complémentaire par rapport aux modes d'alerte existant ; être limité aux faits relevant des domaines comptable et bancaire, du contrôle des comptes et de la lutte contre la corruption, et correspondre à une obligation légale ou se justifier du fait de l'intérêt légitime du responsable du traitement, en somme être proportionné au but recherché.

514. La Chambre sociale de la Cour de cassation a eu également l'occasion d'étudier ces procédures d'alerte et de poser des limites. Les juges, dans un arrêt du 8 décembre 2009 ont considéré que les codes d'éthique professionnelle établis en vue de satisfaire à la loi Sarbanes Oxley ne doivent porter atteinte ni à la liberté individuelle d'expression ni au droit d'expression collectif et ils doivent être autorisés par la Cnil⁵⁸⁶.

515. Il apparaît que le dispositif général du droit d'alerte avec un arsenal de protection commun en droit du travail mise en place par la loi Sapin 2 permet au cadre sur lequel pèse une obligation de loyauté renforcée compte tenu de sa position dans l'entreprise d'avoir une meilleure visibilité de ses moyens d'actions⁵⁸⁷. En effet, la difficulté du « dilemme éthique » ne sera plus pour les cadres de se taire et garder sa place ou parler et perdre son emploi.

516. Tout comme la liberté d'expression, la protection de la vie personnelle du cadre s'avère être délicate, tant les frontières entre vie personnelle et vie professionnelle sont difficiles à tracer.

⁵⁸⁵ Cnil, Délib. n°2005-110, 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en oeuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle (demande d'autorisation n°1065767) ; Cnil, Délib. n°2005-111, 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de la compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en oeuvre d'un dispositif de ligne éthique (demande d'autorisation n°1045938). La Cnil était saisie d'une déclaration, mais elle a considéré qu'il ne pouvait s'agir que d'une demande d'autorisation en se fondant sur le 4° de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978. Cette « prise de pouvoir » de la Cnil par le biais d'une interprétation particulièrement extensive de la loi peut sembler contraire à la volonté exprimée par le législateur.

⁵⁸⁶ Cass.soc. 8 déc. 2009 n°08-17.191, Note HAUTEFORT (M.), « Systèmes d'alerte professionnelle : la Cour de cassation pose des limites », *JSL* 2010 n°269, p. 10.

⁵⁸⁷ ALT (E.), « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *JCP G* 2014, doctrine 1092 ; BOUTON (J.), « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *RDT* 2014, p.471.

II. La délicate protection de la vie personnelle du cadre

517. Bien que le pouvoir patronal soit strictement encadré par le législateur, du fait de sa position charnière dans l'entreprise, le cadre peut se voir imposer des obligations plus strictes que ses subordonnés avec un risque évident d'empiétement sur sa vie personnelle⁵⁸⁸.

518. Par principe, la jurisprudence retient qu'un fait, appartenant au domaine de la vie personnelle et a fortiori de la vie privée⁵⁸⁹, ne peut donner lieu à une sanction disciplinaire. S'agissant de la sphère de sa vie personnelle, le salarié n'est soumis à aucune autorité patronale ni à quelques obligations résultant de la relation de travail.

519. De manière constante, la notion de vie personnelle⁵⁹⁰ revient dans la jurisprudence, qui rappelle que le comportement du salarié hors du temps de travail ne peut justifier une faute contractuelle. Ainsi, afin de rééquilibrer la relation de travail, le juge et le législateur tendent, en permanence, à assurer une protection de la liberté du salarié tant dans sa vie personnelle que professionnelle⁵⁹¹.

520. La vie personnelle du salarié, envisagée en dehors de son temps de travail, peut cependant avoir des conséquences sur l'entreprise et des infléchissements sont tolérés au nom de l'intérêt de celle-ci. Or, la particularité du cadre tient à son autonomie qui rend problématique le respect de la vie extra professionnelle⁵⁹², faute d'une frontière nette entre vie professionnelle et vie personnelle.

⁵⁸⁸ Voir en ce sens, RAY (J.-E.), « Vies professionnelles et vies personnelles », *Dr. Soc.*, janvier 2004, En raison, de l'insuffisance de la notion de vie privée, est alors apparue la notion de vie personnelle bâtie par la chambre sociale.

⁵⁸⁹ La Cour de cassation va se référer régulièrement au concept de vie privée pour garantir une aire d'autonomie au salarié. Ainsi, dans une espèce où une secrétaire a été licenciée pour avoir acheté une voiture d'une marque différente de celle que son employeur commercialisait, la Cour de cassation décide que « dans sa vie privée, le salarié est libre d'acheter les biens, produits ou marchandises de son choix » (Cass.soc. 22 janv. 1992, n°90-42.517, obs SAVATIER (J.) *Dr. soc.* 1992, p. 334). Cette affaire a permis à la doctrine de s'interroger sur la notion de vie privée. Certains auteurs vont alors considérer que le concept de vie privée est trop restrictif (SAVATIER (J.), « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1990, p. 49). En effet, il existe une série d'actes publics du salarié, comme la liberté d'adhérer à un parti politique, d'assister à un spectacle ou de pratiquer une activité sportive qui doivent échapper au pouvoir de direction de l'employeur, (WAQUET (P.), *L'entreprise et les libertés du salarié*, éd. Liaisons, 2003, p. 121). L'utilisation d'un vocable plus large était nécessaire pour rendre compte de toute l'autonomie dont jouit le salarié. Ainsi depuis 1997, la Cour de cassation a décidé de se référer à la vie personnelle du salarié. La notion apparaît notamment dans un arrêt de principe en date du 16 décembre 1997 (Cass.soc. 16 déc. 1997, n°95-41.326, note ESCANDE-VARNIOL(M.-C), *JCP G* 1998, 10101).

⁵⁹⁰ Voir en ce sens, WAQUET (P.), « Vie personnelle du salarié », *Dr. Soc.*, janvier 2004.

⁵⁹¹ CHEVILLARD (A), « Prise en compte des libertés individuelles et droit du travail », *L'année de droit social* 1998, Ed. Juris-Classeur, Hors-Série, p. 115.

⁵⁹² Cf M. DESPAX, « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP* 1963, I, 1776

521. À titre d'illustration, le passé pénal d'un cadre peut ainsi être examiné lors de l'embauche. La liste des critères discriminatoires étant limitative, une discrimination en fonction du passé pénal n'est pas sanctionnée⁵⁹³. Lors des entretiens d'embauche, le Code du travail⁵⁹⁴ limite les informations susceptibles d'être demandées par l'employeur à celles présentant un lien nécessaire avec les fonctions et ayant pour finalité unique d'apprécier la capacité du candidat à un emploi. Ces informations ne peuvent, en outre, être collectées par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié. S'agissant du passé pénal, l'information demandée⁵⁹⁵ doit donc présenter un lien avec les fonctions. Si le candidat à l'emploi fournit une information erronée, alors qu'elle n'a pas de lien avec les fonctions, il ne commet pas de faute. Le principe étant que la délinquance extra-professionnelle du salarié ne produit en principe aucune conséquence⁵⁹⁶ sur le contrat de travail⁵⁹⁷. Ainsi, la Chambre sociale a statué sur l'absence de sanction disciplinaire pour un cadre travaillant dans la banque, qui émettait des chèques sans provision en tant que président d'une association⁵⁹⁸. De même, la cause réelle et sérieuse du licenciement n'a pas été retenue pour fonder le licenciement d'un salarié du Commissariat à l'énergie atomique surpris en flagrant délit d'extorsion de fonds avec armes⁵⁹⁹.

522. Toutefois, il existe des exceptions à ce principe⁶⁰⁰, lorsque l'infraction a été commise dans l'entreprise. Dans ce cadre, il y a peu de chances pour que l'infraction soit rattachée à la vie personnelle⁶⁰¹.

523. Ces solutions paraissent cohérentes, car le cloisonnement entre la vie personnelle et la vie professionnelle ne peut être total. Les relations sociales sont des relations humaines et une infraction pénale aura inmanquablement des incidences sur les relations de travail. De fait,

⁵⁹³ Voir en ce sens, SEGONDS (M.), « La délinquance du salarié et ses incidences sur la relation de travail », thèse, Toulouse I, 1998.

⁵⁹⁴ Article L.1132-1 du Code du travail.

⁵⁹⁵ Précisons que l'employeur n'a pas d'accès au casier judiciaire, il doit demander au salarié de se le procurer.

⁵⁹⁶ L'on peut citer un attendu récurrent de la chambre Sociale de la Cour de cassation : « Le fait imputé au salarié (en l'occurrence une infraction pénale) relevant de sa vie personnelle ne pouvait constituer une faute », Cass.soc., 26 septembre 2001, *RJS* 12/01, n°1413.

⁵⁹⁷ Certes, les relations de travail s'en trouvent altérées.

⁵⁹⁸ Cass. Soc ; 16 décembre 1997, *Bull. civ. V*, n°441.

⁵⁹⁹ Cass.soc. 26 février 2003, note SAVATIER (J.), *Dr. Soc.* 2003, p.630.

⁶⁰⁰ Cass.soc. 31 mars 1993, n°89-43. 367, L'illustration peut être trouvée dans une espèce où un directeur financier avait été condamné pour escroquerie et banqueroute ; dans ce cas de figure, le lien avec l'entreprise était caractérisé par le fait que l'intéressé avait dissimulé les raisons de son incarcération à la direction de la société.

⁶⁰¹ Cass.soc. 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n°127.

N'ont pas été considérées comme des faits de vie personnelle des violences commises en état d'ébriété hors du temps de travail mais dans l'entreprise, la présence dans l'entreprise étant en violation du règlement intérieur ou une escroquerie commise avec les moyens de la société.

la question essentielle portera sur l'ampleur du trouble causé à l'entreprise par le comportement du salarié, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise. Le statut de cadre engendrant des obligations morales fortes de représentation de l'entreprise, il est certain que le trouble causé par un cadre sanctionné pénalement, en raison de sa position stratégique, aura davantage d'impact dans l'entreprise⁶⁰².

524. Compte tenu des fonctions du cadre dans l'entreprise, le rattachement à la vie professionnelle peut se révéler être très artificiel. La Chambre sociale a utilisé le concept de rattachement à la vie professionnelle, pour analyser si un fait de la vie personnel pouvait être sanctionné. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 octobre 2011, où un salarié était accusé par plusieurs de ses subordonnés de harcèlement sexuel, a censuré la décision de la cour d'appel qui avait considéré que les faits invoqués relevaient de la vie personnelle, car ils s'étaient déroulés en dehors du temps et du lieu de travail. En effet, pour les juges de la Cour de cassation « *les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées du salarié à l'égard des personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son travail ne relevaient pas de sa vie personnelle* »⁶⁰³. Cette solution est très discutable au regard de la généralité des termes employés. En pratique, lorsqu'un salarié décide d'organiser une soirée à son domicile avec des collègues de travail qu'il considère par ailleurs comme ses amis, faut-il rattacher cette soirée à la vie professionnelle ? En revanche, nous comprendrons le rattachement avec la vie professionnelle lorsque le salarié harceleur abuse de son pouvoir hiérarchique pour arriver à ses fins, peu importe que les agissements aient eu lieu en dehors du temps et du lieu de travail⁶⁰⁴.

525. Si les fonctions du cadre dans l'entreprise peuvent rendre difficile la distinction entre vie personnelle et vie professionnelle, le développement des nouvelles technologies contribue à brouiller ces frontières. Les NTIC télescopent la sphère personnelle et la sphère

⁶⁰² Voir, déjà en ce sens, Cass. Soc, 12 mars 1991, *Bull. civ.* V, n°120 qui justifie le licenciement d'un salarié occupant des fonctions de représentation condamné en première instance mais relaxé en appel, par la campagne médiatique dont il avait fait l'objet qui était de nature à entraver la bonne marche de l'entreprise. Notons que cette qualification pénale d'attentat à la pudeur n'existe plus en tant que telle depuis le Code pénal de 1992 et a été remplacée par celle d'agression sexuelle.

Les faits d'attentat à la pudeur commis en dehors de l'activité professionnelle et à l'origine de la mise en examen du directeur d'un établissement d'accueil de personnes protégées pouvaient avoir, à eux seuls, jeté le discrédit sur l'établissement que le salarié dirigeait et pouvaient constituer la cause réelle et sérieuse de licenciement. Il aurait été logique de justifier la solution par l'incompatibilité entre les fonctions de direction d'un tel établissement et la nature de l'infraction ; en effet, une procédure pénale dirigée contre un dirigeant, indépendamment de son issue, peut perturber le fonctionnement de l'entreprise.

⁶⁰³ Cass.soc. 19 octobre 2011, n°09-72.672, note BOSSU (B.), « *Vie professionnelle et vie privée du salarié : quelle frontière ?* », JCP S n°5, p. 27.

⁶⁰⁴ Cass.soc. 11 janv. 2012, n°09-72.672, note CASAUX-LABRUNÉE (L.), *Lexbase hebdo éd.soc.* n°470 du 26 janvier 2012 ; note LEBORGNE-INGELAERE (C.), JCP S 2012, n°26, p. 24

professionnelle. Le cadre est d'autant plus exposé, qu'il dispose constamment de matériels lui permettant d'être connecté (ordinateur portable, tablette, smartphone), ces outils réduisant la sphère personnelle du cadre. Certains auteurs estiment qu'il est nécessaire d'adopter des chartes de bon comportement pour que les droits et obligations de chacune soient clairement identifiés⁶⁰⁵. Les partenaires sociaux, sensibles à ces considérations sociales et économiques, ont signé le 19 juin 2013 un accord national interprofessionnel (ANI) visant à améliorer la qualité de vie au travail et l'égalité professionnelle. Dans cet accord, ils reconnaissent que « *la performance d'une entreprise repose à la fois sur des relations collectives constructives et sur une réelle attention portée aux salariés en tant que personnes* »⁶⁰⁶.

526. Le législateur conscient des difficultés liées à l'utilisation des NTIC notamment par les cadres a consacré le droit a déconnexion⁶⁰⁷ qui figure au 7° de l'article L.2242-8 du Code du travail. Mais nous sommes très vite déçus par le dispositif, car si une obligation annuelle de négocier existe désormais sur ce sujet, l'employeur conserve la possibilité si la négociation n'aboutit pas à un accord de mettre en place une charte.

⁶⁰⁵ BOSSU (B.), « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », JCP S 2015, n°26, 1241 ; CASAUX-LABRUNÉE (L.), « Vie privée des salariés et vie de l'entreprise », Dr. soc. 2012, p. 331.

⁶⁰⁶ Accord National Interprofessionnel du 19 juin 2013 « Vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle », <http://www.anact.fr>.

⁶⁰⁷ V. supra p.188.

Titre 2 : L'existence d'un statut particulier des cadres

527. Les lois relatives à la durée du travail ont révélé les difficultés à appréhender la notion de cadre aboutissant à leur appliquer un régime complexe. Ces difficultés ne font pas disparaître l'idée que les cadres constituent un véritable « groupe social »⁶⁰⁸. Il est certain que l'écrasement de la pyramide des pouvoirs, l'irruption des nouvelles technologies de l'information et de la communication ne favorisent pas une identification aisée de la catégorie de cadre. Si le législateur et les partenaires sociaux sont dans l'incapacité de définir précisément la catégorie de cadre, ce travail n'est pas impossible. Le travail de définition des cadres est un mal nécessaire, mais un choix s'impose, à savoir restreindre cette catégorie au cadre, qui dispose d'un niveau d'étude, d'une autonomie et des responsabilités. Partant, de ces critères, le cadre occupe donc une place particulière dans l'entreprise et la justification de l'existence d'un régime distinct se comprend.

528. Ainsi, s'agissant des relations individuelles, le Code du travail n'accorde pas au cadre un statut distinct. Pourtant, on ne peut nier que la place particulière des cadres dans l'entreprise aboutit à une spécificité identifiable en matière individuelle (Chapitre 1). En effet, la convention collective peut organiser un régime spécifique pour les cadres, nous avons pu le constater lorsque le juge a dû statuer sur le principe d'égalité de traitement. Par ailleurs, le contrat de travail occupe une place privilégiée dans la relation cadre-employeur les cadres sont les plus à même de discuter les conditions de leur engagement, même si en réalité compte tenu du marché de l'emploi seul certains cadres spécialistes de haut niveau que la pratique qualifie de cadre supérieur, ont un réel pouvoir de négociation, on relève donc s'agissant des relations individuelles, la prédominance des principes issus du droit commun. Ainsi, l'employeur, pour favoriser l'implication du cadre, insère des clauses qui s'apparentent à des sujétions pesant sur le cadre, mais aussi des avantages pour favoriser leur implication dans l'entreprise.

529. S'agissant des relations collectives, nous connaissons l'importance des années 1930 dans la formation du groupe cadre, et la défiance des cadres à l'égard du syndicalisme ouvrier, au moment des accords Matignon⁶⁰⁹, cette réalité historique explique l'émergence du syndicalisme catégoriel et la conséquence s'est traduite en droit du travail par une spécificité

⁶⁰⁸ BOLTANSKI (L.), Les cadres, la formation d'un groupe social, op.cit.

⁶⁰⁹ Voir Supra dans l'introduction.

identifiée en matière collective (chapitre 2) en organisant une représentation spécifique dans les entreprises, mais aussi dans les prétoires.

Chapitre 1 : Une spécificité identifiée en matière collective

530. La situation qui est celle des cadres apparaît comme spécifique. En effet, le particularisme des cadres tient à ce qu'ils occupent une position intermédiaire entre l'employeur et les autres salariés, on peut même aller plus loin en affirmant que les cadres dirigeants ont un rôle de quasi-employeur, ce qui interroge sur l'opportunité de leur maintien dans le droit du travail. C'est cette position intermédiaire qui fait que les cadres ont une place particulière en ce qui concerne les relations collectives de travail.

531. En conséquence, les cadres bénéficient d'une représentation spécifique au sein de l'entreprise, représentation qui peut apparaître insuffisante (section1). Ils bénéficient également d'une représentation propre au sein des prétoires, laquelle demeure cependant imprécise. (Section 2).

Section 1. L'insuffisance de la représentation spécifique des cadres dans les entreprises

532. Les cadres en raison de leur situation dans l'entreprise ont des revendications qui ne coïncident pas précisément avec les attentes et les besoins des autres catégories de salariés. Sous l'impulsion des ingénieurs, les cadres ont ressenti la nécessité d'une représentation catégorielle qui semble être préservée (I.) pour autant, la représentation institutionnelle des cadres semble imparfaite (II.).

I. Une représentation syndicale préservée

533. Selon Monsieur Paul BOUFFARTIGUE « *du chômage dont ils ne sont plus exclus, à la montée des contraintes dans le travail en passant par des carrières plus incertaines. Les mutations technologiques et industrielles et la poussée néolibérale ont ébranlé la figure sociale traditionnelle du cadre* »⁶¹⁰. En effet, les cadres constituent « *une énigme sociologique* »⁶¹¹, la relation équivoque des cadres au rapport de subordination nous empêche de résumer « *le groupe-cadres à une position occupée dans la production* »⁶¹². « *La prise de distance des cadres à l'égard des directions d'entreprise et les progrès de leur conscience salariale ne font aucun doute* »⁶¹³. Ainsi, une étude a démontré que les cadres faisaient partie des groupes socioprofessionnels les plus représentés parmi les salariés syndiqués. Alors, en moyenne sur dix salariés syndiqués, trois sont cadres, trois exercent une profession intermédiaire, deux sont employés et les deux derniers sont ouvriers. La syndicalisation des cadres progresse entre 1996-2000 et 2001-2005⁶¹⁴ et ils ont tendance à se syndiquer auprès d'organisations dites « ouvrières ». D'ailleurs, lors des élections au comité d'entreprise en 2005, dans le troisième collège, la CFE-CGC obtenait 25,6 % des voix suivies par la CFDT

⁶¹⁰ BOUFFARTIGUE (P.), « Quand les cadres deviennent des salariés comme les autres : fractures chez les cols blancs ! », Le Monde Diplomatique, mai 2002.

⁶¹¹ GADÉA (C.), *Les cadres en France une énigme sociologique*, éd. Belin, « Perspectives sociologiques », 2003

⁶¹² BENSOUSSAN (M.), op.cit., p.32.

⁶¹³ BOUFFARTIGUE (P.), *Les cadres fin d'une figure sociale*, éd. La dispute, 2001, p. 65.

⁶¹⁴ DARES, *Le paradoxe du syndicalisme français : un faible nombre d'adhérent, mais des syndicats bien implantés*, Première Synthèses, n°16-1, avril 2008, p. 5.

avec 19,4% des voix, la CGT avec 8,4% des voix, la CGT-FO avec 7,7 % des voix et la CFTC, avec 7,5% des voix⁶¹⁵. La CFE-CGC n'est donc pas le seul syndicat à recueillir les suffrages des cadres. Ce « déclin de l'audience du syndicalisme catégoriel »⁶¹⁶, posant la question de la « fin d'une figure sociale »⁶¹⁷. Néanmoins, une loi du 20 août 2008⁶¹⁸ est venue renforcer le syndicalisme catégoriel, preuve de la nécessité d'une représentation spécifique.

534. En effet, le paysage syndical va être profondément modifié avec la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Celle-ci vient modifier les règles de la représentativité syndicale afin d'accroître la légitimité des syndicats. « *Rompant avec le système aristocratique* »⁶¹⁹ issu de la 3^{ème} loi Auroux⁶²⁰, le législateur impose désormais aux syndicats de répondre à sept critères énoncés à l'article L.2121-1 du Code du travail, dont le plus important est celui de la mesure de l'audience établie selon les niveaux de négociation, car cette dernière permettra de justifier de leur légitimité.

535. Ainsi, au niveau de l'entreprise et de l'établissement, seront représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L.2121-1 du Code du travail et qui ont obtenu au moins 10% des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections professionnelles. Cette représentativité leur permettra de bénéficier d'une série de prérogatives qui leur seront réservées⁶²¹. L'introduction du critère de l'audience électorale menaçait directement les syndicats catégoriels. C'est pour cette raison et conformément au souhait des partenaires sociaux exprimé dans la position commune du 9 avril 2008 que la loi du 20 août 2008 a mis en place un véritable régime dérogatoire pour les syndicats catégoriels d'entreprise, pour ne pas dire un privilège. Ainsi, ces derniers ont le droit de faire mesurer leur audience électorale au sein de certains collèges électoraux et non pas sur l'ensemble des collèges. En effet, l'article L.2122-2 du Code du travail dispose que « *dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux*

⁶¹⁵ DARES, *Les élections aux comités d'entreprise en 2005*, Premières synthèses, n°19-1, mai 2007, p.3.

⁶¹⁶ BOUFFARTIGUE (P.), *ibid.*

⁶¹⁷ BOUFFARTIGUE (P.), *ibid.*

⁶¹⁸ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *op.cit.*

⁶¹⁹ RADÉ (C.) « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale » *Dr. soc.* 2010, p. 821.

⁶²⁰ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, (JORF du 14 novembre 1982 p. 3414).

⁶²¹ Art. L.2122-1 du Code du travail version à venir au 1^{er} janvier 2018, « *Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L.2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants* », voir note 260.

dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale qui satisfont aux critères de l'article L.2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants». Cette disposition a été beaucoup critiquée et fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) notamment au regard du principe d'égalité. En effet, le 8 juillet 2010, la formation *ad hoc* de la Cour de cassation, chargée d'examiner les questions prioritaires de constitutionnalité par les juridictions du fond décidait de transmettre au Conseil constitutionnel une question portant sur la conformité au principe d'égalité de l'article L.2122-2 du Code du travail en se contentant d'affirmer que *« les dispositions critiquées, en ce qu'elles régissent la représentativité des organisations syndicales catégorielles et intercatégorielles, méconnaissent le principe d'égalité devant la loi, soulèvent une question qui présente un caractère sérieux »*⁶²². Le Conseil constitutionnel saisi dans le cadre de la procédure de la QPC a écarté le grief tiré d'une atteinte au principe d'égalité, après avoir relevé que *« les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales ; qu'en prévoyant que, pour les organisations syndicales catégorielles, le seuil de 10% est calculé dans les seuls collèges dans lesquelles elles ont vocation à présenter des candidats, le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi »*⁶²³.

536. Cette décision nous semble justifiée, car, en effet, les syndicats catégoriels n'ont vocation, de par leurs statuts, à ne représenter qu'une partie des salariés quel que soit le niveau où la représentativité est appréciée. À l'inverse, les syndicats intercatégoriels ont pour objet d'assurer la défense des intérêts de l'ensemble des salariés. Il semblerait discutable qu'un syndicat catégoriel établisse sa capacité à représenter tous les salariés en remplissant la condition électorale dans tous les collèges, pour ne représenter finalement que ceux relevant d'une catégorie particulière. De la même façon, il serait contestable qu'un syndicat

⁶²² Cass.soc. QPC, 8 juillet 2010, n°10-60.189, Société Robert Bosch France, obs. RADÉ (C.), *Lexbase Hebdo*, éd.soc n°404 du 22 juillet 2010, obs INES (B.), *D.* 2010. 1882.

⁶²³ Cons.const. n°2010-42 QPC du 7 octobre 2010 ; obs. RADÉ (C.), *Lexbase hebdo éd.soc*, n°413 du 21 octobre 2010.

intercatégoriel se contente d'atteindre le taux de 10% dans un seul des collèges pour remplir la condition d'audience électorale et ainsi, représenter tous les salariés, alors que les syndicats catégoriels qui parviendraient au même résultat ne pourraient représenter qu'une catégorie de salariés.

537. La décision du Conseil Constitutionnel était également prévisible au regard de la marge de manœuvre laissée au législateur pour l'appréciation des différences de situations et des motifs justifiant qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité. Pour autant, Monsieur Christophe RADÉ regrette « *que le Conseil n'ait pas été plus loin dans son analyse et n'ait pas subordonné la validité de ce texte à l'affirmation d'une « représentativité catégorielle » des syndicats catégoriels affiliés, capacité qui ne rayonnerait pas en dehors du ou des collèges « cadre »* »⁶²⁴. Ce choix n'a pas été fait par le Conseil constitutionnel. Il en va de même pour la Chambre sociale de la Cour de cassation qui se contente de relever « *que les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales* » et d'ajouter, s'agissant de la différence entre syndicats catégoriels et non catégoriels que « *constitue une justification objective et raisonnable à la différence de traitement instituée par le législateur, la prise en compte de la différence de champ statutaire d'intervention des syndicats catégoriels de cadres affiliés à une confédération catégorielle nationale et des syndicats catégoriels nationaux des personnels pilotes de ligne pour leur permettre de participer à la négociation collective pour les catégories qu'ils ont vocation à représenter* »⁶²⁵. Cette décision démontre l'importance que revêtent les champs d'intervention des syndicats qui permettent d'identifier clairement une différence de situation puisque leur vocation statutaire n'est pas la même et que leurs compétences ne sont pas aussi étendues.

538. Si la question de la conformité de la loi du 20 août 2008 au principe d'égalité a été clairement identifiée, une question subséquente a très vite été soulevée à savoir : qui peut revendiquer la qualité de syndicat catégoriel⁶²⁶ ? Un arrêt de la Cour de cassation est venu

⁶²⁴ RADÉ (C.), « Le Conseil constitutionnel, les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Lexbase Hebdo, éd.soc* n°413, préc.

⁶²⁵ Cass.soc. 2 mars 2011, Pôle emploi Franche-Comté c/ Syndicat CFTC Pôle emploi et a., n°10-60.214 ; *JCP S* 2011, p. 36, note MARTINON (A.).

⁶²⁶ ANTONMATTEI (P.-H.) « Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis », *Dr.soc.* 2011 p.89 ; « Négociation collective et syndicats catégoriels : la parole est à la Cour de cassation », *Dr.soc.* 2011 p. 1254 ; ARTERO (G.) et BEAL (S.) « Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? »,

clarifier la notion de syndicat catégoriel⁶²⁷ puisque la loi a consacré l'existence des syndicats catégoriels sans en donner de définition. En effet, on pourrait admettre que tout syndicat dont la vocation statutaire n'est pas générale se propose de défendre et représenter les intérêts de tel ou tel groupe de salariés. Cette solution est très insatisfaisante, car elle conduirait à un éparpillement du syndicalisme en autant de syndicats que de professions. La solution choisie par la Cour de cassation a été autre.

539. Les faits sont les suivants : la société B. avait contesté le 21 janvier 2010 la désignation d'un délégué syndical par le Syndicat national du personnel navigant commercial (SNPNC) au motif que ce dernier n'avait pas obtenu, lors des dernières élections, un score électoral de 10 % tous collèges confondus. Le tribunal d'instance avait fait droit à cette demande et annulé la désignation du délégué syndical, la juridiction ayant donc refusé au SNPNC le bénéfice du régime dérogatoire accordé aux syndicats catégoriels, le SNPNC et la déléguée syndicale avaient formé un pourvoi en cassation et posé une question prioritaire de constitutionnalité relative aux articles L.2122-1, L.2122-2 et L.2143-3 du Code du travail. La Cour de cassation avait transmis cette question au Conseil constitutionnel, lequel a validé ces dispositions en ce qu'elles ne portaient atteinte ni au principe de liberté syndicale ni au principe d'égalité devant la loi⁶²⁸.

540. La QPC ayant été évacuée, restait l'examen du pourvoi par la Cour de cassation. Ainsi, elle a considéré que « *le Syndicat national du personnel commercial navigant, qui a vocation à présenter des candidats dans tous les collèges électoraux, ne se trouve pas dans la même situation que les organisations syndicales catégorielles dont les règles statutaires ne donnent vocation qu'à présenter des candidats dans certains collèges électoraux déterminés* »⁶²⁹. Cette solution démontre que la Cour Suprême fait valoir une définition

RDT 2010, Controverse, p. 556 ; MARTINON (A.), « La négociation catégorielle », *JCP S* 2011. 1207 ; PETIT (F.), « Les syndicats mis à l'épreuve des scrutins », *Dr.soc.* 2011, p. 1241 ; RADÉ (C.), « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr.soc.* 2011, p.1234 ; SALTZMANN (C.), « De l'application du principe de spécialité catégorielle dans les élections professionnelles », *Dr.ouvrier* 2012, p. 27 ; WOLMARCK (C.), « L'application du principe de spécialité aux syndicats catégoriels », *Dr. ouvrier* 2011, p. 748.

⁶²⁷ Cass.soc. 14 décembre 2011, n°10-18.699, *Lexbase Hebdo éd. soc.* n°468, 12 janvier 2012, obs. RADÉ (C.).

⁶²⁸ RADÉ (C.), Obs sous Cons. const., 12 novembre 2010, n°2010-63/64/65 QPC, «Le Conseil constitutionnel valide la réforme de la démocratie sociale», *Lexbase Hebdo* n°418 du 24 novembre 2010 - édition sociale.

⁶²⁹ RADÉ (C.), Obs sous Cass.soc. 14 décembre 2011, n°10-18.699, F-P+B, « Précisions sur la notion de syndicat catégoriel dans le contexte de la réforme de la démocratie sociale », *Lexbase Hebdo éd.soc.* n°468 du 12 janvier 2012.

« téléologique et fonctionnelle »⁶³⁰ du syndicat catégoriel, prenant en compte le fait que la « catégorie » qui sert de cadre d'appréciation de la représentativité est rattachée à la détermination des collèges électoraux⁶³¹, est donc exclue des syndicats qui représenteraient des professions déterminées, dès lors que le critère distinctif ne recouvre pas celui des collèges électoraux. En revanche, cette règle ne concerne pas les journalistes⁶³² et les pilotes de ligne⁶³³ qui bénéficient d'un régime légal spécial, puisque pour ces derniers est prévue la mise en place d'un collège spécifique. D'ailleurs, dans deux arrêts du 2 mars 2011, la Haute Juridiction avait reconnu, s'agissant des journalistes, la possibilité de se constituer en un collège spécifique, par application de l'article L. 7111-7 du Code du travail, ainsi des syndicats peuvent y faire la preuve de leur représentativité électorale et y présenter des candidats⁶³⁴. La solution fut la

⁶³⁰ RADÉ (C.), « Précisions sur la notion de syndicat catégoriel dans le contexte de la réforme de la démocratie sociale », préc.

⁶³¹ Art. L.2314-8 du Code du travail, pour les délégués du personnel ; art. L.2324-11 du Code du travail pour le comité d'entreprise. L'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, prévoit la fusion des institutions représentatives du personnel au profit d'un comité économique et social (ces dispositions entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2018)

Art. L.2314-11 dispose désormais que les membres de la délégation du personnel du comité social et économique sont élus sur des listes établies par les organisations syndicales pour chaque catégorie de personnel :

«-d'une part, par le collège des ouvriers et employés ;

«-d'autre part, par le collège des ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés

« Dans les entreprises d'au moins cinq cent salariés, les ingénieurs, les chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés ont au moins un délégué titulaire au sein du second collège, élu dans les mêmes conditions.

En outre, dans les entreprises, quel que soit leur effectif, dont le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification est **au moins égal à vingt-cinq au moment de la constitution ou du renouvellement de l'instance, ces catégories constituent un troisième collège.** »

Art. L.2314-12. « Un accord peut modifier le nombre et la composition des collèges électoraux à condition d'être signé par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

L'accord conclu ne fait pas obstacle à la création du troisième collège dans les conditions prévues au cinquième alinéa de l'article L.2314-11.

L'accord est communiqué, à sa demande, à l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1 ». V. notamment BORENFREUD (G.), « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p.608, SIMONPOLI (J.-D.), « L'instance unique est l'avenir », SSL 2017 n°1766, p.6.

⁶³² Art. L. 7111-7 du code du travail «*Dans les entreprises mentionnées aux articles L. 7111-3 et L. 7111-5, lorsqu'un collège électoral spécifique est créé pour les journalistes professionnels et assimilés, est représentative à l'égard des personnels relevant de ce collège l'organisation syndicale qui satisfait aux critères de l'article L.2121-1 et qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ce collège.*».

⁶³³ Art. L.423-8 du Code de l'aviation civile : « Par dérogation aux articles L.2314-8 et L.2324-11 du Code du travail, dans les entreprises de transport et de travail aériens, lorsque le nombre de personnels navigants techniques est au moins égal à vingt-cinq au moment de la constitution ou du renouvellement des délégués du personnel, de la délégation unique du personnel ou des représentants du personnel au comité d'entreprise, cette catégorie constitue un collège spécial».

⁶³⁴ Cass.soc. 2 mars 2011, 2 arrêts n°09-60.419 et n°10-60.157, D. 2011. 759 ; D. 2012. 2622, obs. LOKIEC (P.) et PORTA (J.) ; Dr.soc. 2011, p. 874, obs. PETIT (F.).

même pour les syndicats de pilotes, les juges, en partant de la règle inscrite à l'article L. 423-9 du Code de l'aviation civile, ont reconnu une spécificité dans la défense des « personnels navigants techniques ». Ces groupements ont donc la possibilité de prouver leur représentativité auprès de cette seule catégorie technique, sans avoir à mesurer leur audience électorale auprès de l'ensemble des collègues⁶³⁵.

541. Une décision en date du 27 septembre 2017 de la Chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser en outre que « *des organisations syndicales intercatégorielles représentatives dans l'entreprise peuvent signer un accord collectif concernant le personnel navigant commercial, lequel comporte des salariés ne relevant pas de la catégorie professionnelle représentée par la confédération syndicale nationale interprofessionnelle catégorielle, quand bien même un collègue spécifique a été créé par voie conventionnelle pour ce personnel.* »⁶³⁶

542. Ces solutions semblent conformes à la volonté des partenaires sociaux qui voulaient éviter l'éparpillement syndical, mais aussi préserver l'existence de la représentation spécifique des cadres et plus particulièrement de la CFE-CGC. Le débat ne fut pas clos pour autant, deux arrêts rendus respectivement le 24 septembre 2013⁶³⁷ et le 14 novembre 2013⁶³⁸ ont relancé le débat sur la détermination des syndicats catégoriels.

543. Dans l'arrêt du 24 septembre 2013 se posait la question de la mesure de la représentativité d'un syndicat défendant les intérêts d'une catégorie « technique » de salariés, en l'espèce il s'agissait du Syndicat autonome des praticiens-conseils du régime général d'assurance maladie (SPAC). Il ressortait des décisions précédentes qu'un texte spécial était nécessaire pour asseoir une telle représentativité partielle, la Cour de cassation aurait donc pu refuser au SPAC une spécificité statutaire, sur le seul constat d'un défaut de texte spécial. Mais elle a choisi de fonder sa décision sur le texte général de l'article L.2122-2 du Code du travail et ainsi constater que ce syndicat était rattaché « *d'une part à l'Union confédérale des médecins salariés de France (UCMSF), qui n'est pas interprofessionnelle, et d'autre part à l'Union*

⁶³⁵ Cass.soc. 14 déc.2011, n°10-18.699, D. 2012. 2622, obs. LOKIEC (P.) et PORTA (J.) ; *Dr.soc.* 2012 p. 213, obs. FRANCK (P.).

⁶³⁶ Cass.soc. 27 septembre 2017, n°15-28.216, RADÉ (C.), « La notion d'accord catégoriel dans le secteur du transport aérien », Lexbase Hebdo n°715 du 12 octobre 2017.

⁶³⁷ Cass.soc. 24 septembre 2013, n°s 12-27.647 et 12-60.556, CNAMTS et Syndicat autonome des praticiens conseils du régime général d'assurance maladie c/ Fédération Protection sociale travail emploi CFDT ; *Dr.soc.* 2014, p. 183, obs. PETIT (F.).

⁶³⁸ Cass.soc. 14 novembre 2013, n°13-12.659, Fédération Protection sociale travail emploi ditre PSTE CFDT c/ Pôle emploi d'île-de-France, *Dr.soc.* 2014, p. 183, obs. PETIT (F.).

nationale des syndicats autonomes (UNSA), qui n'est pas catégorielle ». Ainsi, la Cour de cassation considère que le groupement litigieux n'étant pas affilié à une « *confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale* » au sens de l'article L.2122-2 du Code du travail, sa représentativité doit s'apprécier au regard des suffrages recueillis dans l'ensemble des collèges électoraux. Par cette décision et le fondement juridique choisi, il est évident que seul un syndicat affilié à une organisation elle-même catégorielle, mais ayant vocation à prospérer au niveau national et interprofessionnel, peut bénéficier de l'avantage institué par le législateur pour les syndicats catégoriels. Privilège institué en réalité pour le syndicat CFE-CGC. Mais l'affiliation à la CFE-CGC ne permet pas, pour certains syndicats, d'éviter toute contestation.

544. En effet, dans la deuxième affaire datant du 14 novembre 2013, il était question de contester la représentativité partielle d'un syndicat CFE-CGC au motif que les articles 2 et 3 des statuts de ce groupement, selon lesquels peuvent adhérer « *les agents de Pôle emploi et de l'Unédic et de la délégation Unédic AGS, quel que soit leur statut* », ainsi que les « *retraités de l'ANPE, de l'Assedic, de Pôle emploi et de l'Unédic et de la délégation Unédic AGS* », démontraient pour la fédération Protection sociale travail emploi (PSTE CFDT) que la représentativité catégorielle devait lui être refusée. De plus, pour la PSTE CFDT, des documents et des tracts utilisés au moment de la campagne électorale par le syndicat CFE-CGC métiers de l'emploi mentionnaient expressément qu'il défendait tous les agents de Pôle emploi. Enfin, même si la CFE-CGC n'a pas présenté de candidat dans le premier collège, le protocole d'accord préélectoral permettait à la CFE-CGC de rattacher certaines catégories de techniciens au premier collège.

545. La Cour de cassation va rejeter la demande de contestation en rappelant l'importance des statuts⁶³⁹ et en procédant à leur interprétation, en confirmant implicitement sa décision du 28 septembre 2011, dans laquelle elle s'était montrée favorable à l'extension de la représentativité d'un syndicat catégoriel de cadres auprès de l'ensemble des collègues, à la condition qu'il agisse en conformité avec son champ statutaire⁶⁴⁰. En l'espèce, les statuts du syndicat CFE-CGC métiers de l'emploi ne l'autorisaient à représenter que les salariés « *techniciens, agent de maîtrise, cadres et cadres dirigeants des établissements de Pôle emploi et de l'Unédic* », la mention « *quel que soit leur statut se référant en réalité au statut public ou*

⁶³⁹ FAVENNEC-HÉRY (F.), « Syndicats catégoriels : de l'importance des statuts », *SSL* 2011, n°1508, p. 4.

⁶⁴⁰ Cass.soc. 28 sept. 2011 n°10-26.693 ; *D.* 2011. 2406 ; obs. LOCKIEC (P.) et PORTA (J.), *D.* 2012. 2622 ; note PETIT (F.), *Dr.soc.* 2011, p. 1241.

privé des agents ». La Cour de cassation va juger indifférents les termes de l'accord préélectoral, en mettant en avant le fait que le syndicat n'avait présenté aucun candidat dans le premier collège. Cet arrêt nous invite à dissocier les statuts du syndicat de son comportement. D'ailleurs, il est à noter que le groupement est resté fidèle à ses statuts en ne présentant pas de candidat dans le premier collège. Cette solution a été confirmée par une décision du 8 octobre 2014 considérant « *que les statuts du syndicat SICAMT-GAF-CFE-CGC ne lui donnaient vocation qu'à représenter les cadres, agents de maîtrise et techniciens au sol relevant des deuxièmes et troisièmes collèges et qu'il n'était pas établi que ce syndicat avait présenté des candidats dans le premier collège, qu'il en a déduit à bon droit que le champ statutaire du syndicat était catégoriel, peu important le contenu des tracts diffusés pendant la campagne électorale par le syndicat* »⁶⁴¹. Il est donc clair qu'un syndicat ne pourra se prévaloir des règles spécifiques de mesure de sa représentativité si ses statuts lui donnent vocation à présenter des candidats dans l'ensemble des collèges, peu important qu'il n'ait en définitive présenté des candidats que dans un seul des collèges⁶⁴². La haute juridiction précise même qu'un syndicat dont les statuts en font un syndicat catégoriel, mais qui présente des candidats dans un autre collège que celui des cadres et des agents de maîtrise sera considéré comme un syndicat intercatégoriel⁶⁴³.

546. Toutes ces difficultés résolues par la Cour de cassation, il restait tout de même à préciser la capacité de négociation des syndicats catégoriels. En effet, il faut garder à l'esprit que les nouvelles règles sur la représentativité emportent deux conséquences principales : permettre à l'organisation syndicale de désigner un délégué syndical et disposer de la capacité à négocier.

547. La capacité à négocier des accords catégoriels n'est pas celle qui posait le plus de difficultés. En effet, le syndicat catégoriel peut signer seul un accord catégoriel à condition de justifier d'avoir recueilli au moins 30% des suffrages exprimés dans le collège qu'il représente au premier tour des dernières élections professionnelles⁶⁴⁴. Lorsque le seuil n'est pas atteint par ce dernier, l'accord catégoriel devra alors recueillir la signature d'autres syndicats, notamment intercatégoriels, l'essentiel étant que tous les signataires réunis justifient d'avoir

⁶⁴¹ Cass.soc. 8 octobre 2014 n° 14-11.317 et 14-11.428 ; obs. AUZERO (G.), Lexbase Hebdo éd. soc., 2014, n°588.

⁶⁴² Cass. soc 27 mars 2013, n°12-22.733, obs. PORTA (J.), *D.* 2013. 924 et 2599; obs. PETIT (F.) *Dr.soc.* 2013, p. 463 ; obs. BORENFREUD (F.), *RDT* 2013, p. 571.

⁶⁴³ Cass.soc. 31 janvier 2012, n°11-60.135, obs. PORTA (J.) *D.*2012. 2622 ; étude PETIT (F.), *Dr.soc.* 2012, p. 373.

⁶⁴⁴ Art. L.2232-13 du Code du travail.

recueilli au moins 30% des suffrages dans le collège correspondant à la catégorie de salariés visés par l'accord. En revanche, la capacité à négocier des accords intercatégoriels est *a priori* plus problématique. Il est vrai que la Cour de cassation a admis dans un premier temps qu'un syndicat catégoriel et pour être plus précis, la CFE-CGC puisse participer, aux côtés de syndicats représentatifs intercatégoriels, à la négociation intéressant l'ensemble des salariés⁶⁴⁵. Dans cette hypothèse, le syndicat n'est pas tenu d'établir sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel. Pour autant, pour apprécier les conditions de validité de l'accord, à savoir qu'il doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, l'audience électorale du syndicat catégoriel doit être prise en compte en la rapportant à l'ensemble des collèges électoraux. Restait une question, celle de savoir si un syndicat catégoriel a la capacité de signer seul un accord intercatégoriel. La Cour de cassation est venue apporter une réponse sur ce point le 2 juillet 2014⁶⁴⁶. Était en cause la signature d'un accord d'entreprise sur l'emploi des seniors par un syndicat catégoriel, la CFE-CGC. Un syndicat intercatégoriel, la CGT, demandait l'annulation de l'accord précité, devant le tribunal de grande instance, au motif que le syndicat CFE-CGC ne pouvait valablement signer seul un accord, car il s'agissait d'un accord intercatégoriel. Le syndicat catégoriel ayant obtenu 35% des suffrages exprimés lors des dernières élections du comité d'entreprise, tous collèges confondus, faisait valoir pour sa part, qu'il pouvait conclure, même seul, un accord d'entreprise intéressant l'ensemble des salariés, dans la mesure où il remplissait, tous collèges confondus, les règles de majorité auxquelles est subordonnée la validité de l'accord.

548. La Cour de cassation est venue trancher le litige de manière très claire en mettant en avant le principe de spécialité des syndicats catégoriels, tout comme elle le faisait sous l'empire de la loi antérieure à la réforme sur la représentativité syndicale⁶⁴⁷. Ainsi, a-t-elle décidé « *qu'en application du principe de spécialité, un syndicat représentatif catégoriel ne peut négocier et signer seul un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, quand bien même son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collèges électoraux, est supérieure à 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires* »

⁶⁴⁵ Cass.soc. 31 mai 2011, n°10-14.391, *D.* 2011.1624, obs. INES (I.) ; *D.* 2012. 2622, obs. PORTA (J.) ; *Dr.soc.* 2011, p. 1132, obs. PETIT (F.) ; *RDT* 2011, p.513, obs. TISSANDIER (H.).

⁶⁴⁶ Cass.soc. 2 juillet 2014, n°13-14.622, obs. ANTONMATTEI (P.-H.) *Dr.soc.* 2014, p. 864 ; obs. FRANÇOIS (G.), *D.* 2014. 1503 et 1599 ; obs. PÉCAUT-RIVOLIER (L.) *SSL* 2014 n°1638, p. 12.

⁶⁴⁷ Cass.soc. 7 novembre 1990, n°89-10.485, note DESPAX (M.), *Dr.soc.* 1991, p. 292, - Cass.soc. 24 juin 1998, n°97-11.281, *D.* 1998. 183.

au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel ».

549. Cette décision vient nous rappeler que l'action syndicale est influencée par le principe de spécialité des personnes morales. Les statuts sont essentiels non seulement pour définir si un syndicat est ou non catégoriel, mais aussi pour apprécier la capacité à négocier des organisations syndicales représentatives catégorielles.

550. Si la décision est justifiée elle n'est pas sans inconvénient, notamment lorsqu'un syndicat catégoriel est seul représentatif dans l'entreprise. Cette interdiction peut fragiliser l'effectivité du droit à négociation, mais la Haute juridiction a préféré circonscrire la capacité juridique du syndicat à la défense de la collectivité professionnelle qu'il se donne pour objet aux termes de ses statuts⁶⁴⁸.

551. Une autre question s'est posée, celle de savoir dans quelle mesure un accord collectif majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) peut être conclu par un syndicat catégoriel ? Il est important, à titre liminaire, de replacer cette question dans son contexte juridique, ainsi, depuis la réforme de juin 2013⁶⁴⁹, le contenu du PSE ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements peuvent être établies unilatéralement par l'employeur ou donner lieu à un accord collectif dit « majoritaire », ces deux actes font l'objet d'un contrôle administratif. Lorsque la voie de l'acte négocié est choisie, l'article L.1233-24 du Code du travail, qui dérogeant aux règles de droit commun de la négociation collective définit les conditions de conclusion d'un tel accord. L'accord majoritaire doit être « *signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* ». Dans l'affaire société DIM dont a eu à connaître le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, puis la cour administrative de Versailles, l'accord collectif sur le PSE a été signé par la CFE-CGC, qui avait obtenu 36,8% des suffrages exprimés

⁶⁴⁸ PETIT (F.), *Droits syndicaux dans l'entreprise et liberté syndicale*, Doc. Fr. 2014, p. 70.

⁶⁴⁹ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, (JORF n°138 du 16 juin 2013, p. 9958), études, COUTURIER (G.) « Accords de maintien de l'emploi », *Dr.soc.* 2013, n°10, p. 805 ; note GÉA (F.), FABRE (A.), « Le plan de sauvegarde de l'emploi sous l'empire de la loi relative à la sécurisation de l'emploi », *RDT* 2014, n°9, p. 549, ROZEC (P.) « Les accords relatifs au plan e sauvegarde de l'emploi », *JCP S* 2014, n°18, p. 69 WILLMANN (C.), « Homologation du PSE : les premiers contentieux depuis la loi de sécurisation de l'emploi », *Lexabse Hebdo*, éd.soc., n°569 du 8 mai 2014.

lors des dernières élections professionnelles, et la CFTC qui avait obtenu 17,1%, la condition majoritaire telle que prévu par l'article L.1233-24 du Code du travail était donc satisfaite. L'enjeu était ailleurs, en effet le projet de licenciement collectif et donc l'accord collectif, ne concernait qu'un seul établissement qui ne comptait dans ses effectifs aucun membre du personnel de l'encadrement. La CFDT contestait la possibilité pour la CFE-CGC de signer aux côtés de la CFTC un accord collectif sur le PSE destiné à s'appliquer à d'autres catégories professionnelles. La cour administrative d'appel, le 19 février 2015, a écarté le moyen tiré de ce que l'administration aurait commis une erreur de droit au regard de l'article L.2232-13 du Code du travail⁶⁵⁰. Pour Madame Claire ROLLET-PERRAUD, rapporteur public et premier conseiller de cette cour administrative, l'accord signé n'était pas un accord d'entreprise ou d'établissement conclu sur le fondement des articles L.2232-22 et suivants du Code du travail qui fixent le régime de droit commun de tels accords, l'article L.2232-13 concernant plus précisément le régime des accords catégoriels⁶⁵¹. L'accord qui a donné lieu à la décision en cause était relatif à un PSE et avait été pris sur le fondement de l'article L.1233-24-1 qui fixe des règles particulières dérogatoires au droit commun⁶⁵². Induire de ces dispositions une dérogation générale au droit commun de la négociation au-delà de l'exigence majoritaire renforcée que le texte institue et du contenu qu'il assigne à cet accord majoritaire nous semble peu convaincant. Ne pas prendre en compte l'article L.2232-13 du Code du travail, revient à « vider de son sens la notion de représentation (syndicale) »⁶⁵³. En effet, l'article L.2232-13 du Code du travail donne une habilitation au syndicat catégoriel à participer à la conclusion d'un acte collectif « dont au minimum, une partie des dispositions s'appliqueront à la catégorie de salariés que ce syndicat représente »⁶⁵⁴. Or, en l'espèce, aucun cadre n'était présent dans l'établissement concerné par le projet de licenciement, la CFE-CGC, malgré la présence de la CFTC n'était pas légitime à signer un tel accord, car le principe de spécialité des syndicats catégoriels est remis en cause.

⁶⁵⁰ Cour administrative d'appel 19 février 2015, n°14VE03321, AJDA 2015, p. 866, note GÉA (F.), « De la capacité d'un syndicat catégoriel à conclure un accord collectif sur le PSE », Dr.soc. 2015, p.613 ; note ROLLET-PERRAUD (C.), « Validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi », AJDA 2015, p. 866.

⁶⁵¹ Art. L.2232-13 du Code du travail « Lorsque la convention ou l'accord ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral, sa validité est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives dans ce collège au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. ». V. la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc. p.73.

⁶⁵² ROLLET-PERRAUD (C.), *ibid.*

⁶⁵³ GÉA (F.), *ibid.*

⁶⁵⁴ GÉA (F.), *ibid.*

552. À l'évidence, la loi du 20 août 2008 a permis de préserver la représentation catégorielle des cadres et la Cour de cassation par ses arrêts successifs démontre sa volonté de marquer la spécificité de la représentation catégorielle des cadres.

553. La spécificité du régime juridique des cadres peut également se retrouver dans leur représentation institutionnelle qui se révèle imparfaite.

II. Une représentation institutionnelle imparfaite

554. En ce qui concerne les institutions représentatives élues⁶⁵⁵, comme les autres salariés, les cadres peuvent participer et se présenter aux élections du comité d'entreprise ou de délégués du personnel, comme tout autre salarié⁶⁵⁶. Toutefois, il faut relativiser cette affirmation, car les cadres dirigeants, au regard de leur position dans l'entreprise, sont dans l'incapacité de représenter les salariés. Ils ont d'ailleurs été exclus du décompte de l'effectif de l'entreprise. Cette position de la Cour de cassation encore confirmée dans un arrêt en date du 26 janvier 2000⁶⁵⁷ fut vivement critiquée. La Cour de cassation a donc opéré un revirement le 30 mai 2001 en considérant que le Code du travail ne faisait qu'exclure les cadres dirigeants de l'électorat et non de l'effectif⁶⁵⁸.

555. À l'inverse, les cadres non dirigeants, quant à eux, font partie intégrante de l'électorat. Dans chaque entreprise ou établissement distinct, les électeurs et le nombre de sièges à pourvoir sont répartis en collèges électoraux selon les catégories professionnelles. Le droit commun prévoit la répartition en deux collèges électoraux : celui des ouvriers et employés et celui des ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés. Ce second collège n'apparaît pas comme suffisant à représenter les intérêts des cadres puisque dans le second collège on ne retrouve pas le terme cadre. Mais lorsque le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres est au moins égal à 25, et ce, quelle que soit la taille de l'entreprise, un

⁶⁵⁵ AUZERO (G.), « les ordonnances réformant le droit du travail. L'avènement du comité social et économique : les attributions du CSE », *Lexbase Hebdo*, éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017, CHAMPEAUX (F.) ; « Le mécano du comité social et économique », *SSL* 2017, n°1782, p.2 ; PIGNARRE (G.) « Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique », *RDT* 2017, n°10 p.647.

⁶⁵⁶ Sur la fusion des institutions représentatives voir note 260.

⁶⁵⁷ Selon la Cass.soc. 26 janvier 2000 SA Auchan France c/ FO, « Les salariés qui en raison de l'exercice des pouvoirs qu'ils détiennent, peuvent être assimilés au chef d'entreprise, ne doivent pas être compris dans l'effectif pour l'organisation des élections professionnelles où ils ne sont ni électeurs, ni éligibles », *RJS* 3/00 n°287.

⁶⁵⁸ Cass.soc.30 mai 2001, Aubagnac c/ Sté Recena et autres, *RJS* 8-9/01 n°1040. Cass.soc. 26 septembre 2002, SARL Simon c/ Syndicat Union locale C.G.T. et a., *RJS* 12/02 n°1411.

collège cadre est mis en place, donc la présence d'un ou plusieurs cadres ne suffirait pas à ce qu'ils bénéficient d'un collège qui leur serait propre. Compte tenu de la rédaction même du troisième alinéa de l'article L.2324-11 du Code du travail, le troisième collège est obligatoire dès que les conditions d'effectifs sont remplies⁶⁵⁹. Il ne peut être dérogé à ces dispositions mêmes par un accord unanime, qui on le sait est exigé, pour modifier le nombre et la composition des collèges électoraux. Un accord ne peut décider que le personnel sera réparti en deux collèges, un pour les cadres et un pour les employés. Par contre, rien ne s'oppose à améliorer les dispositions légales en créant plusieurs collèges cadres ou en augmentant les collèges électoraux par convention collective ou accord préélectoral à condition que le texte soit signé par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Si la condition de l'unanimité n'est pas remplie, le nombre des collèges est obligatoirement déterminé par le Code du travail.

556. Un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 2002 est venu statuer à notre connaissance, pour la première fois sur l'incidence d'un troisième collège institué en vertu d'un statut spécifique à l'aviation civile. Selon l'article L.342-4 du Code de l'aviation civile « *par dérogation aux dispositions des articles L. 433-2⁶⁶⁰ et L. 435-4⁶⁶¹ du Code du travail, les personnels navigants professionnels constituent un collège spécial pour l'élection. Des représentants du personnel au sein des comités d'établissement de la société Air France* ». À la lecture de ce texte, le jugement frappé de pourvoi rendu par le tribunal d'instance le 1er février 2001 avait conclu que l'ajout d'un troisième collège spécifique pour le personnel navigant supprimait la possibilité d'instituer un quatrième collège pour les cadres et assimilés.

557. Ce raisonnement fut censuré par la Cour de cassation qui pose le principe que même si un troisième collège est institué par une disposition légale, cette dernière ne peut faire échec au droit pour les cadres et assimilés d'avoir leur collège. Pour la Cour de cassation, l'important n'est pas qu'il y ait un troisième collège, mais que les cadres puissent avoir leur représentation propre dès l'instant où ils sont plus de vingt-cinq. En l'espèce, le tribunal aurait donc dû rechercher si l'effectif à Air France comptait au moins vingt-cinq cadres n'entrant pas

⁶⁵⁹ Le principe d'un troisième collège n'a pas été modifié par l'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. (JORF n°223 du 23 septembre 2017).

⁶⁶⁰ Art. L.2324-11 du Code du travail, abrogation au 1^{er} janvier 2018 avec la création du comité social et économique par l'ordonnance du 22 septembre 2017, préc.

⁶⁶¹ Art. L.2327-4 du Code du travail, abrogation au 1^{er} janvier 2018 avec la création du comité social et économique par l'ordonnance du 22 septembre 2017, préc.

dans la catégorie des personnels navigants. La Cour de cassation précise tout de même que sont à exclure du calcul des effectifs du collège cadres, les cadres personnels navigants qui sont déjà représentés dans le collège « personnel navigant ». On comprend bien le but de cette jurisprudence qui est d'assurer l'effectivité de la représentativité des cadres. Néanmoins, la création de plusieurs collèges cadres contribue à l'hétérogénéité des cadres et à l'éclatement de leur représentation au sein de l'entreprise.

558. En revanche, il semblerait que la représentation spécifique n'a plus lieu d'être, lorsque le protocole préélectoral prévoit la création de deux collèges comme l'impose les textes⁶⁶², mais n'attribue aucun siège au second. Les salariés-cadres devant être inscrits et éligibles dans le seul collège auquel tous les sièges ont été attribués⁶⁶³. Si cette solution permet l'effectivité de la représentation des cadres, elle ne permet pas de garantir la spécificité de la représentation des cadres. De plus, cette solution risque selon Monsieur Arnaud MARTINON de poser des difficultés lorsqu'il s'agira d'apprécier l'audience électorale d'un syndicat catégoriel qui présente un ou plusieurs candidats dans un « collège unique ». En pratique, il deviendra impossible de dissocier l'électorat des cadres de celui des non-cadres et « *il est probable que le privilège institué par l'article L.2122-2 du Code du travail disparaisse* »⁶⁶⁴.

559. Les cadres bénéficient également d'une représentation spécifique dans des commissions chargées de préparer le travail consultatif du comité d'entreprise. La commission économique « *est chargée notamment d'étudier les documents économiques et financiers recueillis par le comité d'entreprise et toute question qui lui est soumise par ce dernier* »⁶⁶⁵. Elle comprend au maximum cinq représentants du personnel, dont au moins un représentant de la catégorie des cadres, suivant la composition du personnel de l'entreprise la présence d'un seul représentant de la catégorie des cadres peut apparaître largement insuffisante, mais la présence d'au moins un représentant des cadres dans ces commissions démontre la volonté du législateur de prendre en compte la spécificité des cadres dans l'entreprise.

⁶⁶² Art. L.2314-8 et s. pour les délégués du personnel et l'article L.2324-11 et s pour le comité d'entreprise V. note 655.

⁶⁶³ Cass.soc. 9 novembre 2011, n°10-25.766, note MARTINON (A.), « un double collège peut cacher un collège unique », JCP S 2012, n°20-21, 1227.

⁶⁶⁴ MARTINON (A.), *ibid.*

⁶⁶⁵ Art. L.2325-24 du Code du travail.

560. Le Code du travail organise également la représentation des cadres au sein des CHSCT⁶⁶⁶. Ainsi, l'article R.4613-1 du Code du travail impose de réserver un certain nombre de sièges à la catégorie agent de maîtrise et cadres⁶⁶⁷. L'objet de ce texte n'est pas tant d'assurer la représentation des cadres, mais de leur assurer une présence dans des institutions représentatives du personnel. D'ailleurs, une décision de la Cour de cassation considère que les dispositions du Code du travail qui imposent de réserver un certain nombre de sièges à la catégorie agent de maîtrise ou cadre n'interdisent pas que des salariés appartenant à cette catégorie puissent par ailleurs être élus pour pourvoir les sièges auxquels le Code du travail n'attribue aucune affectation catégorielle particulière⁶⁶⁸. Un salarié non cadre n'a pas vocation à être élu pour pourvoir un siège réservé à la catégorie agent de maîtrise ou cadre, en revanche un cadre peut être élu pour pourvoir un siège en dehors de celui réservé au personnel de maîtrise ou des cadres⁶⁶⁹. Il semblerait que les juges préfèrent ignorer le caractère spécifique de la catégorie de cadres, permettant ainsi d'alimenter la théorie de la banalisation du statut des cadres⁶⁷⁰.

561. En ce qui concerne la représentation au sein du conseil d'administration ou de surveillance, « *Dans les sociétés, deux membres du comité d'entreprise, délégués par le comité et appartenant l'un à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas.* »⁶⁷¹. Dans les sociétés où il

⁶⁶⁶ L'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 fusionne l'ensemble des institutions représentatives du personnel, désormais le CHSCT disparaît au profit du comité social et économique. V. AUZERO (G.) « Projet d'ordonnances réformant le droit du travail. L'avènement du comité social et économique : les attributions du CSE », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017.

⁶⁶⁷ Art. L.4613-1 du Code du travail prévoit que « *la délégation du personnel au CHSCT est composée comme suit : 1° Établissements de 199 salariés et moins, trois salariés dont un appartenant au personnel de maîtrise ou des cadres ; 2° Établissements de 200 à 499 salariés, quatre salariés dont un appartenant au personnel de maîtrise ou des cadres ; 3° Établissements de 500 à 1499 salariés, six salariés dont deux appartenant au personnel de maîtrise ou des cadres ; 4° Établissements de 1500 salariés et plus, neuf salariés, dont trois appartenant au personnel de maîtrise ou des cadres* ».

⁶⁶⁸ Cass.soc. 14 janvier 2014, n°13-13.607, note COTTIN (J.-B.), JCP S 2014, n°21, 1220

⁶⁶⁹ Cass.soc. 14 janvier 2014, n°13-13.607, *ibid*.

⁶⁷⁰ V. en ce sens notamment BOUFFARTIGUE (P.), *Les cadres fin d'une figure sociale*, éd. La dispute, 2001.

⁶⁷¹ Art. L.2323-62 du Code du travail, cet article a été abrogé par l'article 1^{er} de l'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. Cette abrogation entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2018. V. notamment BORENFREUD (G.), « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p.608, SIMONPOLI (J.-D.), « L'instance unique est l'avenir », SSL 2017 n°1766, p.6 ; V également numéro spécial sur Lexbase Hebdo éd. soc. n°712 du 21 septembre 2017 numéro spécial sur les ordonnances réformant le droit du travail spéc. AUZERO (G.), « Ordonnances réformant le droit du travail. L'avènement du comité social et économique ».

existe trois collèges électoraux, cette délégation du comité est portée à 4 membres dont deux appartiennent à la catégorie des ouvriers et employés, le troisième à la catégorie de la maîtrise et le quatrième à la catégorie des ingénieurs, chefs de services et cadres administratifs, commerciaux ou techniques. On note que la représentation des cadres au sein des conseils d'administration ou de surveillance est également insuffisante, car elle est réduite en réalité à une seule catégorie, celle des ingénieurs, chefs de services et cadres administratifs commerciaux ou techniques alors que la catégorie des ouvriers et employés dispose de deux membres.

562. Si la représentation spécifique des cadres dans les entreprises est marquée par son insuffisance, celle dans les conseils de prud'hommes est marquée par son imprécision.

Section 2. Une représentation spécifique imprécise au sein du conseil des prud'hommes

563. « Les conseils de prud'hommes sont des juridictions d'exception « électives et paritaires », composées en nombre égal d'employeurs et de salariés élus par leurs pairs »⁶⁷². La tradition et l'origine corporatiste des prud'hommes⁶⁷³ dont la création a correspondu au souci de permettre aux patrons et ouvriers d'être jugés par des personnes appartenant à la même profession a conduit à diviser cette juridiction en cinq sections autonomes ; la section de l'industrie, la section du commerce et des services commerciaux, la section de l'agriculture la section des activités diverses et la section de l'encadrement⁶⁷⁴. Il existe donc au sein des conseils de prud'hommes une section spécifique à l'encadrement, qui répondait aux revendications de la CFE-CGC⁶⁷⁵ et qui relève d'un régime différent. Rappelons que les cadres avant la création de la section encadrement qui remonte à 1979⁶⁷⁶ disposaient d'une option de juridiction qui leur permettait de choisir entre le tribunal de commerce, le tribunal d'instance ou

⁶⁷² VILLEBRUN (J.), *Traité de la juridiction prud'homale*, 2^{ème} éd., LGDJ 1987, p.1.

⁶⁷³ COTTEREAU (A.) (dir.), *Les prud'hommes (XIX^e-XX^e siècles)*, Le mouvement social, n°141, 1987.

⁶⁷⁴ Art. R.1423-1 du Code du travail.

⁶⁷⁵ LE ROUX-COCHERIL (R.), *Les nouveaux conseils de prud'hommes*, éd. Sirey 1980, spéc.p.85

⁶⁷⁶ Loi n°79-44 du 18 janvier 1979, portant modification des dispositions du titre 1^{er} du livre V du Code du travail relatives aux conseils de prudhommes, (JORF du 19 janvier 1979, p. 163).

le conseil des Prud'hommes⁶⁷⁷. La création de la section encadrement a fait l'objet de vifs débats. D'ailleurs, le gouvernement avait envisagé dans son projet initial, qui ne prévoyait pas la division des Conseils de prud'hommes en sections, de créer au sein des Conseils un collège réservé aux cadres avec la création d'une formation particulière de jugement. C'est en réalité pour régler la délicate question de la place des cadres dans les conseils que l'Assemblée nationale a rétabli les sections⁶⁷⁸. C'est ce qui explique le particularisme de la section encadrement qui n'est pas déterminée par l'activité principale de l'employeur, mais par le statut professionnel du salarié⁶⁷⁹.

564. Si l'existence de la section encadrement est acquise (I) depuis la loi du 18 janvier 1979 qui a créé la section de l'encadrement⁶⁸⁰, nous sommes très vite déçus, car cette loi ne dit rien de la compétence de la section de l'encadrement. Elle se contente d'indiquer qui y est électeur. Cette assimilation électeur justiciable est discutable (II.).

I. L'existence d'une section spécifique

565. Lorsque naissent, à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, des conflits individuels, la qualité de cadre joue un rôle important. La prise en considération du statut professionnel du salarié est requise pour les cadres qui relèvent de la seule section de l'encadrement.

566. Les affaires sont donc réparties entre les sections du conseil de prud'hommes en fonction des règles prévues à l'article L.1423-1 et R. 1423-1 et suivants du Code du travail régissant l'appartenance des salariés aux différentes sections⁶⁸¹. Ainsi, dans un premier temps, il convient, pour déterminer la section compétente, de se référer à l'article R. 1423-5 du Code du travail, lequel ne donne aucune définition du personnel de l'encadrement et procède par

⁶⁷⁷ LE BAYON (A.), *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, op.cit., spéc. p. 309, SUPIOT (A.), *Les juridictions du travail*, sous la direction de CAMERLYNCK (G.-H.), D., tome 9, 1980, n°385, p.372.

⁶⁷⁸ LE ROUX-COCHERIL (R.), *ibid.*

⁶⁷⁹ Art. L.1441-6 du Code du travail.

⁶⁸⁰ Loi n°79-44 du 18 janvier 1979, préc.

⁶⁸¹ V. infra sur la suppression des élections prud'homales par l'ordonnance n°2016-388 du 31 mars 2016, relative à la désignation des conseillers prud'hommes, (JORF n°77 du 1er avril 2016 texte n°41), l'entrée en vigueur des dispositions relatives au nouveau mode de désignation des conseillers prud'hommes est différée au 1er février 2017 ; Étude V. ORIF, « Vers la nomination des conseillers prud'hommes et au-delà », *Lexbase Hebdo éd.soc.* n°652 du 21/04/2016.

renvoi à l'article L.1441-6 du Code du travail. Les lois du 18 janvier 1979⁶⁸² et du 6 mai 1982⁶⁸³ qui ont étendu la liste des membres du personnel de l'encadrement en ajoutant les agents de maîtrise sont marquées par leur manque de précision. En effet, qui va décider de la compétence de la section encadrement ? Et selon quels critères ? C'est la solution de facilité qui a été choisie, c'est-à-dire que la section compétente sera déterminée en fonction de l'inscription sur les listes électorales prud'homales.

567. En tout état de cause, en cas de litige sur la compétence de la section de l'encadrement, l'article R. 1423-7 du Code du travail dispose qu'« *en cas de difficulté de répartition d'une affaire ou de contestation sur la connaissance d'une affaire par une section, et quel que soit le stade de la procédure auquel survient cette difficulté ou contestation, le dossier est transmis au président du conseil de prud'hommes, qui, après avis du vice-président, renvoie l'affaire à la section qu'il désigne par ordonnance. Cette ordonnance constitue une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours* ». Autrement dit, la décision du président du conseil de prud'hommes interviendra en premier et dernier ressort et ne pourra pas faire l'objet d'une quelconque contestation en appel.

568. Le justiciable qui entend donc saisir la juridiction prud'homale à la suite d'un litige l'opposant à son employeur, opère cette saisine en tant que salarié lié à son employeur par un lien de subordination juridique et non en tant qu'électeur prud'homal. C'est pour cette raison que déterminer la section compétente sur le seul critère de l'inscription sur la liste électorale prud'homale apparaît comme insatisfaisant et ce d'autant plus que les modalités d'inscription et surtout la notion de personnel relevant de la catégorie de l'encadrement ne sont pas clairement définies.

569. Le manque notamment de précisions quant à l'étendu des listes électorales participe à la critique de la juridiction prud'homale justifiant la remise en cause du principe du découpage en sections et par voie de conséquence de l'existence de la section encadrement⁶⁸⁴. Déjà, au lendemain de la loi portant création des sections, Roland Le ROUX-COHERIL estimait que « *l'une des difficultés les plus graves de fonctionnement, l'un des risques de paralysie les plus forts que connaissent actuellement les conseils de prud'hommes sont dus à la*

⁶⁸² Préc..

⁶⁸³ Loi n°82-372 du 6 mai 1982 portant modification de certaines dispositions du titre 1^{er} du livre V du Code du travail relatives aux conseils de prud'hommes, (JORF du 7 mai 1982 p.1287).

⁶⁸⁴ SUPIOT (A.), *Les juridictions du travail*, sous la direction de CAMERLYNCK (G.-H.), Dalloz, tome 9, 1980, n°385, p.372.

division en sections »⁶⁸⁵. Les difficultés liées à l'imprécision des textes s'agissant de la section de l'encadrement renforcent encore l'idée aujourd'hui qu'il faille supprimer cette section qui n'a pas d'intérêt, car elle ne regroupe pas une catégorie bien définie. D'ailleurs, les auteurs du rapport sur les juridictions du XXI^e siècle considèrent que la section encadrement n'a d'existence que parce qu'elle a une « *vertu symbolique très forte* », elle ne contribue pas à l'efficacité de la juridiction⁶⁸⁶. Le législateur, par deux lois du 18 décembre 2014 et du 6 août 2015⁶⁸⁷, tout en modifiant profondément l'institution prud'homale n'est pas revenu sur le principe des sections dans les conseils de prud'hommes et a conservé la section encadrement. L'ordonnance n°2016-388 du 31 mars 2016, relative à la désignation des conseillers prud'hommes marque l'achèvement de la réforme qui implique la disparition des élections prud'homales⁶⁸⁸. Désormais, la juridiction prud'homale n'est plus « élective et paritaire ». Elle devient une juridiction paritaire. Il est désormais prévu que les conseillers prud'hommes sont nommés conjointement, sur proposition des organisations syndicales et professionnelles, par le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, ainsi que le ministre chargé du Travail⁶⁸⁹. Les règles mises en place empruntent à celles qui existaient pour établir les collèges électoraux. Ainsi, le nouvel article L.1441-13 prévoit que relèvent du collège salarié, les salariés non-cadres, les salariés-cadres qui n'ont pas de délégation particulière d'autorité de l'employeur, ainsi que les demandeurs d'emploi. Le nouveau texte ajoute aux salariés titulaires d'un contrat de professionnalisation ceux qui sont titulaires d'une formation en alternance. Il est également prévu que les salariés qui ont exercés toute activité professionnelle seront rattachés au collège des salariés. S'agissant du collège employeur, comme auparavant, la notion d'employeur est entendue aussi bien au sens strict que dans un sens plus large permettant de maintenir les cadres

⁶⁸⁵ LE ROUX-COCHERIL (R.), À propos de deux questions que pose la réforme des conseils de prud'hommes, *Dr.soc.* 1980, n°spéc 5, p. 32 et spécifiquement p. 38.

⁶⁸⁶ Rapport LACABARATS (A.), *Les juridictions du XXI^e siècle, Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, La documentation française, 2014, spéc p. 52.

⁶⁸⁷ Loi n°2014-1528 relative à la désignation des conseillers prud'hommes du 18 décembre 2014, (JORF n°293 du 19 décembre 2014, p. 21435), et Loi n°2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015, (JORF n°181 du 7 août 2015), Etudes LAHALLE (T.), « La justice prud'homale à l'aune des lois du 18 décembre 2014 et du 6 août 2015 », JCP S 2015, n°38, 1324 ; ORIF (V.) « Loi « Macron » : dispositions relatives à la justice prud'homale (article 258)-première partie », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°623 du 3 septembre 2015 ; MAGGI-GERMAIN (N.), « Les enjeux autour de la réforme de la formation des conseillers prud'hommes », *Dr.soc.* 2015 n°6 p. 547.

⁶⁸⁸ Ordonnance n°2016-388 du 31 mars 2016, relative à la désignation des conseillers prud'hommes, (JORF n°77 du 1^{er} avril 2016 texte n°41), l'entrée en vigueur des dispositions relatives au nouveau mode de désignation des conseillers prud'hommes est différée au 1^{er} février 2017 ; Etude V. V.ORIF, « Vers la nomination des conseillers prud'hommes et au-delà », Lexbase Hebdo éd.soc. n°652 du 21/04/2016.

⁶⁸⁹ Art. L.1441-1 nouveau du Code du travail.

dirigeants qui bénéficient d'une délégation de pouvoir⁶⁹⁰. L'ordonnance ne revient pas sur les difficultés s'agissant des cadres inscrits dans le collège employeur. En effet pour les salariés-cadres, la délégation particulière d'autorité de l'employeur reste le critère de distinction essentiel. Pour les employeurs et assimilés, il y a une reprise de la règle antérieure. Ils relèvent nécessairement de la section de l'encadrement lorsqu'ils n'emploient que des salariés pour lesquels l'affaire est tranchée par la section de l'encadrement.

I. L'assimilation discutable candidat et justiciable

570. L'ordonnance n° 2016-388 du 31 mars 2016, relative à la désignation des conseillers prud'hommes⁶⁹¹ n'est pas revenue sur l'assimilation électeur-justiciable. Cette assimilation est reprise en ne faisant plus référence à l'électeur, mais au candidat. En effet, l'article L.1441-12, 2° du Code du travail pose le principe selon lequel *«Peuvent être candidats dans le collège des employeurs [...] les cadres détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité établie par écrit, permettant de les assimiler à un employeur »*. En conséquence, les cadres par nature sont inscrits, en tant qu'électeurs dans le collège employeur.

571. L'ordonnance précitée ne revient pas sur la répartition qui existait à savoir la répartition des électeurs employeurs entre les différentes sections des conseils de prud'hommes, avec la possibilité pour ces derniers de choisir la section correspondant à leur activité principale et la section encadrement dès lors qu'ils occupaient un ou plusieurs salariés relevant de ladite section. Autrement dit, certains cadres inscrits en tant qu'électeurs dans le collège employeur, ont pu être affectés dans la section encadrement, soit dans l'une des quatre autres sections. Que se passerait-il, en ce qui les concerne, si un litige relatif à leur contrat de travail les opposait à leur employeur ? À l'énoncé de cette seule question qui reste d'actualité apparaît toute l'ambiguïté du raisonnement qui consisterait à assimiler le justiciable à l'électeur du point de vue de la saisine des conseils de prud'hommes. On ne peut concevoir que le fait d'avoir été

⁶⁹⁰ Art. L.1441-12 nouveau du Code du travail.

⁶⁹¹ Ordonnance n°2016-388 du 31 mars 2016, relative à la désignation des conseillers prud'hommes, (JORF n°77 du 1er avril 2016 texte n°41), l'entrée en vigueur des dispositions relatives au nouveau mode de désignation des conseillers prud'hommes est différée au 1er février 2017 ; Étude V. ORIF, « Vers la nomination des conseillers prud'hommes et au-delà », Lexbase Hebdo éd.soc. n°652 du 21/04/2016.

inscrit sur une liste de candidatures prud'homale en tant que candidat employeur ait pour conséquence la disparition du rapport salarial et plus précisément celle du lien de subordination juridique. Ces cadres ne sont candidats employeurs que par assimilation, ils conservent leur qualité de salarié puisqu'ils sont soumis au pouvoir de direction de leur employeur, on ne saurait dès lors contester au cadre assimilé à l'employeur sa qualité de salarié et l'empêcher, ce faisant, de saisir la juridiction prud'homale.

572. Ainsi, une fois acquis le principe de la compétence du conseil de prud'hommes pour les cadres assimilés à l'employeur, se pose encore la question de la détermination de la section compétente. En effet, candidat employeur, le cadre avait la possibilité d'être inscrit dans l'une des quelconques cinq sections et pas nécessairement dans la section encadrement. Si le cadre est inscrit comme candidat employeur dans la section industrie, doit-il obligatoirement saisir comme justiciable cette même section industrie ? On peut répondre par la négative, car il serait tout à fait incohérent d'en arriver à la situation dans laquelle un cadre suffisamment de hauts niveaux pour être assimilé à un employeur ne le serait pas assez pour figurer parmi le personnel de l'encadrement susceptible de saisir la section du même nom. Il est donc nécessaire de poser le principe selon lequel, tout cadre assimilé à un employeur du point de vue des élections prud'homales et quelle que soit la section dans laquelle son inscription a été faite, relève, en tant que justiciable, et dès lors qu'un litige l'oppose à son employeur, de l'unique compétence de la seule section encadrement.

573. L'assimilation justiciable candidat est également discutable s'agissant des salariés qui n'ont pas été inscrits sur les listes de candidature prud'homales. Il serait donc tout à fait inconvenant de leur interdire de saisir, en tant que justiciables, les conseils de prud'hommes.

574. Le principe des conseils de prud'hommes est celui de la parité. Il y a donc une volonté d'être jugé par ses pairs qui repose sur une réalité juridique bien concrète. En effet, le droit applicable à chaque salarié tend de plus en plus à être un droit spécifique en fonction de la catégorie socioprofessionnelle à laquelle il appartient. Les cadres sont appelés à négocier et à conclure des textes qui leur sont spécifiques, contribuant ainsi à l'élaboration d'un droit qui leur est propre. Il est donc tout à fait légitime que les cadres soient jugés par leurs pairs. L'assimilation électeur justiciable conduit inéluctablement à minimiser la portée de la loi en empêchant le personnel de l'encadrement de saisir la section des prud'hommes qui lui est naturel.

575. Monsieur Alain SUPIOT cite, dans son traité sur les juridictions du travail, un auteur qui considère que la création de la section encadrement est l'atteinte la plus grave portée au paritarisme. Ce dernier juge que la distance qui sépare les cadres inclus dans l'élément employeur par le jeu de l'assimilation, et les cadres élu du côté salarié est trop faible pour que la représentation d'intérêts contradictoires puisse être valablement assurée au sein de la section encadrement⁶⁹². En effet, la spécificité des cadres ne s'exprime pas seulement dans la création d'une section de l'encadrement qui a pu susciter des craintes, la spécificité des cadres s'exprime également par le fait que certains cadres sont assimilés à l'employeur et qu'ils sont amenés à siéger s'ils répondent aux critères posés par l'article L.1441-12 3° du Code du travail en tant que « conseillers employeurs ». Cette disposition traduit parfaitement le paradoxe du salarié employeur et les entorses que le législateur apporte au fondement du droit du travail, à savoir le paritarisme qui selon Monsieur Alain SUPIOT ne concerne pas seulement la section encadrement, mais l'ensemble des sections, « *l'assimilation de certains salariés à des employeurs, autorise (...), dans toutes les formations juridictionnelles du Conseil de prud'hommes, la rupture du paritarisme, puisqu'une majorité ou même la totalité des conseillers pourront être juridiquement des salariés, justiciables à ce titre de la juridiction prud'homale* »⁶⁹³.

⁶⁹² SUPIOT (A.) cite TARBY (A.), *analyse historique et juridique du paritarisme prud'homal-Problèmes actuels*, Thèse (3ecycle), Paris-I, 1981, p. 344, in *Les juridictions du travail*, éd. Dalloz, 1987, p.381.

⁶⁹³ SUPIOT (A.), *Les juridictions du travail*, éd Dalloz, 1987, p.382.

Chapitre 2 : Une spécificité identifiable en matière individuelle

576. Trait d'union entre la direction centrale de l'entreprise et les ouvriers ou employés, les cadres sont ainsi sans conteste des salariés de confiance. Dotés de compétences, de connaissances approfondies leur permettant le cas échéant de juger et de décider en certaines matières. Ils ont donc une place particulière dans l'entreprise, ce qui justifie un traitement différent dans leurs relations avec l'employeur qui se traduit par des formes de travail atypique (section 1), mais aussi par des sujétions (section 2) et des avantages (section 3) à bénéficier du statut de cadre. La problématique, s'agissant des relations individuelles, est que le Code du travail n'organise pas de manière systématique la spécificité des cadres, nous le verrons notamment s'agissant des délégations de pouvoirs alors même qu'il s'agit parfois d'un critère de définition pour distinguer les cadres des autres salariés, mais aussi s'agissant des clauses du contrat de travail⁶⁹⁴. En revanche, parfois, le législateur prévoit des dispositifs spécifiques aux cadres lorsqu'il s'agit de la durée de la période d'essai⁶⁹⁵ ou du délai de notification de la lettre de licenciement pour motif économique⁶⁹⁶ ou encore de créer un contrat de travail précaire spécifique au cadre⁶⁹⁷.

Section 1. Des formes de travail atypiques

577. Les crises économiques successives ont mis « à bas l'image traditionnelle du cadre, élite ou noblesse de l'entreprise et, par définition, indispensable, indéracinable »⁶⁹⁸. La

⁶⁹⁴ V dossier spécial « Le droit du travail et les dérogations » dans Dr. Soc. n°9, 2017, p. 688, V. également RADÉ (C.), « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°645 du 25 février 2016.

⁶⁹⁵ Art. L.1221-25 du Code du travail, « Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est : 1° pour les ouvriers et les employés, de deux mois ; 2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ; 3° Pour les cadres, de quatre mois ».

⁶⁹⁶ Art L.1233-15 du Code du travail, « Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié pour motif économique, qu'il s'agisse d'un licenciement individuel ou inclus dans un licenciement collectif de moins de dix salariés dans une même période de trente jours, il lui notifie le licenciement par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre ne peut être expédiée moins de sept jours ouvrables à compter de la date prévue de l'entretien préalable de licenciement auquel le salarié a été convoqué. Ce délai est de quinze jours ouvrables pour le licenciement individuel d'un membre du personnel d'encadrement mentionné au 2° de l'article L.1441-3 ».

⁶⁹⁷ L.1242-2, 6° du Code du travail.

⁶⁹⁸ VIDAL (Y.), Cadres à temps partagé, éd.ESF, 1992, spéc. p 21.

place spécifique des cadres dans l'entreprise et singulièrement les rapports particuliers qu'ils entretiennent avec l'employeur, notamment s'agissant de leur autonomie, mettent à mal parfois le concept de subordination, et autorise ainsi le législateur à mettre en place des nouvelles formes de travail qui font trembler les fondements du droit du travail et plus particulièrement les frontières entre travail indépendant et travail subordonné⁶⁹⁹. Les cadres sortent du schéma classique de la subordination, notamment avec le critère de l'autonomie, mais si ce critère est valorisant pour le cadre, il a un revers, il « *les pousse en dehors du droit du travail, tout au moins en dehors de certaines de ses protections essentielles* »⁷⁰⁰, la mise en place de ces dispositifs sont marqués par leur imprécision. Il s'agira donc d'étudier les contrats de travail spéciaux (I.), pour ensuite envisager le dispositif controversé du portage salarial (II.), et enfin examiner le travail à temps partagé (III).

III. Les contrats de travail spéciaux

578. Nous étudierons, d'une part, le contrat à objet défini, un dispositif spécifiquement réservé aux cadres (A.) et, d'autre part, le contrat de chantier ou d'opération (B.).

A. Le contrat de travail à objet défini, un dispositif propre aux cadres

579. La création de ce nouveau contrat atypique résulte de la volonté des partenaires sociaux, exprimée dans l'accord interprofessionnel sur la modernisation du travail du 11 janvier 2008⁷⁰¹. Mais en réalité, il n'est que la reprise de la proposition n° 19 du rapport pour un Code du travail plus efficace présenté en janvier 2004 au ministre du Travail, sous la présidence de Monsieur M.VIRVILLE qui souhaitait la création d'un contrat « *venant compléter l'éventail des contrats spéciaux existants [ouvert] à des cadres ou des personnels qualifiés, notamment des experts, et permettant à un salarié d'être recruté par une entreprise*

⁶⁹⁹ CHAUCHARD (J.-P.), « Les avatars du travail indépendant », Dr.soc. 2009 p.1065.

⁷⁰⁰ LOKIEC (P.), *Il faut sauver le droit du travail !* éd. Odile Jacob, 2015, spéc. 29.

⁷⁰¹ ANI sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008, études FAVENNEC-HÉRY (F.), « L'ANI sur la modernisation du marché du travail un espoir », JCP S 2008, n° 8, p.3 ; V. dossier « accord interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail », Dr.soc. 2008, n° 3, p. 267-346.

pour participer à la mise en œuvre d'un projet déterminé »⁷⁰². Cette proposition qui avait suscité au départ l'hostilité des organisations syndicales a donc été reprise par l'ANI qui dispose qu'« *afin de permettre la réalisation par des ingénieurs et cadres de certains projets dont la durée est incertaine, il est institué, à titre expérimental, un contrat à durée déterminée à terme incertain et d'une durée minimum de 18 mois et maximum de 36 mois, conclus pour la réalisation d'un objet défini* »⁷⁰³. Le caractère expérimental du dispositif envisagé d'abord pendant une durée de cinq années par la loi de modernisation sociale qui a procédé aux modifications de nature législative rendues nécessaires pour la mise en œuvre de certaines dispositions de l'accord national interprofessionnel du 21 janvier 2008. Cet accord qui dans son article 1^{er}, modifie l'article L. 1221-2 du Code du travail, en affirmant que « *le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail* », consacre en même temps la création d'un contrat de travail à durée déterminée d'un nouveau genre ajoutant à la longue liste des contrats atypiques⁷⁰⁴. Ce dispositif a ensuite été prolongé d'une année supplémentaire par la loi du 22 juillet 2013⁷⁰⁵, pour être pérennisé et faire désormais partie du Code du travail par une loi du 20 décembre 2014⁷⁰⁶. Après donc une année de flottement, ce dispositif est passé, et passe encore inaperçu, les partenaires sociaux ne se sont pas saisis massivement de ce dispositif envisagé au départ comme expérimental. En effet, ce contrat fut le fruit d'un compromis entre les organisations syndicales et patronales, par lequel les syndicats « *ont exigé à l'arraché que ce contrat soit non pas à durée indéterminée, mais... à durée déterminée... estimé plus protecteur, et surtout plus avantageux pour le salarié en termes d'indemnités de rupture du contrat* »⁷⁰⁷, « *il nous semble (...) qu'« un monstre » s'est*

⁷⁰² Rapport au ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, VIRVILLE (M.), *Pour un Code du travail plus efficace*, éd La documentation Française, 2004.

⁷⁰³ Art. 12 ANI du 11 janvier 2008, op.cit.

⁷⁰⁴ Loi n° 2008-596 portant modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 art. 6 avant dernier al. : (JORF n° 148 du 26 juin 2008 p. 10224.), V. dossier spécial sur la modernisation du marché du travail, Lexabse Hebdo éd.soc., n° 312 du 10 juillet 2008 ; Étude RADÉ (C.), « Que reste-t-il de l'accord de modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 après la loi du 25 juin 2008 ? », Lexabse Hebdo, éd.soc. n° 319 du 25 septembre 2008 ; Étude TAQUET (F.) , « La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail », JCP G 2008, n° 28, p. 5.

⁷⁰⁵ Loi n° 2013-660 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche du 22 juillet 2013, (JORF n° 169 du 23 juillet 2013, p. 12235).

⁷⁰⁶ Loi n° 2014-1545 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives du 20 décembre 2014, (JORF n° 295 du 21 décembre 2014, p. 21647), étude NOTTÉ (G.) et HIBON (C.), « Simplification de la vie des entreprises (L.2014-1545, 20 déc. 2014), JCP E 2014, n° 1-2, p. 11 ; étude WILLMANN (C.), « simplifier la vie des entreprises (et celle des juristes) », Lexabse Hebdo, éd.soc. n°598 du 22 janvier 2015 .

⁷⁰⁷ ROY-LOUSTAUNAU (C.), « Le nouveau CDD : un mauvais... projet (Le contrat pour la réalisation d'un projet), Dr.soc. 2008, p. 307.

épanoui sans que ce contrat génétiquement modifié ne soit plus ni contrôlé, ni contrôlable »⁷⁰⁸, ainsi, ce dispositif apparaît comme « *complexe et contraignant qui manque particulièrement de lisibilité* »⁷⁰⁹. Malgré les réticences évoquées, le dispositif a été intégré dans le Code du travail par la loi du 20 décembre 2014⁷¹⁰ qui figure désormais à l'article L. 1242-2 6° spécifiques au CDD à objet défini et qui limite le recours aux ingénieurs et cadres au sens des conventions collectives et met en place un régime qui s'avère complexe (1.), mais aussi un mode de rupture hybride (2.).

1. Un régime discutable

580. La mise en œuvre du CDD à objet défini est soumise à l'exigence d'un accord collectif préalable dont le contenu se révèle être flou (a). Comme il s'agit d'un contrat à durée déterminée, la durée est encadrée, mais cet encadrement se révèle être discutable (b). Le CDD à objet défini fait l'objet d'un formalisme spécifique (c.) qui marque la particularité de ce contrat atypique.

a. L'exigence d'un accord préalable au contenu flou

581. L'article L.1242-2, 6° du Code du travail dispose que le « *recrutement d'ingénieurs et cadres, au sens des conventions collectives, en vue de la réalisation d'un objet défini lorsqu'un accord de branche étendu ou à défaut, un accord d'entreprise le prévoit* ». Ainsi, priorité est donnée à la négociation de branche, « *le cadrage conventionnel au niveau de la branche constitue indiscutablement un verrouillage du dispositif* »⁷¹¹.

582. L'accord de branche étendu ou à défaut l'accord d'entreprise doit définir « a) *les nécessités économiques auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse adaptée ;*

b) les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des

⁷⁰⁸ Ibid.

⁷⁰⁹ Ibid.

⁷¹⁰ Ibid.

⁷¹¹ ROY-LOUSTAUNAU (C.), op.cit.

acquis de l'expérience, à la priorité de réembauchage et à l'accès à la formation professionnelle continuent et peuvent, au cours du délai de prévenance, mobiliser les moyens disponibles pour organiser la suite de leurs parcours professionnels ;

c) Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini ont priorité d'accès aux emplois en contrat à durée indéterminée ».

583. Les formules généralistes qui ne sont qu'une reprise de l'ANI de janvier 2008⁷¹² « autoriseront toutes les interprétations et tous les questionnements par un juge social exigeant et vigilant, qui sanctionnera inévitablement les contrats de travail irréguliers conclus en application de dispositions conventionnelles non satisfaisantes à ses yeux »⁷¹³, la jurisprudence sur l'encadrement des forfaits en jours par le juge en offre une parfaite illustration⁷¹⁴.

584. Les partenaires sociaux devront donc déterminer les cas de recours conventionnel « précis » à ce CDD atypique, notons que la formule « nécessités économiques » ne renvoie à aucun concept juridique précis, toute entreprise peut être confrontée à la nécessité économique de recourir à ce type de contrat, il est certain que cette formule crée une forme d'insécurité juridique.

585. De plus, l'obligation de formation occupe une place importante dans ce dispositif, pour répondre à l'impérieux motif de flexisécurité, mais en réalité le poids de cette obligation est tel qu'il risque d'être dissuasif pour les entreprises. Comme en témoigne la jurisprudence qui porte sur la réduction du taux de l'indemnité de fin de contrat à un taux inférieur au taux légal des CDD qui n'est possible que lorsque « *des contreparties sont offertes à ces salariés, notamment sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle* »⁷¹⁵. Ainsi, l'absence de contreparties effectives empêche toute possibilité de réduction de l'indemnité de précarité⁷¹⁶. En pratique, l'employeur doit mettre en œuvre des mesures concrètes pour répondre à son obligation de formation.

⁷¹² Art 12, ANI 11 janvier 2008, op.cit.

⁷¹³ ROY-LOUSTAUNAU (C.), ibid.

⁷¹⁴ V. Supra Section 2 la sauvegarde du dispositif des conventions de forfait en jours.

⁷¹⁵ Art.L. 1243-9 du Code du travail.

⁷¹⁶ Cass.soc. 11 juillet 2007, n° 06-41.765, note KOBINA GABA (H.), « Réduction de l'indemnité de précarité et formation professionnelle du salarié sous CDD », D. 2007, p. 2582.

586. Il est donc évident que les formules généralistes du texte sur le contenu des accords collectifs prévoyant le principe du recours au contrat de travail à objet défini porte le risque « d'un contentieux récurrent »⁷¹⁷.

587. Par ailleurs, le caractère discutable du régime particulier du CDD à objet défini réside également dans sa durée. L'ordonnance

b. Encadrement discutable de la durée du CDD

588. L'article L.1242-8-2 du Code du travail dispose que le CDD « *est conclu pour une durée minimale de dix-huit mois et une durée maximale de trente-six mois. Il ne peut être renouvelé* », alors même qu'il est d'abord envisagé sous l'angle d'un CDD sans terme précis exclusif de toute durée maximale⁷¹⁸. En réalité, le terme incertain naît de la réalisation du projet qui doit être supérieur ou égal à 18 mois et inférieur ou égal à 36 mois⁷¹⁹. L'article 22 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail n'a pas modifié ces dispositions⁷²⁰.

589. Le terme incertain se situe entre ces deux limites, le cadre ne connaît pas, au moment de la conclusion de son contrat, sa durée réelle. Seule la réalisation qui ne correspondra pas forcément à la durée prévisible inscrite dans le contrat de travail⁷²¹, de l'événement ou du résultat objectif déterminera la fin de la relation contractuelle⁷²².

590. La durée minimale de 18 mois apparaît comme une règle impérative. Il ne s'agit donc pas seulement, comme dans le droit commun des CDD à terme imprécis d'une période de référence nécessaire à l'établissement de certaines règles, notamment pour fixer la durée de la période d'essai⁷²³, ou d'une garantie pour le salarié, car si ce terme survient avant l'expiration du délai minimum, le contrat continue jusqu'à la fin de la durée minimale convenue, mais bien d'un minimum requis pour pouvoir recourir au CDD à objet défini. La sanction en cas de non-

⁷¹⁷ ROY-LOUSTAUNAU (C.), *ibid.*

⁷¹⁸ Art.L.1242-8 du Code du travail.

⁷¹⁹ CAMERLYNCK (G.-H.), « L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de dies incertus », in *Études du droit du travail* offertes à A. Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p. 49.

⁷²⁰ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (JORF n°0223 du 23 septembre 2017) V. notamment numéro spécial sur le projet d'ordonnances réformant le droit du travail, *Lexbase Hebdo éd.soc.* n°712 du 21 septembre 2017 ; LOKIEC (P.), « Vers un nouveau droit du travail » *Receuil Dalloz Sirey* 26 octobre 2017, n°36, p.2109.

⁷²¹ Art. L. 1242-12, 3°, du Code du travail.

⁷²² Art.L. 1242-12, 5°, du Code du travail.

⁷²³ Art.L.1242-7, al. 3, du Code du travail.

respect de cette durée minimum pourrait être la requalification en contrat à durée indéterminée, relevons que l'article L. 1245-1 du Code du travail ne prévoit pas la requalification-sanction dans cette hypothèse⁷²⁴.

591. La durée maximale soulève également la même question, en effet, que se passerait-il si la durée de la réalisation du projet dépassait les 36 mois, le contrat serait-il requalifié ? Ici encore la sanction- requalification prévu à l'article L. 1245-1 du Code du travail ne le prévoit pas.

592. Les textes n'apportent pas de précisions quant aux sanctions lorsque les durées minimales et maximales ne sont pas respectées, en revanche, le législateur exige un formalisme spécifique au CDD à objet défini.

c. Le formalisme spécifique du CDD à objet défini

593. La rédaction du CDD à objet défini suppose de respecter, outre les dispositions classiques de l'article L. 1242-12-1 du Code du travail, un formalisme spécifique incluant :

« 1° la mention « contrat à durée déterminée à objet défini » ;

2° l'intitulé et les références de l'accord collectif qui institue ce contrat

3° une clause descriptive du projet et de la mention de sa durée prévisible ;

4° La définition des tâches pour lesquelles le contrat est conclu ;

5° l'évènement ou le résultat objectif déterminant la fin de la relation contractuelle ;

6° le délai de prévenance de l'arrivée au terme du contrat, et le cas échéant, de la proposition de poursuite de la relation de travail en contrat à durée indéterminée ;

7° une clause mentionnant la possibilité de rupture à la date anniversaire de la conclusion du contrat, par l'une et l'autre partie, pour un motif réel et sérieux et le droit pour le salarié, lorsque cette rupture est à l'initiative de l'employeur, à une indemnité égale à 10% de la rémunération totale brute du salarié »⁷²⁵.

⁷²⁴ Art. L.1245-1 du Code du travail, « est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des articles L 1242-1 à 1242-4, L1242-6 à L .1242-8, L.1242-12, alinéa premier, L.1243-13, L.1244-3 et L.1244-4 ».

⁷²⁵ Art. L.1242-12-1 du Code du travail.

594. L'article L. 1242-12-1 3°,4° et 5° traduit l'exigence selon laquelle les cocontractants se situent dans une démarche de projet, dont il n'est pas toujours facile de connaître à l'avance le délai de réalisation. Pour cette raison, le législateur exige que la description du projet soit précise et caractérisée. Cette description doit également s'accompagner d'une définition des tâches circonscrites qui permettront l'obtention d'un résultat dont la réalisation déterminera la fin du contrat à durée déterminée.

595. L'employeur est donc tenu par un formalisme certain qui marque la volonté de sécuriser la relation contractuelle, et donc le non-respect de ce formalisme pourra conduire le juge à requalifier le CDD à objet défini en contrat à durée indéterminée.

596. S'agissant des sanctions de l'omission des mentions spécifiques, la loi n'évoque pas les sanctions. Il appartiendra donc à la jurisprudence de déterminer les mentions qui relèvent de l'essence même du contrat, des mentions qui n'ont qu'un caractère purement informatif. Selon Madame Danielle CORRIGNAN-CARSIN « *doivent nécessairement être considérées comme essentielles les cinq premières mentions concernant le motif du recours et le projet pour lequel le contrat est conclu ainsi que la durée prévisible : leur absence serait sanctionnée par la requalification du contrat de travail à durée indéterminée. Quant aux deux suivantes, leur omission porte nécessairement un préjudice au salarié qui pourrait alors prétendre à des dommages et intérêts* »⁷²⁶.

597. Ainsi, le caractère hybride du CDD à objet défini résulte des modalités de rupture en empruntant à la fois à la rigueur du CDD, lorsqu'il s'agira de la rupture anticipée et à la souplesse du contrat à durée indéterminé, lorsqu'il s'agira de rompre le contrat de travail après la période de dix-huit mois puis à la date anniversaire de sa conclusion pour un motif réel et sérieux.

2. Les cas de rupture du CDD à objet défini source de difficultés

598. La réalisation du projet constitue donc le terme naturel du CDD à objet défini après un délai de prévenance au moins égal à deux mois⁷²⁷, aucune sanction n'est prévue par le législateur en cas de non-respect de ce délai de prévenance. Est-ce que cette obligation pèse uniquement sur l'employeur ? Ou le cadre doit-il respecter ce délai de prévenance ?

⁷²⁶ CORRIGNAN-CARSIN (D.), « Le contrat de travail à durée déterminée (Contrat de projet) », Rép.trav.Dalloz, septembre 2012, spéc.p.5.

⁷²⁷ Art. L.1243-5 du Code du travail.

599. Le CDD à objet défini demeure encadré par les dispositions applicables à tout CDD, ainsi, sa rupture anticipée est autorisée en cas d'accord entre les parties, de faute grave, de force majeure, d'inaptitude constatée par le médecin du travail⁷²⁸, ou lorsque le salarié justifie de la conclusion d'un CDI⁷²⁹.

600. Mais la nouveauté réside dans la possibilité offerte par l'article L. 1243-1 alinéa 2 du Code du travail de rompre le contrat « *par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, dix-huit mois après sa conclusion puis à la date anniversaire de sa conclusion* ». Le salarié aura droit, si la rupture est à l'initiative de l'employeur, à une indemnité égale à 10% de sa rémunération totale brute⁷³⁰. Cette opération peut « *se révéler être lucrative pour le salarié* »⁷³¹, la question qui se pose en dehors des discussions portant sur le caractère réel et sérieux du motif de la rupture anticipée du CDD à objet défini à l'issue de la période minimale puis à la date anniversaire, sera de savoir si ces minimas pourront être augmentés si la rupture est considérée comme étant sans cause réelle et sérieuse ? Selon Madame Claude ROY-LOUSTAUNAU, « *rien n'est dit sur l'indemnisation en l'absence de motif réel et sérieux : doit-on appliquer le régime du droit du licenciement ou celui d'une indemnité pour préjudice subi ? rien n'est dit sur l'indemnisation en cas de méconnaissance par l'employeur des dispositions relatives à la rupture annuelle : ouvre-t-elle droit à une indemnisation correspondant au préjudice subi par le salarié ou aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat (...), soit jusqu' à la réalisation d'un projet compris entre dix-huit et trente-six mois* »⁷³². Le régime de la rupture du CDD à objet défini apparaît ainsi, marqué par des carences.

601. Mais s'il est possible, s'agissant de l'appréciation du motif réel et sérieux, lorsque l'employeur prendra l'initiative de la rupture, d'appliquer les décisions en matière de licenciement, en revanche, comment se fera l'appréciation du motif réel et sérieux lorsque la rupture sera à l'initiative du salarié ? La question reste posée. En effet, quid de l'indemnisation de l'employeur qui voit son projet abandonné en cours de route par le salarié ?

602. Preuve encore que les cadres font l'objet d'essais avec des dispositifs qui nous obligent à repenser le droit du travail, c'est une des raisons qui explique que le contrat à objet

⁷²⁸ Art.L.1243-1 du Code du travail.

⁷²⁹ Art. L. 1243-2 du Code du travail.

⁷³⁰ Art. L. 1242-12-1, 7° du Code du travail.

⁷³¹ ROY-LOUSTAUNAU (C.), *ibid.*

⁷³² *ibid.*

défini soit si peu lisible et complexe, car nous sommes sur des situations hybrides, le contrat de chantier ou d'opération crée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 en donne une autre illustration⁷³³.

B. Le contrat de chantier ou d'opération

603. Avant l'ordonnance de 2017, le contrat de chantier n'était envisagé par le Code du travail qu'à travers son mode de rupture⁷³⁴. Désormais, il a non seulement vocation à s'étendre à d'autres secteurs mais il est aussi doté d'un encadrement juridique. En outre, si ce dispositif n'est pas réservé aux cadres, il est permis de penser qu'ils seront concernés. En effet, certains secteurs d'activités ont des besoins ponctuels portant sur des problématiques nécessitant compétence et autonomie. Le législateur en décidant d'étendre ce dispositif a décidé afin qu'il puisse s'adapter à chaque secteur d'activité de laisser les partenaires sociaux décider du contenu de l'encadrement de ce dispositif.

604. Ainsi, il s'agira de constater, d'une part, l'ambivalence de ce contrat (1.) et, d'autre part, l'insuffisance de son encadrement juridique (2.).

1. Ambivalence du contrat de chantier ou d'opération

605. Tout comme le contrat à objet défini, le contrat de chantier ou d'opération prend fin à la réalisation d'un résultat mais la ressemblance s'arrête là car le contrat de chantier ou d'opération n'est pas spécifiquement réservé aux cadres et il est délesté des obligations qui entourent le régime juridique du CDD.

606. Le contrat de chantier ou d'opération est un contrat à durée indéterminée dont la fin est programmée. Ainsi, c'est la réalisation de l'objet contractuellement défini qui permettra

⁷³³ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, (JORF n°0223 du 23 septembre 2017), V. DECRISTÉ (C.), « Le contrat de chantier ou d'opération : le grand retour ? », RDT 2017, p.633.

⁷³⁴ Ancien art. L.1236-8 du Code du travail « Le licenciement qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession, n'est pas soumis aux dispositions du chapitre III relatives au licenciement pour motif économique, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif de travail. Ce licenciement est soumis aux dispositions du chapitre II relatives au licenciement pour motif personnel. »

de mettre fin au contrat. Partant, le contrat de chantier dure le temps d'un chantier ou de l'opération⁷³⁵.

607. . L'employeur devra donc être aussi précis que possible dans la description du projet et de son terme afin d'éviter les litiges. Dès lors il est tentant de conditionner la fin du contrat à la réussite du projet. Or, comme le soulignait Monsieur Gérard Couturier, à propos du contrat à objet défini « la réalisation de l'objet n'est pas nécessairement sa réussite : pour que le terme du contrat opère, il n'est pas nécessaire que les objectifs aient été atteints »⁷³⁶.

608. Il est certain que ce point sera source d'un contentieux important ce qui peut apparaître comme étant en contradiction avec l'objet de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 dont l'un des objectifs est la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

609. En ce qui concerne la rupture du contrat de travail de chantier ou d'opération, elle reposera sur une cause réelle et sérieuse une fois le chantier fini ou l'opération réalisée. Les règles de procédure entourant la rupture seront celles du licenciement pour motif personnel (entretien préalable, notification du licenciement, préavis, indemnité de licenciement).

2. L'insuffisance de l'encadrement juridique du contrat de chantier ou d'opération

610. L'article L.1223-8 du Code du travail dispose que « une convention ou un accord collectif de branche étendu fixe les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération ». Ainsi, aux termes de l'article L.1223-9 du Code du travail « La convention ou l'accord collectif prévu à l'article L. 1223-1 fixe :

- 1° La taille des entreprises concernées ;
- 2° Les activités concernées ;
- 3° Les mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat ;

⁷³⁵ Nouvel article L.1236- 8 du Code du travail, « La rupture du contrat de chantier ou d'opération qui intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée repose sur une cause réelle et sérieuse Cette rupture est soumise aux dispositions des articles L. 1232-2 à L. 1232-6, du chapitre IV, de la section 1 du chapitre V et du chapitre VIII du présent titre. »

⁷³⁶ COUTURIER (G.), « le contrat de projet », Dr.soc. 2008, p.300.

4° Les contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement accordées aux salariés ;

5° Les garanties en termes de formation pour les salariés concernés ;

6° Les modalités adaptées de rupture de ce contrat dans l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser ou se termine de manière anticipée.

A défaut d'un tel accord, ce contrat peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1er janvier 2017. »

611. Il ressort du texte que l'encadrement du contrat de chantier ou d'opération est laissé aux partenaires sociaux. Ainsi, l'avenir de ce nouveau contrat dépendra essentiellement des partenaires sociaux et des règles fixées par eux.

612. Aucun encadrement minimal n'est proposé par le législateur. En réalité ce CDI spécial apparaît comme étant une alternative au statut de travailleur indépendant pour certains professionnels dotés de compétences importantes. D'ailleurs c'est une des raisons qui explique que ce contrat concerne les opérations et non plus seulement les chantiers.

613. Une autre forme de travail atypique vient bousculer le modèle traditionnel du salariat, en l'occurrence le portage salarial.

IV. Le portage salarial, un dispositif controversé

614. Le portage salarial a été créé en 1985 par un ingénieur, d'abord confidentiel, destiné aux cadres très supérieurs ou aux dirigeants seniors⁷³⁷. Il a connu un essor significatif dans les années quatre-vingt-dix, il a suscité un certain nombre de crainte du législateur, en témoigne la construction juridique de ce dispositif, mais pas seulement. Certains auteurs ont estimé que la frontière entre travail indépendant et travail dépendant était en jeu⁷³⁸, suscitant un débat doctrinal assez vif. Ainsi, Jean-Jacques DUPEYROUX estimait dans son article « *Le roi*

⁷³⁷ COSTA (P.), HANET (D.), MARCHIKA (C.), MENGER (P.-M.), « Travailler par mission qui et comment ? Le cas du portage », Dr.soc. 2007, p.46.

⁷³⁸ CASAUX-LABRUNÉE (L.), « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », Dr.soc. 2007, p.58.

est nu », que les entreprises de portage devaient se retrouver en correctionnelle, et Monsieur Patrick MORVAN de répondre « *avant que cette population active et ses employeurs ne finissent dans une geôle, coupable d'un crime assez durement réprimé en France (travailler), qu'il soit permis de faire retentir un son de cloche dissonant : un éloge du portage salarial* »⁷³⁹.

615. Face à cette défiance, pendant longtemps, le portage salarial s'est développé en dehors de tout cadre juridique, car il répondait à un véritable besoin. Les créateurs de ces structures partaient du constat que d'une part certaines entreprises pouvaient avoir un besoin ponctuel de main-d'œuvre expérimentée et qualifiée dans un domaine d'expertise et donc hésitaient à proposer un contrat de travail. D'autre part, certains travailleurs étaient en capacité de répondre à ce besoin sans vouloir être travailleur indépendant. Ainsi, le portage salarial est « *une technique d'organisation de l'emploi permettant à un professionnel autonome, par le biais d'une structure intermédiaire, d'effectuer des prestations de travail auprès de clients qu'il a lui-même démarchés, sous statut de salarié plutôt que sous statut de travailleur indépendant* »⁷⁴⁰. Pour Monsieur Jean-Jacques DUPEYROUX, le recours à une entreprise de portage est suscité à des fins précises « *essentiellement pouvoir revendiquer un statut de salarié permettant de bénéficier des prestations du régime général de la Sécurité sociale et de l'assurance chômage, prestations auxquelles un statut de non-salarié n'ouvrirait pas vocation, en application de dispositions d'ordre public reposant sur un partage entre ces deux types d'activité* ». L'enjeu juridique est ici, mais la flexibilité justifie-t-elle de tordre les concepts fondateurs du droit du travail, à savoir l'existence ou non d'un lien de subordination qui justifierait la protection de ce droit et plus largement du droit social ? Toujours selon le même auteur, « *l'entreprise de portage étant rémunérée pour jouer le rôle d'un employeur, rôle de composition, par hypothèse, le moins que l'on puisse attendre c'est qu'elle le joue et elle le fait en respectant les exigences du droit du travail. Mais l'application ne saurait trouver en elle-même sa justification : la question n'est pas de savoir s'il y a application, mais s'il doit y avoir application* »⁷⁴¹.

616. Ce dispositif construit par et pour les cadres a, dans un premier temps, été réservé à ces derniers, aujourd'hui avec l'ordonnance du 2 avril 2015⁷⁴², ratifié par la loi

⁷³⁹ MORVAN (P.), « Éloge juridique et épistémologique du portage salarial », Dr.soc. 2007, p. 607.

⁷⁴⁰ CASAUX-LABRUNÉE (L.), *ibid.*

⁷⁴¹ DUPEYROUX (J.-J.), « Le roi est nu », Dr.soc. 2007, p. 81.

⁷⁴² Ordonnance n°2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial (JORF n°79 du 3 avril 2015, p. 6182), BROUSSOLLE (Y.), « Les principales dispositions de l'ordonnance du 2 avril 2015 relative au portage salarial », LPA 2015, n°122, p.4 ; note CALVAYRAC (D.) et KANTOROWSICZ (B.), « Le portage salarial : un mode

« Travail » du 8 août 2016⁷⁴³, ce n'est plus le cas. Pourtant, même si les cadres ne sont plus explicitement visés par le législateur, on peut supposer, au regard des critères utilisés à l'article L.1254-2, I que les cadres sont en premier lieu concernés par ce dispositif.

617. En effet, les caractéristiques des portés nous font penser aux critères de définition du cadre, mais le rapport de l'IGAS et la décision du Conseil constitutionnel ont conduit le législateur à ne plus faire référence expressément à la notion de cadre, désormais, l'article L.1254-2-I du Code du travail, exige que le salarié « *justifie d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix* ».

618. Le portage salarial apparaît comme un dispositif controversé, car d'une part sa consécration fut laborieuse (A.) et d'autre part, il est marqué par son caractère inédit (B.).

A. La consécration du portage salarial

619. « *La laborieuse légalisation d'une pratique frauduleuse* », en effet, « *le travailleur indépendant est ainsi présenté faussement sous les couleurs du salariat qui était logiquement présenté comme une fraude aux assurances sociales* »⁷⁴⁴. Cette forme de travail atypique nous rappelle les opérations de mise à disposition de personnel telles que le travail temporaire. Pourtant, le portage salarial se différencie de ces opérations sur des points essentiels notamment s'agissant de l'obligation pour le futur salarié porté de rechercher ses clients. Ainsi, l'employeur n'a plus à fournir du travail au salarié, ce qui met à mal les critères de définition du contrat de travail et qui explique l'insécurité juridique qui a entouré la mise en

d'organisation du travail enfin sécurisé », SSL 2015, n°1673, p 2 ; étude, CARRIÉ (L.), « Le portage salarial définitivement sécurisé », JCP S 2015, 1176 ; note, CHAUMET (B.), « Portage salarial et zones d'ombres : l'ordonnance du 2 avril 2015 va-t-elle enfin éclaircir ce mécanisme ? », Lexbase Hebdo, éd. soc., n°609 du 16 avril 2015 ; ENJOLRAS (L.) « Le portage salarial ne soit-il pas de l'ambiguïté qu'à ses dépens ? (A propos de l'ordonnance du 2 avril 2015), Rev ; Lamy droit des aff. 2015, n°107, p.37 ; KANTOROWSICZ (B.), « Le portage salarial, un dispositif régulièrement encadré » JCP S 2016, n°37, p 27, études WILLMANN (C.), « Le portage salarial, ce mal aimé », Dr.soc. 2015, n°5, p. 416.

⁷⁴³ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°184 du 9 août 2016), V. numéro spécial sur la loi « Travail », Lexbase Hebdo éd.soc.n°666 du 1^{er} septembre 2016 ; Etude de « la loi du 8 août 2016 volet durée du travail et congés », JCP S n°35, septembre 2016.

⁷⁴⁴ AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 30^{ème} éd., 2016, § 310, p.347.

place du dispositif du portage salarial, Monsieur Christophe WILLMANN parlant « *d'un régime juridique arc-en-ciel : législatif, réglementaire, conventionnel* »⁷⁴⁵.

620. L'ordonnance du 2 avril 2015 est intervenue en application de la loi d'habilitation du 20 décembre 2014⁷⁴⁶, le législateur prenant acte de la décision du Conseil constitutionnel du 11 avril 2014, qui avait jugé la loi du 25 juin 2008⁷⁴⁷ donnant délégation aux partenaires sociaux pour encadrer le dispositif du portage salarial, comme étant trop général et contraire à l'article 34 de la Constitution, lequel impose au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail⁷⁴⁸. L'ordonnance du 2 avril 2015 a été ratifiée par la loi « Travail » du 8 août 2016 qui par ailleurs a complété le dispositif aux articles L.1255-14 et suivants du Code du travail. Désormais, des sanctions pénales sont mises en place.

621. Ainsi, au départ la loi du 25 juin 2008 avait confié aux partenaires sociaux le soin de fixer par accord collectif, le régime juridique du portage salarial. En abrogeant cette disposition, le Conseil constitutionnel a donc remis en cause l'accord du 24 juin 2010 que les partenaires sociaux avaient conclu en application de la loi portant modernisation du marché du travail et qui avait fait l'objet d'un arrêté d'extension⁷⁴⁹ rendant obligatoire pour tous les employeurs et tous les salariés contenus dans son champ d'application, y compris les entreprises qui ne sont pas adhérentes à l'une des organisations signataires.

622. Avant cette loi autorisant les partenaires sociaux à construire le régime juridique du portage salarial, un accord relatif au portage salarial du 15 novembre 2007 avait été signé. Cet accord visait les entreprises adhérentes du CICF-SNEPS⁷⁵⁰, il s'agissait du syndicat national des entreprises de portage dont les activités entrent dans le champ d'application de la convention nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des

⁷⁴⁵ WILLMANN (C.), « Le portage salarial, ce mal aimé », *Dr.soc.* 2015, n°5, p. 416.

⁷⁴⁶ Loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014, relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives (JORF n°295 du 21 décembre 2014, p.21647), note WILLMANN (C.), « Simplifier la vie des entreprises (et celle des juristes) », *Lexbase Hebdo*, éd.soc. n°598 du 22 janvier 2015.

⁷⁴⁷ Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, (JORF n°148 du 26 juin 2008, p. 10224), *op.cit.*

⁷⁴⁸ Cons.const. 11 avril 2014, n°2014-388 QPC, note RADÉ (C.), « Le législateur pris en flagrant délit d'incompétence », *Lexbase Hebdo*, éd.soc. n°568 du 1^{er} mai 2014.

⁷⁴⁹ Les dispositions de l'accord national professionnel du 24 juin 2010 relatives à l'activité de portage salarial ont été étendues par un arrêté du 24 mai 2013 (JORF n°131 du 8 juin 2013, p. 9590), note FABRE (A.), « Le portage au milieu du gué ? » *SSL* 2010, n°1435-1436, p.11 ; note FABRE (A.), « Accord sur le portage salarial : la fin des incertitudes ? *SSL* 2010, n°1454, p. 2 ; MORVAN (P.), « Heurs et malheurs jurisprudentiels du portage salarial », *JCP S* 2010, 1147 ; MOULY (J.), « Portage salarial : une validation en trompe l'œil », *D.2010*, p. 799.

⁷⁵⁰ Chambre de l'Ingénierie du Conseil de France-Syndicat National des Entreprises de Portage Salarial

sociétés de conseils du 15 décembre 1987⁷⁵¹. Mais il ne concernait que les entreprises adhérentes au SNEPS, en réalité le portage ne visait que les cadres. Cet accord très complet qui portait sur tous les aspects du portage prévoyait notamment que l'entreprise de portage accompagne et encadre scrupuleusement ses consultants, tout en préservant leur autonomie dont ils disposent, le processus de recrutement, le personnel des sociétés de portage avec notamment le contrat de travail du porté, sa rémunération, ses congés payés... Cet accord n'a pourtant été consacré ni par les partenaires sociaux, ni avec l'ANI du 11 janvier 2008, ni par le législateur puisque la loi du 25 juin 2008 avait confié aux partenaires sociaux de la branche du travail temporaire le soin de négocier un accord fixant le régime du portage salarial.

623. À l'origine, l'ANI du 11 janvier 2008 avait défini dans son article 19 le portage salarial,⁷⁵² définition qui a ensuite été reprise par le législateur avec la loi du 25 juin 2008 à l'article L.1251-64 du Code du travail, mais elle ne comportait aucune disposition fixant le régime du portage salarial⁷⁵³. Les partenaires sociaux ont pris acte dans l'ANI du 11 janvier 2008 de l'existence du portage salarial dans le but de sécuriser la situation des portés, mais dans une perspective de transition professionnelle, ainsi l'article 19 dispose que le portage « [...] répond cependant à un besoin social, dans la mesure où [il] permet le retour à l'emploi, notamment des séniors ».

624. L'IGAS⁷⁵⁴, en 2011 avait émis un avis négatif⁷⁵⁵. Ainsi, le rapport conclut à l'impossibilité d'étendre l'accord du 24 juin 2010 en raison notamment du périmètre d'application juridique de l'accord réservant cette activité aux cadres, le rapport reprenant la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur l'application du principe d'égalité de traitement aux cadres. En effet, en vertu de cette jurisprudence, la seule catégorie professionnelle ne peut justifier une différence de traitement entre des salariés. Or, aujourd'hui

⁷⁵¹ WILLMAN (C.), « Statut du salarié « porté » : la Cour de cassation plus audacieuse que le législateur », Lexbase Hebdo, éd.soc., n°384 du 25 février 2010.

⁷⁵² AUZERO (G.), « commentaire des articles 1,9 et 19 de l'accord sur la modernisation du marché du travail : contrat de travail, GPEC et sécurisation du portage salarial », Lexbase Hebdo, ed.soc., n°289 du 24 janvier 2008.

⁷⁵³ La loi du 25 juin 2008 a consacré à l'article L.1251-54 du Code du travail la définition du portage salarial : « le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée, le régime du salariat et de la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport clientèle ».

⁷⁵⁴ Inspection générale des affaires sociales.

⁷⁵⁵ Rapport IGAS établi par LENOIR (C.) et SCHECHETER (F.), *L'avenir et les voies de la régulation du portage salarial*, éd. La documentation française, octobre 2011, LENOIR (C.) et SCHECHETER (F.), « Le portage salarial doit sortir de ses ambiguïtés », Dr.soc. 2012, p771 ; LEDERLIN (E.), « Portage salarial : où en sommes-nous vraiment ?.. », JCP S 2013, 1333.

cet argument ne tient plus avec le revirement opéré par la chambre sociale le 27 janvier 2015⁷⁵⁶. De plus, le rapport avait conclu que l'accord était incomplet, car il n'envisageait pas l'ensemble des relations contractuelles, en se focalisant uniquement sur le droit du travail, il n'a pas pris en compte les interactions entre droit civil, droit commercial et droit du travail. Ainsi, les dispositions ne sont pas conformes à la lettre de mission qui fixait comme objectif d'apporter des garanties aux salariés et aux entreprises. Enfin, de conclure que les partenaires sociaux avaient outrepassé leur mandat en subordonnant l'application de l'accord à plusieurs modifications législatives. Si le gouvernement avait suivi les préconisations de l'IGAS et refusé l'extension, le 23 mai 2013 une sous-commission de la Commission nationale de la négociation collective a accepté le principe de l'extension du texte⁷⁵⁷.

625. Par décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014⁷⁵⁸, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 8, §III, de la loi du 25 juin 2008, par un grief soulevé d'office. L'article a été jugé contraire à la Constitution en ce qu'il confiait à la convention collective le soin de fixer des règles qui relèvent en réalité de la loi. En effet, l'article 34 de la Constitution confie à la loi et uniquement à la loi, le soin de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et des obligations civiles et commerciales. Confier aux partenaires sociaux, la mission d'organiser le portage salarial, sans fixer lui-même les principes essentiels de ce régime juridique, le législateur a donc méconnu sa compétence dans les conditions qui affectent la liberté d'entreprendre et les droits collectifs des travailleurs. *« Échafaudé sur une base constitutionnelle incertaine, le château de cartes imaginé par les partenaires sociaux sous la pression des acteurs du portage s'est alors effondré »*⁷⁵⁹.

626. En attendant, l'UNEDIC avait décidé fin 2014, dans l'attente de l'intervention du législateur pour prendre des mesures dérogatoires afin de dispenser les demandeurs d'emploi qui exerçaient leur activité professionnelle en portage salarial dans les conditions prévues par l'accord du 24 juin 2010 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2014, d'apporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail⁷⁶⁰. Notons qu'avant cette circulaire, un certain

⁷⁵⁶ Cass.soc. 27 janvier 2015, cinq arrêts n°13-22.179 ; n°13-25.437 ; 13-14.773 ; 13-23.818 ; 14-13.569, obs. RADÉ (C.), Lexbase Hebdo éd.soc. n°600 du 5 février 2015 ; Études DANIEL (J.) « Différences de traitement entre catégories professionnelles : la justification n'évite pas le soupçon » *JCP S*, n°7-8, 2015, 1054.

⁷⁵⁷ WILLMANN (C.) « Le portage salarial, ce mal-aimé », *Dr.soc.* 2015, n°5, p.416.

⁷⁵⁸ Cons.const. 11 avril 2014, n°2014-388 QPC, note RADÉ (C.), « Le législateur pris en flagrant délit d'incompétence », *ibid.*

⁷⁵⁹ CASAUX-LABRUNÉE (L.), « Portage salarial et contrat de travail : la vigilance des juges... en attendant la loi », note ss Cass.soc. 4 février 2015, n°13-25.627, Lexbase Hebdo, éd.soc. n°603 du 5 mars 2015.

⁷⁶⁰ Cir.Unédic n°2014-31 du 22 décembre 2014, *JCP S* 2015, Actu.11.

nombre d'agences de Pôle emploi avaient contesté l'existence d'un contrat de travail. En revanche, la Cour de cassation considérait que « *dès lors qu'un travailleur porté est lié par contrat de travail à une société de portage et que celle-ci entre dans le champ d'application du régime d'assurance chômage, les périodes de travail réalisées en portage salarial qui ont donné lieu à paiement de cotisations d'assurance chômage, ouvre à ce dernier le bénéfice du régime d'assurance chômage* »⁷⁶¹. Madame Lise CASAUX-LABRUNÉE critique cette solution estimant que les juges de la Cour de cassation « *se laissent abuser par le jeu des apparences et des artifices qui constituent la réalité de nombre de pratiques de portage salarial* »⁷⁶².

627. La loi du 20 décembre 2014 a autorisé le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance pour encadrer le portage salarial, en déterminant les conditions essentielles de son exercice et les principes applicables à la personne « portée », à l'entreprise de portage et à l'entreprise cliente. Le vide juridique créé par la décision du Conseil constitutionnel a obligé le législateur à légiférer, ainsi, le gouvernement devait dans l'ordonnance définir les conditions d'exercice de l'activité d'entreprise de portage salarial et les conditions de recours au portage salarial, incluant les différents types de contrats de travail, leurs caractéristiques, les conditions d'emploi et de travail des salariés portés et l'indication des garanties qui leur sont applicables. Désormais, le portage salarial figure à la section I du chapitre IV « Portage salarial » situé dans le livre II de la première partie du Code du travail consacré aux « Contrats de travail temporaires et autres contrats de mise à disposition », le régime juridique est donc fixé.

B. Un régime juridique spécifique inédit

628. L'article L.1254-1 du Code du travail dispose que « *le portage salarial désigne l'ensemble organisé constitué par :*

1° d'une part, la relation entre une entreprise dénommée « entreprise de portage salarial » effectuant une prestation au profit d'une entreprise cliente, qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial ;

⁷⁶¹ Cass.soc. 30 mai 2012, n°11-12.274, note CASAUX-LABRUNÉE, « Portage salarial, contrat de travail et assurance chômage : des liaisons dangereuses », Lexbase Hebdo, éd.soc. n°491 du 28 juin 2012.

⁷⁶² CASAUX-LABRUNÉE (L.), *ibid.*

2° d'autre part, le contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage salarial et un salarié désigné comme étant le « salarié porté », lequel est rémunéré par cette entreprise ».

629. Le portage salarial se rapproche du travail temporaire qui a pour objet la mise à disposition provisoire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission qui donne lieu à la conclusion d'un contrat de travail entre le salarié temporaire et son employeur. Ainsi, l'entreprise de travail temporaire⁷⁶³, mais également de travail à temps partagé pour objet la mise à disposition d'un salarié par une entreprise de travail à temps partagé au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission. Cette opération donne lieu à la conclusion d'un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail à temps partagé et le client utilisateur ainsi que d'un contrat de travail entre le salarié et l'entreprise de travail à temps partagé⁷⁶⁴. Si en apparence, il existe une situation de voisinage, le portage salarial est spécifique, car c'est au salarié porté de rechercher ses clients. Alors que, lorsqu'il s'agit de la mise à disposition, c'est l'entreprise qui recherche le client et non le futur travailleur intérimaire ou travailleur à temps partagé. Il s'agit pour le porté d'une condition essentielle de son contrat de travail avec l'entreprise de portage. C'est une des raisons qui explique que le portage ait été conçu à l'origine pour les cadres disposant d'un réseau et d'un carnet d'adresses, mais surtout comme le souligne désormais le texte, le porté doit justifier d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permette de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des modalités d'exécution de sa prestation et de son prix⁷⁶⁵. Le salarié porté doit bénéficier d'un bon niveau de rémunération ainsi, l'article L.1254-2, II du Code du travail dispose que « *le salarié porté bénéficie d'une rémunération minimale définie par accord de branche étendu. À défaut d'accord de branche étendu, le montant de la rémunération mensuelle minimale est fixé à 75 % de la valeur mensuelle du plafond de la sécurité sociale prévu à l'article L.241-3 du Code de la sécurité sociale pour une activité équivalant à un temps plein* ». Le texte renvoie à un accord de branche, en principe il ne s'agira pas de l'accord du 24 juin 2010, privé d'effet juridique depuis la décision du Conseil constitutionnel mais de l'accord du 22 mars 2017 étendu par l'arrêté du

⁷⁶³ Art. L.1251-1 du Code du travail.

⁷⁶⁴ Art. L.1252-1 du Code du travail.

⁷⁶⁵ Art. L1254-2 du Code du travail.

28 avril 2017 publié le 30 avril 2017⁷⁶⁶. En plus de la rémunération mensuelle⁷⁶⁷, le salarié porté bénéficie d'une indemnité d'apport d'affaires qui s'élève à 5% de la rémunération due au salarié porté⁷⁶⁸.

630. Cette rémunération mensuelle est susceptible de diminuer dans le cas où le salarié porté est à temps partiel. Mais surtout, la rémunération dépendra des clients que le salarié aura démarchés. Ce qui marque une grande précarité puisque d'un mois sur l'autre le niveau de la rémunération pourra être variable. La Cour de cassation, avant l'ordonnance de 2015⁷⁶⁹, a toujours été hostile au principe que le salarié porté doit prospecter les clients. Ainsi, en 2010, elle a pu affirmer que la charte de collaboration signée par le porté qui prévoyait que le collaborateur recherchait ses missions et les exécutait dans le respect des règles en vigueur dans son domaine d'activité, le respect de cette clause étant essentielle pour la société de portage, le non-respect de cette clause pouvant être constitutive d'un licenciement, était invalide dans la mesure où le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié⁷⁷⁰.

631. Depuis 2010 ce type de clause ne doit plus figurer dans le contrat de travail du salarié porté, si l'ordonnance prévoit que la société de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté, elle passe sous silence les conséquences pour le salarié porté, pourra-t-il être licencié pour ce motif ? À partir de quel moment la société de portage pourra-t-elle rompre le contrat de travail ? Questions auxquelles l'ordonnance n'apporte pas de réponse. En revanche la convention collective de branche des salariés portés du 23 mars 2017 dans son article 22.3 dispose que « l'employeur pourra engagé une procédure de licenciement si au terme d'une période de un mois de prospection , le salarié porté n'a pas conclu de nouvelle prestation et demeure sans activité »⁷⁷¹. Ainsi la convention de branche fixe le principe selon lequel l'employeur n'est pas tenu de fournir du travail.

632. Autre élément qui précarise la situation du porté, le mécanisme qui consiste à déduire du prix de la prestation les charges sociales patronales. Celui-ci a suscité des réticences,

⁷⁶⁶ Arrêté du 28 avril 2017 portant extension de la convention collective de branche des salariés en portage salarial (JORF n°0102 du 30 avril 2017).

⁷⁶⁷ Art. L.1254-2 du Code du travail.

⁷⁶⁸ Art. L.1254-9 du Code du travail.

⁷⁶⁹ Ordonnance n°2015-380 du 2 avril 2015, op.cit. p.240.

⁷⁷⁰ Cass.soc. 17 février 2010, n°08-45.298, note MOULY (J.), D. 2010, p.799 ; obs. CORTOT (J.), ibid, p. 576 ; PÉLISSIER (J.) RDT 2010 p. 292.

⁷⁷¹ Convention collective de branche des salariés en portage salarial du 22 mars 2017, IDCC 3219.

car elle est symptomatique de la situation hybride du salarié porté. L'IGAS a critiqué ce mécanisme comme étant contraire à la convention OIT n° 181 sur les agences d'emploi privées, interdisant de mettre à la charge des travailleurs des honoraires ou autres frais⁷⁷². Pourtant, les partenaires sociaux ont validé ce mécanisme, par lequel la société de portage peut faire des déductions à pratiquer sur le prix de la prestation négocié entre le porté et l'entreprise cliente. En revanche, la Cour de cassation est hostile à ce mécanisme⁷⁷³.

633. La mission du porté n'est pas définie par l'ordonnance de 2015 qui peut porter sur toute activité de conseil et d'expertise dans des domaines juridiques comptables marketing, en revanche elle a repris l'interdiction prévue par l'accord de juin 2010 à savoir la prestation de service à la personne.

634. Un des sujets sensibles du portage salarial est la qualification du contrat de travail, l'ordonnance du 2 avril 2015 a fixé le régime du CDD du salarié porté, en s'inspirant largement de l'accord du 24 juin 2010. Pourtant, le ministre avait exclu de l'arrêté d'extension le point 2.1.1.1 de l'article 2 de l'accord du 24 juin 2010 qui introduisait un cas de recours *sui generis* au CDD⁷⁷⁴. Mais l'ordonnance a repris la disposition de l'accord de 2010, à l'article L.1254.10 du Code du travail⁷⁷⁵.

635. Sur la durée du CDD, soit il est à terme précis, et la durée maximale est de 18 mois, renouvellement inclus, soit il est à terme imprécis et la durée du CDD est celle de la réalisation de la prestation dans la limite de 18 mois⁷⁷⁶. Alors que, dans l'ANI du 11 janvier 2008, les partenaires sociaux avaient prévu que le contrat de portage ne pouvait excéder trois ans.

636. S'agissant des missions, l'ordonnance a repris les dispositions prises par les partenaires sociaux avec la nécessité de mentionner dans le contrat « contrat de travail en portage salarial à durée déterminée »⁷⁷⁷. Mais l'ordonnance est plus exigeante sur les indications devant figurer dans le CDD⁷⁷⁸ portant sur la relation entre l'entreprise de portage

⁷⁷² Rapport IGAS établi par LENOIR (C.) et SCHECHETER (F.), *L'avenir et les voies de la régulation du portage salarial*, éd. La documentation française, octobre 2011, spéc. p.25.

⁷⁷³ Cass.soc. 17 février 2010, n°08-45.298, préc.

⁷⁷⁴ Arrêté du 24 mai 2013, préc.

⁷⁷⁵ Art. L.1254-10 du Code du travail.

⁷⁷⁶ Art. L.1254-11 et L.1254-12 du Code du travail

⁷⁷⁷ Art. L.1254-14 du Code du travail.

⁷⁷⁸ Art. L.1254-15 du Code du travail : « Le contrat de travail comporte notamment les clauses et mentions suivantes :

1° Clauses et mentions relatives à la relation entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté :

salarial et le salarié porté ou des clauses ou mentions relatives à la réalisation de la prestation de service de portage salarial.

637. Le pouvoir réglementaire exige que le contrat à durée indéterminée soit écrit et porte la mention « *contrat de travail en portage salarial à durée indéterminée* »⁷⁷⁹, comme pour le CDD, le CDI doit comporter des mentions obligatoires⁷⁸⁰. Le droit commun du CDI s'applique au salarié porté et notamment le droit du licenciement. L'article L.1254-8 du Code du travail dispose que « *la seule rupture du contrat commercial de prestation de portage salarial n'entraîne pas la rupture du contrat de travail du salarié. L'entreprise de portage salarial est redevable de la rémunération due au salarié porté correspondant à la prestation*

-
- a) La date du terme et, le cas échéant, une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis ;
 - b) Les modalités de calcul et de versement de la rémunération, de l'indemnité d'apport d'affaire, des charges sociales et fiscales, des frais de gestion et, le cas échéant, des frais professionnels ;
 - c) S'il y a lieu, les modalités de déduction des frais professionnels ;
 - d) Le descriptif des compétences, des qualifications et des domaines d'expertise du salarié porté ;
 - e) La durée de la période d'essai éventuellement prévue ;
 - f) Les modalités d'acquisition, de prise et de paiement des congés payés conformément aux dispositions des articles L.3141-1 et suivants ;
 - g) Les nom et adresse de la caisse de retraite complémentaire ainsi que, le cas échéant, ceux de l'organisme de prévoyance dont relève l'entreprise de portage salarial ;
 - h) La périodicité de l'établissement par le salarié porté de comptes rendus d'activité ;
 - i) L'identité du garant financier de l'entreprise de portage salarial ;
- 2° Clauses et mentions relatives à la réalisation de la prestation de service de portage salarial :
- a) L'identité et l'adresse de l'entreprise cliente ;
 - b) Le descriptif de l'objet de la prestation et ses conditions d'exécution par le salarié porté ;
 - c) La durée de la prestation ;
 - d) Le cas échéant, la durée minimale de la prestation et la nature de l'événement ou du résultat objectif déterminant la fin de la relation contractuelle, lorsque le terme est incertain et lié à la réalisation de la prestation ;
 - e) Le prix de la prestation convenu entre le salarié porté et l'entreprise cliente comprenant notamment le montant de la rémunération, de l'indemnité d'apport d'affaire, des prélèvements sociaux et fiscaux, des frais de gestion et le cas échéant des frais professionnels ;
 - f) La responsabilité de l'entreprise cliente relative aux conditions d'exécution du travail du salarié porté, en particulier les questions liées à sa santé, à sa sécurité et à la durée du travail, pendant l'exécution de sa prestation dans ses locaux ou sur son site de travail ;
 - g) S'il y a lieu, la nature des équipements de protection individuelle mis à disposition par l'entreprise cliente ;
 - h) L'identité de l'assureur et le numéro d'assurance garantissant la responsabilité civile souscrite pour le compte du salarié porté pour les dommages provoqués dans l'entreprise cliente pendant l'exécution de la prestation ».

⁷⁷⁹ Art. L.1254-20 du Code du travail.

⁷⁸⁰ Art. L.1254-21 du Code du travail « *I.-Le contrat de travail comporte les clauses et mentions relatives à la relation entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté : 1° Les modalités de calcul et de versement de la rémunération due au salarié porté pour la réalisation de la prestation, de l'indemnité d'apport d'affaire, des prélèvements sociaux et fiscaux, des frais de gestion et, le cas échéant, des frais professionnels ; ces modalités sont appliquées au prix de chaque prestation convenu entre le salarié porté et l'entreprise cliente mentionné au 5° de l'article L.1254-23 ; 2° S'il y a lieu, les modalités de déduction des frais professionnels ; 3° Le descriptif des compétences, des qualifications et des domaines d'expertise du salarié porté ; 4° Les modalités d'acquisition, de prise et de paiement des congés payés déterminés en fonction de la prestation réalisée conformément aux dispositions des articles L.3141-1 et suivants ; 5° La durée de la période d'essai éventuellement prévue ; 6° Les nom et adresse de la caisse de retraite complémentaire ainsi que, le cas échéant, ceux de l'organisme de prévoyance dont relève l'entreprise de portage salarial ; 7° La périodicité de l'établissement par le salarié porté de comptes rendus d'activité ; 8° L'identité du garant financier de l'entreprise de portage salarial.*

II.-Les périodes sans prestation à une entreprise cliente ne sont pas rémunérées ».

réalisée dans les conditions prévues aux articles L.1254-15 et L.1254-21 ». Il semble possible que la perte d'un client puisse dans certains cas être constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

638. L'ancienneté du salarié porté est calculée en totalisant les périodes pendant lesquelles il a effectué des prestations de portage salarial dans le cadre de contrats de travail conclus avec l'entreprise de portage.

639. Il bénéficie de la participation au résultat de l'entreprise qui compte au moins 50 salariés⁷⁸¹, des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale⁷⁸².

640. La loi n°2008-596 portant sur la modernisation du marché du travail⁷⁸³ avait légalisé l'activité des entreprises de portage en écartant l'incrimination prohibant toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre⁷⁸⁴. Le portage échappe également avec l'ordonnance de 2015 à la qualification de délit de marchandage.

641. L'ordonnance définit la société de portage comme l'entreprise effectuant une prestation au profit d'une entreprise cliente, donnant lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial⁷⁸⁵.

642. Le contrat de prestation de portage est un contrat commercial conclu entre l'entreprise de portage et l'entreprise cliente. Ce contrat est un contrat nécessairement écrit, il doit comprendre un certain nombre de mentions obligatoires dont la définition de la prestation, l'identité du salarié porté et le terme de cette prestation. Il s'agit nécessairement d'un contrat à durée déterminée, sa durée ne peut excéder 36 mois, un exemplaire est transmis au salarié porté⁷⁸⁶.

643. L'article L.1254-3 du Code du travail limite le cas de recours au portage salarial. Ainsi, l'entreprise cliente ne peut recourir au portage que pour « une tâche occasionnelle ne relevant pas de son activité normale et permanente ou pour une prestation ponctuelle nécessitant une expertise dont elle ne dispose pas ».

⁷⁸¹ Art. L.3312-2 du Code du travail.

⁷⁸² Art. L.3322-1 du Code du travail.

⁷⁸³ Loi n°2008-596 portant sur la modernisation du marché du travail, (JORF n°0148 du 26 juin 2008 p. 10224)

⁷⁸⁴ Art. L. 8241-1 du Code du travail, V. notamment TAQUET (F.) « La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail », JCP G 2008 n°28 p.5 ; WILLMAN (C.), « Article 8 de la loi portant modernisation du marché du travail : consécration légale du portage salarial », Lexbase Hebdo éd.soc. n°312 du 10 juillet 2012 ;

⁷⁸⁵ Art. L.1254-1 du Code du travail.

⁷⁸⁶ Art. L.1254-22 du Code du travail.

644. En pratique, le type de travail demandé est clairement distinct de celui habituellement exécuté par des salariés de l'entreprise. Ainsi, le portage ne saurait être utilisé pour effectuer certains travaux particulièrement dangereux⁷⁸⁷. Mais surtout, lorsque le salarié porté qui aura lui-même démarché l'entreprise cliente pourra poursuivre cette dernière en demandant la requalification de son CDD en CDI, car sa prestation portera sur une activité habituelle et permanente, situation incongrue qui révèle les paradoxes du portage salarial.

645. Il existe une autre forme de travail atypique qui concerne particulièrement les cadres et le travail à temps partagé. Si le droit du travail n'a pas spécifiquement réservé ce dispositif au cadre, il s'agira pourtant de mettre à disposition du personnel qualifié, certes, sans préciser ce qu'il convient d'entendre par cette qualité. Mais pour Monsieur Pierre-Yves VERKINDT « *selon les (très brefs) débats parlementaires seraient concernés les ingénieurs, les spécialistes des ressources humaines ou du marketing* »⁷⁸⁸.

646. Il est évident que le portage salarial, innovation apportée par les cadres, est marqué par ces carences, une autre forme de travail apporté également par les cadres vient flexibiliser le droit du travail.

III. Le travail à temps partagé

647. La première référence explicite au temps partagé remonte à la fin des années 1980. Avec la montée du chômage, un groupe de cadres créait à Lyon une association dénommée « Compétences en temps partagé », dont l'objectif était la mise en relation d'entreprises, en principe de petite taille, recherchant des compétences spécialisées à temps partiel et des ingénieurs ou cadres prêts à se partager entre plusieurs employeurs⁷⁸⁹. Le travail à temps partagé n'a été introduit dans le Code du travail qu'en 2005 par une loi du 2 août⁷⁹⁰. Ainsi l'article L.1252-1 du Code du travail dispose que « *le recours au travail à temps partagé a pour objet la mise à disposition d'un salarié par une entreprise à temps partagé au bénéfice*

⁷⁸⁷ Art. L.1254-4, I, du Code du travail.

⁷⁸⁸ VERKINDT (P.-Y.), fait référence aux débats parlementaires de l'Assemblée nationale du 6 juillet 2005, 2^{ème} séance, intervention de M.CHARIÉ, in « Groupement d'employeurs et travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », Dr.soc.2005, p.1133.

⁷⁸⁹ MOURIAUX (M.-F.), Du fait au droit. Diverses figures du temps partagé, Centre d'Études de l'emploi, n°77 décembre 2006.

⁷⁹⁰ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, préc.

d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission (...) ». Le travail à temps partagé est un « parent très éloigné du groupement d'employeurs⁷⁹¹ »⁷⁹², comme pour le groupement d'employeurs, l'entreprise à temps partagée est le véritable employeur du salarié mis à disposition d'une autre entreprise responsable des conditions d'exécution du travail, avec la particularité pour l'entreprise utilisatrice d'être membre du groupement d'employeurs qui procède à la mise à disposition. En effet, le groupement d'employeurs étant constitué sous la forme d'une association de loi 1901, d'une société coopérative⁷⁹³, il n'est donc pas une dérogation au principe de l'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif comme pour le travail à temps partagé. De plus, le groupement d'employeurs est constitué de personnes « entrant dans le champ d'application d'une même convention collective »⁷⁹⁴, ce qui « en quelque sorte [ferme] le « marché » des clients ou adhérents potentiels du groupement »⁷⁹⁵.

648. Il s'agit donc d'un prêt de main-d'œuvre à but lucratif qui s'apparente beaucoup plus aux entreprises de travail temporaire⁷⁹⁶. En effet, ce dispositif permet dans un cadre « mollement restrictif »⁷⁹⁷, à des entreprises ne pouvant recruter en raison de leur taille ou de leurs moyens, du personnel qualifié⁷⁹⁸. Ainsi, la qualification du contrat à temps partagé en contrat à durée indéterminée exclut l'exigence d'un cas de recours précis comme pour le contrat de travail temporaire, la fixation d'un terme et le versement d'une indemnité de fin contrat. En réalité, le salarié à temps partagé est exclu du régime protecteur du contrat de mission⁷⁹⁹.

649. L'activité des entreprises à temps partagé est en principe exclusive, à l'instar de celle des entreprises de travail temporaire⁸⁰⁰. Ce principe comporte néanmoins deux exceptions, d'une part l'entreprise de travail à temps partagé peut apporter des conseils en matière de gestions et de compétences et de la formation aux entreprises qui concluent avec elle des contrats de mis à disposition⁸⁰¹. Et d'autre part, l'entreprise de travail temporaire peut exercer

⁷⁹¹ V. art. L.1253-2 et s. du Code du travail, V. dossier : Groupements d'employeurs, Dr.soc. 2012, p.870-923.

⁷⁹² VERKINDT (P.-Y.), « Le travail à temps partagé (L. n°2005-882, 2 août 2005, art.22) ou « Pourquoi faire simple quand... » », JCP S 2005, 1118.

⁷⁹³ Art. L.1253-2 du Code du travail.

⁷⁹⁴ Art. L.1253-1 du Code du travail.

⁷⁹⁵ VERKINDT (P.-Y.), « Le travail à temps partagé (L. n°2005-882, 2 août 2005, art.22) ou « Pourquoi faire simple quand... » », préc.

⁷⁹⁶ AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), Droit du travail, préc., §298, p.338.

⁷⁹⁷ AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), Droit du travail, préc., §299, p.338.

⁷⁹⁸ Art. L1252-2 du Code du travail.

⁷⁹⁹ V. art. L.1251-11 et s. du Code du travail.

⁸⁰⁰ Art. L.1252-1 du Code du travail.

⁸⁰¹ .1252-12 du Code du travail.

l'activité d'entreprise de travail à temps partagé. « Cette autorisation démontre que le travail à « temps partagé » est surtout une déréglementation du travail temporaire »⁸⁰². En revanche, lorsque l'entreprise de travail partagé n'est pas en même temps une entreprise de travail temporaire, elle n'est pas soumise au contrôle préalable de l'administration du travail à l'exercice de cette activité. En revanche, elle est soumise à l'obligation de justifier, à tout moment, d'une garantie financière assurant, en cas de défaillance de sa part le paiement des salaires et de leurs accessoires et celui des cotisations obligatoires dues à des organismes de sécurité sociale ou à des institutions sociales⁸⁰³.

650. Le salarié embauché par une entreprise de travail à temps partagé est titulaire d'un contrat « réputé être à durée indéterminée »⁸⁰⁴, aucune mention obligatoire ne figure dans ce contrat lorsque la mise à disposition du salarié s'effectue hors du territoire métropolitain, le contrat de travail à temps partagé contient une clause de rapatriement du salarié à la charge de l'entreprise de travail à temps partagé⁸⁰⁵. Il est rappelé que la rupture du contrat de travail à temps partagé est réalisée selon les dispositions prévues au titre III relatives aux règles de rupture du contrat de travail à durée indéterminée⁸⁰⁶.

651. Le contrat de mise à disposition qui est une version allégée du contrat de mise à disposition d'un travailleur temporaire est établi pour chaque salarié. Il comporte un certain nombre de mentions, dont le contenu de la mission, la durée estimée de la mission ; la qualification professionnelle du salarié ; les caractéristiques particulières du poste de travail ou des fonctions occupées ; le montant de la rémunération et ses différentes composantes⁸⁰⁷. S'inspirant du travail temporaire, l'article L.1252-7 du Code du travail dispose que « *pendant la durée de la mise à disposition, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail, telles qu'elles sont déterminées par les dispositions légales et conventionnelles applicables au lieu de travail* ». Pour Monsieur Pierre-Yves VERKINDT, le législateur « *ne fait que recopier une partie de l'article [L.1251-21 du Code du travail], exit les cinq autres alinéas. Faut-il considérer qu'ils sont sans intérêt ou au contraire que leur*

⁸⁰² AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), Droit du travail, préc., §300, p.339.

⁸⁰³ Art. L.1252-13 du Code du travail.

⁸⁰⁴ Art. L.1252-4 du Code du travail.

⁸⁰⁵ Art. L.1252-5 du Code du travail.

⁸⁰⁶ Art. L.1252-9 du Code du travail.

⁸⁰⁷ Art. L.1252-10 du Code du travail.

*application aux travailleurs mis à disposition va de soi ? »⁸⁰⁸ Mais dans ce cas-là pourquoi ne pas avoir repris l'article dans son ensemble ? En effet, il existe des dispositions sur l'application du principe d'égalité de traitement des salariés mis à disposition dans le cadre du travail à temps partagé : en matière d'accès aux moyens de transports collectifs et aux installations collectives, notamment de la restauration dans l'entreprise utilisatrice⁸⁰⁹ ; en matière de rémunération qui ne peut être inférieure à celle des salariés de niveau de qualification professionnelle identique ou équivalent occupant le même poste ou les mêmes fonctions dans l'entreprise utilisatrice⁸¹⁰. Pour Monsieur Pierre-Yves VERKINDT « *sans nier l'intérêt de telles dispositions, elles livrent une image bien pâle du principe d'égalité de traitement des travailleurs mis à disposition et des travailleurs de l'entreprise d'accueil* »⁸¹¹.*

652. Si au départ le travail à temps partagé a été conçu par et pour les cadres, le législateur a étendu le dispositif aux non-cadres. Le cadre apparaît ici comme le « cheval de Troie » permettant la flexibilisation du droit du travail, sans pour autant apporter de la simplicité, le dispositif étant mal encadré.

653. La situation du cadre dans l'entreprise s'accompagne de contraintes, pourtant le Code du travail n'encadre pas ces sujétions pesant sur ces derniers alors même que le cadre est en premier concerné.

Section 2. Les sujétions pesant sur les cadres

654. La qualité de cadre n'apporte pas que des avantages, elle a pour conséquences de faire peser sur celui-ci de lourdes charges telles que la délégation de pouvoirs (I). En outre compte tenu de la position du cadre dans l'entreprise, ce dernier voit s'immiscer dans son contrat des clauses protectrices des intérêts de l'entreprise (II.).

⁸⁰⁸ VERKINDT (P.-Y.) « « Groupement d'employeurs et travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », Dr.soc.2005, p.1133.

⁸⁰⁹ Art. L.1252-8 du Code du travail.

⁸¹⁰ Art. L.1252-7 du Code du travail.

⁸¹¹ VERKINDT (P.-Y.) *ibid.*

655. Le législateur n'a pas pris pour parti de réserver ce type de clauses parfois lourdes de conséquences aux cadres. Pourtant, on ne peut nier que compte tenu de leur position dans l'entreprise, ils sont en pratique les plus concernés par ces contraintes contractuelles.

I. Le cadre face à la délégation de pouvoirs

656. La taille et la structure des entreprises ne permettent pas à leur dirigeant de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions légales et réglementaires. Les chefs d'entreprise⁸¹² se doivent par conséquent de déléguer certaines de leurs prérogatives à leurs subordonnés.

657. La délégation de pouvoirs est donc un moyen d'assurer la bonne gestion de l'entreprise permettant aux cadres de pouvoir exercer pleinement leur autorité. De ce fait, le domaine de prédilection des délégations de pouvoirs se trouve en droit du travail, et plus précisément, en matière d'hygiène et de sécurité⁸¹³. Mais ce domaine n'est pas le seul à donner lieu à délégation, la délégation peut ainsi intervenir dans des secteurs aussi variés que le fonctionnement des institutions représentatives du personnel, le transport, la durée du travail, le pouvoir disciplinaire, l'emploi, la gestion administrative du personnel... Ces matières ont connu, ces dernières années un essor de leurs réglementations, rendant plus complexe leur appréhension par le chef d'entreprise.

658. La délégation de pouvoir fait peser sur le salarié cadre une responsabilité importante qui est normalement dévolue à l'employeur. En effet, l'employeur est, dans l'entreprise, le dépositaire de nombreuses prérogatives « *qui résultent de l'effet combiné des droits par lesquels est assurée la maîtrise des moyens de production [...] et de la règle indiscutée qui fait naître de tout contrat de travail un lien de subordination du salarié à son employeur* »⁸¹⁴. Ces pouvoirs, en principe exercé par le chef d'entreprise, sont de deux ordres,

⁸¹² Dans l'entreprise individuelle, les qualités d'employeur et de chef d'entreprise se confondent tandis qu'elles sont dissociées lorsque l'entreprise est exploitée par un groupement personnifié. À titre d'exemple, dans l'entreprise sociétaire, la qualité d'employeur revient à la société personne morale et celle de chef d'entreprise à son organe de direction. Voir en ce sens Droit du travail, Précis Dalloz, 29 éd. Spéc. p. 740.

⁸¹³ MAYER (D.), « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », *Dalloz* 1998, p. 256, GUIRIMAND (D.), « Le chef d'entreprise et l'obligation de responsabilité », *Dr.soc.*, 1994, p. 627.

⁸¹⁴ JEAMMEAUD (A.), LE FRIAND (M.) et LYON-CAEN (A.), *L'ordonnancement des relations du travail*, D.1998. 359.

d'une part, un pouvoir de direction économique de l'entreprise et d'autre part, un pouvoir de direction des personnes⁸¹⁵. Mais le développement des entreprises conduit bien souvent l'employeur à déléguer une partie de ses pouvoirs à ceux des salariés qu'il juge aptes à le seconder en transférant la responsabilité sur les épaules du salarié qui s'avère être dans la majorité des cas un cadre⁸¹⁶.

659. Si à l'origine cette pratique était mal considérée par les juges, y voyant une stratégie permettant au chef d'entreprise de se dégager de sa responsabilité, désormais, celle-ci est considérée comme étant un signe extérieur de bonne gestion⁸¹⁷, à tel point que certaines conventions collectives organisent de façon très précise les conditions de la délégation⁸¹⁸. Compte tenu de l'absence de dispositions légales expresses encadrant la délégation de pouvoir, une abondante jurisprudence est venue en préciser les conditions de validité (A), la délégation de pouvoir peut emporter des effets sur la situation du cadre (B.).

A. Les conditions de validité de la délégation de pouvoir

La délégation de pouvoir apparaît d'une part comme encadré en matière pénale (1.) et d'autre part confortée en matière civile (2).

⁸¹⁵ Certains auteurs, à l'image de MM. Les professeurs AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), distinguent nettement trois pouvoirs : un pouvoir de direction économique et de direction des personnes, un pouvoir normatif et un pouvoir de sanction (V. Droit du travail, Dalloz, Coll. Précis, 30^{me} éd., 2016, n°629 p. 662) mais il nous semble avec Monsieur COUTURIER qu'il est « douteux que trois pouvoirs [...] puissent ainsi être placés sur le même plan : c'est le pouvoir de direction qui de l'essence du pouvoir patronal ; les pouvoirs réglementaires et disciplinaires n'en sont que des prolongements instrumentaux » (V. Traité de droit du travail, Tome 2 – les relations collectives de travail, PUF, Coll. Droit fondamental, 1^{er} éd., 2001, n°16 p. 52).

⁸¹⁶ WICKER (G.), « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », D. 2016, n°33, p.1242.

⁸¹⁷ FERRIER (N.), La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, éd.Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise.

⁸¹⁸ L'article 2.4 de la Convention Collective Nationale des ETAM des Travaux Publics dispose : « *Les entreprises formalisent, par écrit, à partir du niveau F, les délégations de pouvoir données aux ETAM indiquant de manière précise : Les fonctions effectivement occupées ; Les pouvoirs transférés au délégataire et dans quel domaine ; Les procédures ordinaires ou urgentes par lesquelles le délégataire rend compte de sa délégation ; Les moyens matériels, humains et financiers dont dispose le délégataire pour assurer ses responsabilités ; Le pouvoir de sanction dont il dispose ; La durée de la délégation qui doit être en rapport avec la mission à effectuer et sa durée ; Le cas échéant, les formations permettant au délégataire d'avoir les compétences requises* ».

1. La délégation en matière pénale encadrée

660. La délégation de pouvoirs présente un certain nombre d'intérêts dont celui de maintenir au sein de l'entreprise, le lien entre responsabilité et pouvoirs. Ainsi, elle permet au chef d'entreprise de transférer une partie de ses pouvoirs à un de ses subordonnés se trouvant plus proche des situations de travail, notamment les situations à risque (chantiers, ateliers), ce qui devrait permettre une meilleure prévention des accidents du travail. Si la délégation de pouvoir a été admise en premier lieu en matière d'hygiène et de sécurité, au fil du temps son champ d'application s'est étendu à des pans entiers du droit du travail⁸¹⁹. Même s'il est vrai que l'hygiène et la sécurité restent le domaine privilégié de la délégation de pouvoir, ce mécanisme a pu être admis pour des infractions, telles que, la délivrance de bulletins de paie irréguliers⁸²⁰, l'infraction à la réglementation sur la durée du travail⁸²¹ ou encore le délit de marchandage⁸²².

661. Avant la recodification les anciens articles L. 433-1, L. 434-2 alinéa 1, L. 434-4 et L. 435-2, alinéa 1, du Code du travail, précisaient quant à la composition et au fonctionnement du comité d'entreprise, du comité central d'entreprise et des comités d'établissements, qu'ils comprenaient, outre une délégation du personnel, « *le chef d'entreprise ou son représentant* ». Faisant appel à la notion de « *représentant* », ces textes reconnaissaient à l'employeur le droit de déléguer certaines de ses prérogatives à ses collaborateurs⁸²³. Désormais, avec la recodification il n'est fait référence qu'à l'employeur. Est-ce à dire que ce dernier ne peut plus se faire représenter ? La commission de recodification ayant posé le principe de la recodification à droit constant⁸²⁴, cette modification n'a été mise en place que

⁸¹⁹ Cass.crim. 11 mars 1993 (5 arrêts), *Bull.crim.*n°112, *JCP E* 1994, II, 571 note. ROBERT (J.-H.), *Dr.Penal* 1994. 39 obs. ROBERT (J.-H.) ; *Rev.sc.crim.* 1994. 101 obs. BOULOC (B.).

⁸²⁰ Cass.crim. 8 juin 1971, n°70-91.873.

⁸²¹ Cass.crim. 19 nov. 1985, n°84-94.665.

⁸²² Cass.crim. 10 janv. 1963, n°62-91.411.

⁸²³ A cet égard, la Cour de cassation a précisé que constitue une entrave au fonctionnement du comité d'entreprise le fait pour l'employeur de désigner à cinq reprises pour en assurer la présidence des salariés qui « *n'avaient ni qualité ni pouvoir pour informer et consulter cet organisme* » (Cass.crim. 20 février 1996, Bumbaca, *Bull.crim.* n° 81 ; *JCP* 1996, IV, 1391 ; *RJS* 5/96 n°557 obs. X. Mais aussi que le fait de confier à un représentant le soin de présider le comité d'entreprise n'affranchit pas le chef d'entreprise de sa responsabilité propre, celui-ci restant pénalement responsable des conditions de consultation du comité d'entreprise sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et le marché de l'entreprise (Cass.crim. 3 mars 1998, Maillet, Matsuoka et Sté Canon France, *Bull.crim.* n° 81).

⁸²⁴ V. l'article 57 de la loi n°2006-1770 du 30 déc. 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, (*JORF* n°303 du 31 décembre 2006, p. 20210).

dans un souci de simplification⁸²⁵, donc l'employeur a toujours la possibilité de se faire représenter.

662. Il existe certains dangers liés à la délégation de pouvoirs. Dans la mesure où elle permet au chef d'entreprise de s'exonérer de sa responsabilité, on peut craindre des abus et notamment que la délégation ne soit plus utilisée comme un instrument permettant une répartition plus rationnelle du pouvoir de décision au sein de l'entreprise, mais comme un moyen pour l'employeur de se décharger de toute responsabilité. Ce qui serait d'autant plus critiquable que le délégataire ne disposerait pas, lui, à l'inverse du chef d'entreprise, des contreparties, notamment pécuniaires, qui vont généralement de pair avec la responsabilité.

663. La délégation de pouvoir ne sera admise par les juges que si elle respecte un certain nombre de conditions. Ces conditions concernent l'acte de délégation lui-même (a) et la personne qui reçoit la délégation, le délégataire (b). Le délégataire doit être en mesure d'exercer la tâche qui lui est confiée. Il doit être un préposé désigné par le chef d'entreprise, pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation de la réglementation.

a. L'acte de délégation

664. Le délégant ne peut pas transférer l'ensemble de ses pouvoirs au délégataire. Il pourrait être tenté de le faire, car une telle délégation générale permettrait au chef d'entreprise d'échapper à toute responsabilité pénale au sein de son entreprise. Le fait d'exiger que la délégation soit circonscrite va permettre de mieux déterminer les responsabilités dans le cadre de l'entreprise. Lorsque se produit une infraction à la réglementation, elle sera imputée au délégataire si la mesure qui n'a pas été prise entrait dans la mission qui lui a été confiée. En revanche, c'est le chef d'entreprise qui verra sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article L. 4732-2 du Code du travail si cette mesure continuait à relever de ses attributions, et

⁸²⁵ LYON-CAEN (A.) avec la collaboration de FABRE (A.), *Le nouveau Code du travail*, éd. Dalloz, 2008 ; RADÉ (C.), « Le Code du travail nouveau est arrivé », D. 2008, p.1214 ; obs. du même auteur sous. Cass.soc. 27 janvier 2010 n°08-44.376, « La Cour de cassation gardienne du principe de recodification du Code du travail à droit constant », Lexbase Hebdo, éd.soc, n°382 du 11 février 2010 ; obs. du même auteur ss. Cass. QPC 13 février 2012 n°11-21.946, « La recodification du Code du travail à droit constant rempart contre les QPC », Lexbase Hebdo, éd.soc., n°475 du 1^{er} mars 2012. V également FERRIER (N.), « À propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail », D. 2008, p. 2011.

ce, malgré la délégation. L'exigence de précision indique donc la volonté du juge de bien souligner que la délégation de pouvoir ne peut jouer qu'à titre d'exception dans le domaine qui a été précisément délimité.

665. Cette volonté des juges d'éviter que la délégation ne devienne un instrument d'exonération totale à la disposition du chef d'entreprise se manifeste dans un certain nombre de décisions. Puisque la délégation ne peut être que limitée, il est nécessaire que le chef d'entreprise détermine de manière précise les pouvoirs qu'il entend transférer à son préposé. En conséquence, la validité de la délégation est remise en cause lorsque les juges relèvent le manque de précision de l'acte de délégation. Ainsi, « *une mission générale de surveillance et d'organisation des mesures sur les chantiers donnés dans le contrat d'engagement d'un directeur de travaux par un chef d'entreprise ne peut, en l'absence d'instructions précises, valoir délégation de pouvoirs et exonérer de toute responsabilité l'employeur qui demeure tenu de veiller personnellement à l'observation des règles protectrices relatives à la sécurité des ouvriers* »⁸²⁶.

666. En plus d'une exigence de précisions, pour être valable, la délégation de pouvoirs doit avoir une durée suffisamment longue. Il faut que le délégataire ait eu le temps d'exercer la mission qui lui a été confiée et que ce soient véritablement ses carences qui fassent l'objet d'une sanction. Le caractère permanent de la délégation implique que le titulaire ne peut se défendre en faisant valoir qu'avant l'accident, il avait bénéficié d'un congé pour formation et n'était plus en mesure de veiller au respect des règles d'hygiène et de sécurité sur le chantier, à partir du moment où il n'avait ni demandé, ni obtenu une décharge de sa délégation de pouvoirs alors qu'il avait consacré 20 à 25 % de son temps sur ce chantier⁸²⁷. La délégation ne sera donc pas admise si elle ne possède pas un minimum de durée ou de stabilité ou si la mission du délégataire a fait l'objet d'interruptions fréquentes.

667. Toutefois, en cas de changement de direction, lorsque celle-ci garde le silence sur la délégation consentie par ses prédécesseurs, la délégation de pouvoir devient caduque du seul fait du changement de directeur⁸²⁸. En cas de fusion-absorption, la délégation de pouvoirs

⁸²⁶ Cass.crim. 28 janv. 1975, n°74-91.495.

⁸²⁷ Cass.crim. 25 avr. 2006, n°05-84.239.

⁸²⁸ Cass.crim. 30 mars 1999, n°98-81.433.

devient également caduque lorsque l'opération a donné lieu à la création d'une société distincte de la précédente et à un changement de dirigeant social⁸²⁹.

668. La délégation de pouvoirs doit avoir été accordée avant que ne se soit produite l'infraction dont on recherche le responsable. Le but est d'éviter que des délégations de pouvoirs ne soient constituées a posteriori par des chefs d'entreprise dans le seul but d'échapper à la répression pénale. La délégation doit donc exister au moment des faits.

669. La délégation de pouvoirs n'est soumise à aucune formalité déterminée. Ce qui est recherché avant tout par le juge c'est l'effectivité de la délégation, c'est-à-dire savoir si le délégué a été en mesure d'exercer les pouvoirs qui lui ont été accordés. Or, sur ce point, l'existence d'un écrit n'a aucune valeur probatoire. Donner trop d'importance à l'écrit risquerait alors de valider des délégations purement formelles. Si, pour être exonératoire, la délégation doit être certaine et exempte d'ambiguïté, sa preuve n'est pourtant soumise à aucune forme particulière. La production d'une preuve littérale de la délégation n'est pas exigée.

670. Toutefois si une délégation de pouvoirs peut être verbale, l'absence d'écrit rendra plus difficile la preuve de son existence. C'est alors à partir d'un « *faisceau d'indices graves, précis et concordants* » que les juges accepteront de confirmer l'existence et la validité du transfert de pouvoirs. Ils ont ainsi pu confirmer l'existence d'une délégation verbale, en retenant que le prévenu était appelé à remplacer son père, chef d'agence décédé peu avant l'accident, qu'il assurait pour une période d'essai la direction de l'agence et qu'il disposait de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires⁸³⁰.

671. Le souci des juges est de ne pas consacrer des délégations formelles, mais de tenir compte de l'effectivité du transfert de pouvoirs. Ainsi, l'existence d'une délégation ne peut pas reposer sur le simple fait que le statut et les attributions du salarié étaient « *clairement définis* » ; c'est une considération trop vague qui ne suffit pas à démontrer la réalité de la délégation⁸³¹. Il est donc évident que le seul fait d'être cadre ne suffit pas à prouver l'existence d'une délégation de pouvoir, le juge va exiger un certain nombre de conditions relatives au délégataire.

⁸²⁹ Cass.crim. 20 juil. 2011, n°10-86.705.

⁸³⁰ Cass.crim. 14 mars 2000, n°99-83.586.

⁸³¹ Cass.crim. 11 oct. 2011, n°10-87.212, n°5048 F - P + B.

b. Conditions relatives au délégataire

672. Le préposé, titulaire de la délégation de pouvoir doit être investi par le chef d'entreprise. C'est ce dernier qui détient l'autorité et qui a le choix d'exercer celle-ci, soit directement, soit par le biais d'un substitut, en ayant recours à une délégation. La conséquence est que ne seront pas valables les délégations provenant des préposés du chef d'entreprise, quelles que soient leurs fonctions. Toutefois, la Cour de cassation, en admettant la subdélégation, a quelque peu porté atteinte à ce principe. Le cas de l'entreprise comprenant plusieurs établissements distincts constitue le cadre privilégié de la délégation de pouvoirs dans la mesure où le chef d'entreprise ne peut pas surveiller tous les établissements en même temps⁸³². La subdélégation présente un grand intérêt concernant le fonctionnement des grandes entreprises, qui sont divisées en de multiples établissements et chantiers, puisqu'elle permet notamment une répartition rationnelle du pouvoir. La Cour de cassation admet la validité des subdélégations en précisant qu'« aucune règle de droit ne s'oppose à ce qu'un chef d'entreprise, qui délègue ses pouvoirs à une personne pleinement qualifiée, autorise ce dernier à subdéléguer, sous sa responsabilité, tout ou partie des pouvoirs qui sont dévolus ».⁸³³ Des arrêts ultérieurs ont repris les solutions de l'arrêt de 1983⁸³⁴ tout en précisant les conditions de validité⁸³⁵. Par ailleurs, en cas de pluralité de subdélégations, les termes de chacune des délégations doivent être nettement distincts et doivent aboutir à éviter toute confusion. La pluralité des subdélégations ne doit pas conduire à restreindre l'autorité de chacun des délégataires⁸³⁶.

673. Le délégué doit être un préposé de l'entreprise, un collaborateur du chef d'entreprise. Il en résulte qu'une personne extérieure à l'entreprise ne peut pas recevoir une délégation de pouvoirs. Ce serait le cas, par exemple, de la personne intervenant dans le cadre d'un contrat d'entreprise⁸³⁷ ou d'un mandat⁸³⁸. Le délégataire est le plus souvent un membre de

⁸³² Cass.crim. 21 oct. 1975, n°75-90.427.

⁸³³ Cass.crim. 8 févr. 1983, n°82-92.364.

⁸³⁴ Cass.crim. 14 févr. 1991, n°90-80.122.

⁸³⁵ Pour être valable, la subdélégation obéit aux mêmes conditions que la délégation directe de pouvoir : en cas de subdélégation les juges s'intéressent d'abord à l'effectivité du transfert de pouvoirs en vérifiant que le subdélégataire soit pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens propres à l'accomplissement de sa mission ; Cass.crim. 30 oct. 1996, n°94-83.650 ; Cass.crim. 28 janv. 1997, n°95-85.895.

⁸³⁶ Cass.crim. 15 mars 2011, n°10-80.102.

⁸³⁷ Précisé à l'article 1787 et suivants du Code civil, le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer.

la direction, mais il peut s'agir également d'une personne située à n'importe quel niveau de la hiérarchie.

674. Le dirigeant d'un groupe d'entreprises peut déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une des sociétés du groupe sur lequel il exerce son autorité hiérarchique, à condition que le délégataire possède l'autorité, la compétence et les moyens nécessaires⁸³⁹. Le chef d'entreprise déléguant doit investir le délégataire d'une autorité suffisante pour qu'il puisse accomplir sa mission. La condition d'autorité fait référence au droit de commandement, au pouvoir d'imposer l'obéissance et notamment au pouvoir disciplinaire.

675. Le délégataire doit posséder les connaissances techniques nécessaires et être apte à les utiliser. Il doit connaître et comprendre le contenu de la réglementation qu'il lui appartient de faire respecter. La compétence englobe donc un savoir technique et un savoir juridique et, s'il manque un de ces éléments, les juges concluront qu'il n'y a pas eu de délégation effective de pouvoirs.

676. Dans son appréciation, le juge pourra relever comme critères de compétences : la formation professionnelle, la qualification dans l'entreprise, l'ancienneté dans l'activité, le nombre de salariés sous ses ordres. L'âge du délégataire est aussi un élément susceptible d'être pris en compte⁸⁴⁰.

677. La compétence et l'autorité risquent de demeurer théoriques si jamais le préposé ne dispose pas, matériellement, des moyens d'exercer la tâche qui lui a été déléguée. Il appartient donc aux juges de vérifier si les moyens délégués sont suffisants pour permettre de conclure à un transfert effectif d'autorité. Les moyens en question sont divers : moyens matériels, humains, financiers et techniques qui vont permettre au préposé d'assurer la sécurité des salariés, par exemple en obtenant le matériel nécessaire⁸⁴¹. L'employeur peut donc déléguer à certains de ses collaborateurs une partie de ses prérogatives, à condition toutefois que ceux-ci soient dotés de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller au respect de la réglementation⁸⁴².

⁸³⁸ Définit à l'article 1984 du Code civil, « le mandat est un acte par lequel une personne (mandataire) donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne prend forme que par l'acceptation du mandataire. »

⁸³⁹ Cass.crim. 26 mai 1994, n°93-83.213.

⁸⁴⁰ Cass.crim. 8 déc. 2009, n°09-82.183, n°6961 FS - P + F + I.

⁸⁴¹ Cass.crim. 25 mai 2004, n°03-84.734 ; Cass.crim. 12 mai 2009, n°08-82.187.

⁸⁴² Cass.crim. 11 mars 1993 (5 arrêts), *Bull.crim.* n°112, *JCP E* 1994, II, 571 note. ROBERT (J.-H.).

678. Le préposé qui a reçu une délégation de pouvoir, doit avoir les compétences suffisantes pour pouvoir s'assurer du respect de la réglementation, c'est-à-dire avoir les connaissances techniques correspondant aux prescriptions qu'il est chargé de faire appliquer, par exemple la maîtrise des processus de production, mais aussi connaître l'état de la réglementation dans le domaine qui lui est dévolu. Il doit en outre jouir d'une certaine autorité, ce qui suppose que le titulaire ait « *un pouvoir de commandement suffisant pour obtenir des travailleurs placés sous sa surveillance directe, l'obéissance indispensable au respect de la réglementation* »⁸⁴³, qu'il puisse prendre à l'encontre de ses subordonnés des sanctions disciplinaires. À ce titre, il faut souligner que « *l'autorité signifie également une autonomie dans le pouvoir de décision et celui qui doit en référer en permanence à ses supérieurs pour finalement attendre d'eux la décision ou la validation de la décision proposée sur la conduite à tenir ne possède pas l'autorité nécessaire à l'exercice de sa délégation* »⁸⁴⁴. Le délégataire doit enfin avoir les moyens propres à l'exercice de sa mission. Il doit par exemple disposer de moyens financiers lui permettant de mettre en conformité le matériel de l'entreprise, de réorganiser un atelier, mais aussi d'engager du personnel, de négocier avec des tiers, etc. Autorité, moyens et compétences semblent être ainsi les trois aspects d'une même condition. Le délégataire doit donc avoir une capacité de décision en rapport avec la mission qui lui a été confiée. Il doit pouvoir se substituer au chef d'entreprise, jouer « le rôle » de ce dernier dans le domaine qui lui est délégué. Il n'y a qu'un pas pour établir une présomption de délégation de pouvoir au cadre, car le cadre réunit les critères de définition de la délégation de pouvoir autorité et compétences. Pourtant, la jurisprudence refuse de faire des cadres des délégataires implicites. Le juge vérifiera toujours si en réalité le cadre, malgré sa qualification, réunit les critères de validité de la délégation de pouvoirs.

679. Avec la recodification il est fait référence à l'employeur, l'ancien article L.263-2 du Code du travail prévoyait pour sa part, en matière d'hygiène et de sécurité, que le chef d'entreprise est dégagé de toute responsabilité pénale lorsque l'infraction est constatée dans ceux des établissements qu'il n'administre pas directement, mais qui sont dirigés par l'un de ses subordonnés, chef d'établissement, directeur, gérant ou préposé, dès lors qu'il est pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation

⁸⁴³ Circulaire ministérielle du 2 mai 1977 sur la répression des infractions à la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs, *Dr.soc.* 1977.490.

⁸⁴⁴ TEISSIER (A.), « La validité de la délégation des pouvoirs (Le choix du délégataire) », *RJS* 7/03 Chron.p. 551, spéc.p. 552.

des dispositions en vigueur⁸⁴⁵. « *Le jeu de l'institution semblait devoir être limité à un petit nombre de personnes concentrées au sommet de la hiérarchie de l'entreprise, [mais aujourd'hui] la Chambre criminelle a rompu avec cette interprétation en donnant à la qualité de préposé une définition [...] large qui autorise [...] le chef d'entreprise à déléguer ses pouvoirs à des subordonnés occupant une position hiérarchique plus modeste* »⁸⁴⁶. Désormais, n'importe quel cadre de l'entreprise peut être appréhendé comme délégataire potentiel. L'évolution jurisprudentielle ne permet pas cependant de considérer que tout salarié de l'entreprise peut être, en tant que préposé, pénalement responsable des infractions commises en matière d'hygiène et de sécurité. Le transfert de la responsabilité pénale suppose que le délégataire appartienne à la hiérarchie de l'entreprise. En effet, il doit avoir « *l'autorité nécessaire pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur* »⁸⁴⁷, ce qui exclut, par exemple, qu'un simple employé puisse être considéré comme un délégataire⁸⁴⁸.

680. S'agissant des cadres dirigeants « *[ils] se [situent en effet] dans le premier cercle concentrique de pouvoir entourant le chef d'entreprise* ». « *Directeurs siégeant au comité de direction ou participant à la prise de décisions stratégiques concernant la vie de l'entreprise ; [...] membres du comité de direction ayant une totale latitude dans leur domaine d'activité ; [...] cadres exerçant dans leurs domaines respectifs toutes les prérogatives de l'employeur sans avoir à solliciter des autorisations préalables* »⁸⁴⁹, ces cadres ont par définition l'autorité, les compétences et les moyens d'assurer la sécurité des travailleurs et sont par conséquent les principaux délégataires dans l'entreprise, ou du moins les premiers délégataires. Selon certains auteurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation tiendrait compte aujourd'hui, pour apprécier la validité des délégations de pouvoirs, de la qualité du salarié et ferait des cadres dirigeants, des délégataires « implicites »⁸⁵⁰. Il ne nous semble pas que la Cour de cassation ait adopté une approche si radicale. En effet, si elle affirme

⁸⁴⁵ Cass.crim. 18 janvier 1973, M Chêne, *Bull.crim.n* ° 208 ; *RJS* 11/94 n°1275 obs. X. ; *Dalloz* 1995. 110 note REINHARD (Y.), « Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité de travail, délégation de pouvoirs et mise en danger », *Dr.soc.* 1995.344. Cass.crim. 17 juin 1997, Muniesa Pedro, *Bull.crim.* n°237 ; *RJS* 10/97 n°1101 obs. X.

⁸⁴⁶ COEURET (A.) « Droit pénal. Personnes responsables », *J-CI. Travail*, 1998, fasc. 82-20.

⁸⁴⁷ Cass.crim. 17 juin 1997, Muniesa Pedro, *Bull.crim.* n°237 ; *RJS* 10/97 n°1101 obs. X.

⁸⁴⁸ Cass.crim 14 septembre 1988, Martin, n°88-80.687 D.

⁸⁴⁹ GORCE (G.), *Rapport sur le projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail*, fait au nom de la commission des affaires culturelles familiales et sociales, Rapport AN n°1826 p. 164.

⁸⁵⁰ MERIEUX (A.) et MAINE (Y.), « Délégation de pouvoirs : Du droit pénal au droit social », *JS Lamy* n°45 du 2 novembre 1999 p. 4.

régulièrement que « *la preuve d'une délégation de pouvoirs n'est soumise à aucune forme particulière* »⁸⁵¹, elle ne fait pas encore des cadres dirigeants des délégataires « présumés ».

681. La jurisprudence a donc encadré la validité des délégations de pouvoirs afin d'éviter que certains chefs d'entreprise se dégagent de leur responsabilité au détriment des salariés et notamment des cadres, car reconnaître l'existence d'une délégation de pouvoirs emporte des effets qui peuvent être assez redoutables pour le salarié.

2. La délégation en matière civile confortée

682. La personne morale employeur est celle qui est juridiquement titulaire du pouvoir d'embaucher ou de licencier, mais dans les faits elle ne peut exercer cette prérogative⁸⁵². Elle est donc dans l'obligation de se faire représenter par une personne physique incarnée en premier lieu par le chef d'entreprise⁸⁵³ qui peut lui-même déléguer ce pouvoir à l'un de ses subordonnés. La Chambre sociale a admis que « l'employeur » pouvait se faire représenter aussi bien au cours de l'entretien préalable⁸⁵⁴, que pour la notification du licenciement⁸⁵⁵, encore faut-il que ce dernier ne soit pas une personne étrangère à la société⁸⁵⁶.

683. Mais s'agissant du pouvoir de licencier, si l'on pensait que la possibilité de déléguer ce pouvoir était acquise, sa validité a été remise en cause dans les sociétés par actions simplifiées. Ainsi, une chambre mixte de la Cour de cassation a par deux arrêts rendus le 19 novembre 2010⁸⁵⁷ mis fin aux débats en affirmant d'une part la possibilité dans « *les sociétés par actions simplifiées pour ses représentants légaux*⁸⁵⁸, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tels que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise » et

⁸⁵¹ Cass.crim. 16 mars 1999, M Tordjaman et autres, n°98-80.878 D..

⁸⁵² TARDOS (A.), « La délégation de pouvoirs en droit des sociétés : aspects de droit civil après la réforme du droit commun des contrats », D. 2017.1662, WICKER (G.), « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », D. 2016, p. 1942.

⁸⁵³ AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), Droit du travail, op.cit., spéc., p.781.

⁸⁵⁴ Cass.soc. 14 juin 1994, n°92-45.072

⁸⁵⁵ Cass.soc. 26 mars 2002, n°99-43.155, obs. MOULY (J.), Dr.soc. 2002, p. 784.

⁸⁵⁶ Cass.soc. 30 juin 2015, n°13-28.146, La Cour de cassation admet que le directeur financier de la société mère détentrice de la totalité des actions de la filiale, qui est titulaire d'une délégation de pouvoir établie par le représentant légal de cette filiale, n'est pas une personne étrangère à l'entreprise, il peut donc y licencier un salarié, V note GIBIRILA (D.), Lexbase hebdo, éd. Affaires, n° 436 du 17 septembre 2015.

⁸⁵⁷ Ch.mixte, 19 nov. 2010, n°10-10.095 et 10-30.215, note HENRIOT (P.), *Sem. Soc. Lamy*, n°149 ; note COURET (A.) et DONDEROT (B.), *JCP E* 2010. 2049 ; note LYON-CAEN (A.), RDT 2010, p. 494 ; note AUZERO (G.) et FERRIER (N.) ; COEURET (A.) et DUQUESNE (F.), « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. soc.* 2011, p. 382.

⁸⁵⁸ Selon l'art. L.227-6 du Code de commerce « *la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si les statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité* ».

d'autre part en précisant le régime juridique de la délégation en matière civile. Ainsi, aucune disposition légale n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit, elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement. Clairement la Chambre mixte distingue le pouvoir de représentation de la société par actions simplifiée à l'égard des tiers soumis à l'article L.227-6 du Code de commerce et la délégation de pouvoir fonctionnelle. Le juge civil n'a pas pour l'instant livré plus de précisions, contrairement au juge de la juridiction criminelle qui définit avec précision les critères de validité de la délégation de pouvoirs. Mais si la chambre mixte ainsi que la chambre sociale⁸⁵⁹ se sont alignées sur l'identité du délégataire à savoir un préposé, ce qui se conçoit puisque seule cette qualité permet un contrôle étroit des conditions dans lesquelles le délégataire met en œuvre l'autonomie fonctionnelle qui lui a été reconnue en tant que titulaire secondaire du pouvoir, les deux Chambres ne se sont pas prononcées sur les qualités que doit réunir celui-ci dans l'accomplissement de sa mission. Il peut être tout au plus déduit de l'identité du délégataire fonctionnel que la délégation doit être confiée, en priorité, à des salariés proches de l'employeur, en raison de la nature des responsabilités qui lui incombent, c'est-à-dire un cadre.

B. Les effets de la délégation de pouvoirs

684. Dès lors que le salarié cadre assumait, dans le cadre d'une délégation de pouvoirs, la responsabilité d'un chef d'entreprise au moment où un manquement a été relevé ou l'infraction a été commise, il doit répondre de cette infraction au lieu et place du chef d'entreprise. La délégation a donc pour effet un transfert de la responsabilité pénale sur les épaules du cadre (1.) et un transfert de la responsabilité civile (2.), ainsi le cadre peut se retrouver prisonnier de la délégation de pouvoirs (3.)

⁸⁵⁹ Cass.soc. 26 janvier 2011, n°08-43.475, Cass.soc. 2 mars 2011, n°09-67.237 et 08-45.422, obs FERRIER (N), RDT 2011, p.307 ; Cass.soc. 8 novembre 2011, n°11-10.038.

1. Le transfert de la responsabilité pénale aux cadres

685. « Par le jeu de la délégation de pouvoirs, le chef d'entreprise peut organiser le transfert de responsabilité pénale et, par conséquent, celui de la sanction qui y est potentiellement attachée »⁸⁶⁰. En effet, le chef d'entreprise est en principe pénalement responsable des infractions commises dans son établissement. Si comme le souligne l'article 121-1 du Code pénal, « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait », il est acquis que le chef d'entreprise répond non seulement des infractions qu'il a matériellement commises, mais aussi de celles qui sont le fait de ses subordonnés⁸⁶¹.

686. Lorsqu'il y a eu une infraction à la réglementation du travail, notamment aux règles d'hygiène et de sécurité, le chef d'entreprise normalement responsable pourra s'exonérer s'il peut démontrer qu'il a consenti une délégation de pouvoir à l'un de ses préposés. C'est ce dernier qui verra alors sa responsabilité engagée. Ainsi, lorsqu'un accident corporel survient et qu'il résulte de l'inobservation des règles de sécurité, la responsabilité est imputable au délégataire, c'est ce dernier qui fait l'objet de poursuites pour homicides ou blessures par imprudence. Les juges du fond doivent caractériser la faute personnelle du délégataire en fonction des circonstances de chaque espèce.

687. Ainsi, commet une faute personnelle le cadre, directeur salarié, délégataire des pouvoirs de l'employeur sur le chantier où des manquements au système réglementaire de protection sur les échafaudages ont été constatés. L'argument selon lequel les ouvriers placés sous ses ordres auraient de leur propre initiative retiré les garde-corps initialement mis en place, demeure sans portée, dès lors que le responsable désigné par les textes n'est pas seulement tenu de fournir les éléments de protection prévus par la réglementation, mais aussi de tenir la main à leur utilisation effective.⁸⁶²

688. Lorsque la validité de la délégation est admise par les juges, le préposé délégataire sera déclaré pénalement responsable des infractions commises dans la sphère de son

⁸⁶⁰ TEISSIER (A.), « La validité de la délégation de pouvoirs (Le choix du délégataire », *RJS* 1/03 Chron. p. 551.

⁸⁶¹ La Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle en effet régulièrement que « la responsabilité pénale peut naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un préposé » (Cass.crim. 28 février 1956, *Widerkehr*, *JCP* 1956, II, 9304 note de LESTANG (R.); *D.* 1956. 391 note X.; *JCP CI* 1956, 58 972, obs. de LESTANG (R.) • Cass.crim. 27 juillet 1970, Aubinais (M.) et la Sté de papeteries Hervé, *Bull. crim.* n°250).

⁸⁶² Cass.crim. 9 février 1982 MARESCHAL ; dans le même sens Cass.crim. 3 mai 1978 *Juri-Soc* 1978 ; Cass.crim. 5 octobre 1982 *Juri-Soc* 1983 ; Cass.crim. 3 janvier 1986 *Juri-Soc* 1986 ; Cass.crim. 9 janvier 1996 *Juris Data* n°1996-001661.

autorité. Comme nous l'avons déjà précisé, il est responsable des infractions qu'il commet matériellement, mais aussi, des infractions matériellement commises par les agents placés sous son autorité. Il s'agit d'une responsabilité pour faute personnelle, et non pas d'une responsabilité du fait d'autrui, car on va reprocher au préposé de ne pas avoir empêché la commission de l'infraction par un de ses subordonnés. Selon les cas il pourra lui être reproché d'avoir laissé se développer une situation contraire aux dispositions de la loi ou de n'avoir pas su se faire obéir.

689. Mais le transfert de responsabilité n'est cependant pas absolu, même lorsqu'il existe une délégation conforme aux exigences de la jurisprudence. La responsabilité du cadre délégataire sera exclue si aucune faute personnelle ne peut lui être imputée⁸⁶³. Il existe des situations dans lesquelles sa responsabilité ne sera pas engagée, lorsque par exemple l'acte délictueux ne relève pas de ses attributions ou lorsque le chef d'entreprise est lui-même l'auteur matériel de l'infraction. La délégation est sans influence et apparaît insuffisante pour que la responsabilité du délégataire soit substituée à celle du chef d'entreprise ; lorsqu'une infraction se poursuit ou se renouvelle sans que le chef d'entreprise, qui en a connaissance, intervienne pour la faire cesser. On considère que ce dernier, qui est informé des carences du délégataire, reprend le contrôle de l'atelier ou du chantier concerné et engage sa responsabilité ; ou encore lorsque le fonctionnement de l'entreprise est défectueux. C'est le cas notamment lorsque l'infraction a pour origine une décision prise au sommet de la hiérarchie⁸⁶⁴.

690. Il convient également de préciser qu'en droit pénal, la responsabilité est cumulative. Lorsque s'est produit un dommage corporel, les juges retiendront la responsabilité de tous ceux qui, par leur comportement, ont contribué à la réalisation de ce dommage. La responsabilité du délégataire sur le terrain du Code pénal ne fait pas obstacle à ce que d'autres responsabilités soient retenues. Il est possible que la responsabilité d'autres préposés soit engagée à côté de celle du délégataire.

691. Il peut y avoir cumul de responsabilités dans le cas d'un délégataire cadre, directeur de travaux, qui n'avait subdélégué à un conducteur de travaux qu'une partie de ses attributions en matière de sécurité. Leurs manquements respectifs dans le respect de la

⁸⁶³ Cass.crim. 14 oct. 1986, n°86-91.401 : *Bull. crim.*, n°288.

⁸⁶⁴ Cass.crim. 18 déc. 1963, n°63-91.968.

réglementation relevant de leur compétence permettent de retenir la responsabilité de l'un et de l'autre⁸⁶⁵.

692. Le cumul de responsabilité du délégataire avec celle de la société employeur du délégataire est également possible. La délégation de pouvoir ne remet jamais en cause la possibilité d'engager la responsabilité pénale de la personne morale. Les infractions non intentionnelles commises par le délégataire, dès lors qu'il agit dans le cadre de ses fonctions et pour le compte de la société, engagent cette dernière⁸⁶⁶. Il y a donc cumul de responsabilités. En effet, le salarié d'une société titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité est comme tel investi dans ce domaine de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission. Il est un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal, et engage la responsabilité de celle-ci en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique trouvant sa cause dans un manquement aux règles qu'ils étaient tenus de faire respecter en vertu de sa délégation⁸⁶⁷.

693. Toutefois, en cas d'accident du travail, les infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commises par le délégataire de pouvoirs désigné par chacune des sociétés constituant un groupement d'entreprises à l'occasion de l'attribution d'un marché engagent la responsabilité pénale de la seule personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime et non celle de l'employeur du délégataire⁸⁶⁸.

694. Il est évident que la délégation de pouvoir emporte comme conséquence le transfert de la responsabilité pénale sur les épaules du salarié, mais elle peut également transférer la responsabilité civile sur les épaules du salarié ce qui apparaît comme une exception au principe de l'immunité du salarié.

⁸⁶⁵ Cass.crim. 15 janv. 2008, n°06-87.805.

⁸⁶⁶ Cass.crim., 15 mai 2012, n°11-83.301 ; Cass.crim., 12 juin 2012, n°11-83.692 ; Cass.crim., 26 juin 2012, n°11-86.267, note ROBERT (J.-H.), *JCP E* 2012 n°47. 1697.

⁸⁶⁷ Cass.crim. 25 mars 2014, n°13-80.376, obs. ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *RDI* 2014 p. 410 ; SALOMON (R.) *Chron. de droit pénal, Dr.soc.*, 2014, n°11, p. 948.

⁸⁶⁸ Cass.crim. 13 oct. 2009, n°09-80.857.

2. Le transfert de la responsabilité civile

695. Avec l'arrêt COUSIN rendu en Assemblée plénière le 14 décembre 2001⁸⁶⁹, la Cour de cassation a décidé que « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci ». Avec cette jurisprudence, seule la faute pénale intentionnelle du salarié, cadre ou non-cadre, permettait d'engager sa responsabilité, à l'exclusion de la faute pénale d'imprudence.

696. La jurisprudence a, en la matière, connu une évolution avec un arrêt rendu le 28 mars 2006⁸⁷⁰. L'affaire soumise à la Cour était la suivante : à la suite d'un accident sur un chantier (celui du stade de France), un ouvrier avait été tué et un autre blessé. La responsabilité pénale du directeur du chantier, un salarié cadre ayant reçu délégation de pouvoirs de l'employeur, avait été retenue sur le fondement de l'homicide et des blessures involontaires, les juges ayant estimé que le préposé, auteur indirect des dommages, avait commis une faute qualifiée au sens de la loi du 10 juillet 2000⁸⁷¹. Les proches demandèrent alors des réparations civiles qui leur furent accordées par les juges du fond et la Cour de cassation les en approuvés. Dans le cadre du pourvoi, le salarié se prévalait de la jurisprudence COUSIN qui exige une faute intentionnelle pénalement qualifiée pour engager sa responsabilité (lui-même étant déclaré coupable d'une seule faute pénale d'imprudence). La Cour de cassation a néanmoins admis la condamnation du salarié en observant que « *le préposé, titulaire d'une délégation de pouvoirs, auteur d'une faute qualifiée au sens de l'article 121-3 du Code pénal, engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions* ». Par cet arrêt, la Cour procède donc bien à une extension de la responsabilité civile des salariés, titulaires d'une délégation de pouvoirs, puisque désormais une faute d'imprudence suffit à engager la responsabilité civile du salarié délégataire⁸⁷². Ainsi, compte tenu des effets de la délégation de pouvoirs sur la situation du cadre, ce dernier peut être considéré comme prisonnier de la délégation de pouvoirs.

⁸⁶⁹ Cass. Assemblée Plénière 14 décembre 2001 *Juris Data* n°2001-012267.

⁸⁷⁰ Cass.crim. 28 mars 2006 n ° 05-82.975.

⁸⁷¹ Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, (JORF n°159 du 11 juillet 2000 page 10484).

⁸⁷² La faute d'imprudence se distinguant de la faute intentionnelle en ce que si le comportement consistant en une prise de risque a été voulu, le résultat en revanche n'a pas été recherché.

3. Le cadre prisonnier de la délégation de pouvoir

697. Il est à noter que le consentement du salarié à la délégation de pouvoir qui peut lui être proposée est nécessaire. Cependant, la portée du refus est différente selon que la délégation de pouvoir entraîne un simple changement des conditions de travail ou une modification du contrat de travail.

698. Depuis la jurisprudence du 10 juillet 1996, la chambre sociale a substitué à la distinction ancienne, entre « modification substantielle », et « non substantielle »⁸⁷³, celle opposant « modification du contrat de travail » et « changement des conditions de travail »⁸⁷⁴. Cette nouvelle distinction a substitué au critère quantitatif fondé sur l'importance de la modification un critère qualitatif fondé sur la nature de l'objet modifié. Désormais, il est fait référence « au socle contractuel »⁸⁷⁵ constitué par la subordination du salarié, la rémunération ainsi que son travail⁸⁷⁶, auxquels il faut ajouter les éléments contractualisés par la volonté des parties au moyen de clauses particulières⁸⁷⁷. Ainsi, toute disposition affectant l'un des éléments du socle contractuel constituerait une modification *stricto sensu* du contrat de travail que le salarié serait en droit de refuser. Simple dans son énoncé, le critère reste délicat à mettre en œuvre, la délégation de pouvoir en offre une parfaite illustration.

699. La délégation de pouvoir est susceptible de modifier le travail du salarié, car le pouvoir est délégué en vue d'accomplir un acte ou une fonction déterminés donc elle mériterait la qualification de modification du contrat de travail, puisque la moindre variation dans le contenu de la prestation de travail constitue une telle modification.

700. Ce n'est pas la position de la Cour de cassation qui distingue nettement selon que la mesure envisagée par l'employeur modifie, soit l'affectation du salarié, soit sa qualification ou sa classification⁸⁷⁸. Dans le premier cas, la modification est un simple

⁸⁷³ Cass.soc. 18 février 1970 : *Bull.civ.* V., n°120.

⁸⁷⁴ Cass.soc. 10 juillet 1996, 3 arrêts, n°93-41.137 ; n°93-40.966 ; n°93-40.435 ; *RJS* 8 -9/1996, n°900 ; WAQUET (Ph.), « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/1996, p. 791.

⁸⁷⁵ WAQUET (Ph.), « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », art. préc., p.792.

⁸⁷⁶ WAQUET (Ph.), « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 5/1999, p.384.

⁸⁷⁷ BOUBLI (B.), « La modification du contrat de travail », *SSL* 1997, n°849, D 4.

⁸⁷⁸ La qualification et la classification sont le reflet de l'expérience et des diplômes du salarié, la qualification professionnelle est « un élément identitaire majeur qui détermine fortement les comportements collectifs et individuels » (SANTELMAN (P.), « La reconnaissance de la qualification professionnelle », *Dr.soc.* 1995, p. 1014). Ainsi l'emploi exercé par le salarié est le produit d'un élément statique (la qualification et la classification) et d'un élément dynamique (le pouvoir d'organisation). La circonscription du domaine du

changement des conditions de travail et dans le second une modification du contrat de travail, alors qu'en toute hypothèse le travail est affecté. Dans la mesure où la délégation de pouvoir est susceptible de modifier les fonctions du salarié, la qualification de la modification s'apprécie au regard des fonctions initialement exercées.

701. Dès lors, la délégation de pouvoir peut avoir pour effet de favoriser l'exercice des fonctions du salarié, par exemple le chef de chantier investi du pouvoir de prononcer des sanctions disciplinaires à l'égard des ouvriers placés sous son autorité. On peut considérer que la délégation de pouvoir ne modifie pas la fonction du salarié, mais en facilite l'accomplissement. Il serait *a priori* difficilement possible pour un salarié cadre de refuser une délégation de pouvoir dans la mesure où une telle délégation découlerait nécessairement de ses fonctions.

702. En revanche, lorsque la délégation de pouvoir s'accompagne d'une augmentation de l'autonomie concédée et du niveau de responsabilité telle qu'elle modifie la qualification ou la classification du salarié, il s'agira d'une modification du contrat de travail stricto sensu, attendant l'accord du salarié.

703. Enfin, il aurait pu sembler légitime de considérer qu'une délégation de pouvoirs s'accompagnant d'un transfert de responsabilité pénale du délégant vers le délégataire puisse constituer une modification du contrat de travail puisqu'elle aggrave la situation du salarié. Cette analyse est erronée, car la jurisprudence se fonde sur un critère qualitatif, tenant au changement de qualification ou de classification du salarié et non pas quantitatif au regard de l'aggravation de la responsabilité pénale.

704. Le cadre ne pourra pas refuser une délégation de pouvoir qui est inhérente à ses fonctions, elle relèvera d'un simple changement des conditions de travail et son refus pourra être constitutif d'une faute grave⁸⁷⁹. Un refus qui peut sembler pourtant légitime eu égard aux effets de la délégation de pouvoir. Ainsi, il est à noter que la question de la contrepartie financière associée à la délégation de pouvoirs apparaît, de ce point de vue, comme extrêmement pertinente.

changement des conditions de travail revient à se demander si le salarié continue d'exercer une fonction en adéquation avec sa qualification ou sa classification dans l'entreprise.

⁸⁷⁹ Cass.soc. 4 juin 1998 ; *Dalloz* 1999, somm. p. 35, obs. BOISSEL (C.) ; *SSL* n°898, suppl. jurisp., p.15, au terme duquel « le refus du salarié d'accepter un changement de ses conditions de travail ne constitue pas nécessairement une faute grave ».

705. L'exigence d'une contrepartie financière peut sembler s'imposer lorsque la délégation de pouvoir opère un transfert de responsabilité pénale du délégant vers le délégataire. En effet, comme le souligne Monsieur Christophe RADÉ « *on concevrait avec difficulté qu'un salarié possédant une grande marge d'initiative connaisse un régime de responsabilité sévère sans que sa rémunération prenne en compte le risque ainsi créé* » et de conclure : « *il convient d'exiger que la rémunération tienne compte du transfert partiel de responsabilité de l'entreprise vers le travailleur* »⁸⁸⁰.

706. De plus, dans la mesure où le régime juridique applicable à la délégation de pouvoir découle d'une création jurisprudentielle, il ne serait pas difficile pour les juges d'y adjoindre comme condition de validité, une contrepartie pécuniaire, comme ce fut le cas pour la clause de non-concurrence⁸⁸¹. Ainsi, ni la validité de la délégation de pouvoir, ni même son efficacité, ne semblent subordonnées à l'existence d'une contrepartie pécuniaire au profit du salarié délégataire⁸⁸².

707. Pèsent également sur les cadres d'autres sujétions qui apparaissent sous forme de clauses protectrices des intérêts de l'entreprise. Il existe donc tout un éventail de clauses contractuelles qui certes ne sont pas exclusivement réservées aux cadres, mais qui en pratique, au vu de leur position dans l'entreprise, leur sont dévolues.

II. Les clauses protectrices des intérêts de l'entreprise

708. Plus le cadre a une position stratégique dans l'entreprise et plus l'entreprise va s'appliquer à introduire dans le contrat de travail des clauses protectrices de ses intérêts. Ainsi, certaines clauses auront pour intérêt de capter le cadre (A.) et d'autres auront pour intérêt d'exiger une plus grande adaptabilité du cadre en insérant des clauses favorisant l'implication du cadre (B.).

⁸⁸⁰ RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, Tome 282, 1997, n°236 ; DALMASSO (TH.), *La délégation de pouvoir*, éd. Joly, 2000, p.95.

⁸⁸¹ Cass.soc. 10 juillet 2002 n°99-43.334 à 99-43.336, n ° 00-45.135, n ° 00-45.387, V. notamment, RADÉ (C.), « Les nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence », *Revue des contrats*, 2003, p. 142 ; VATINET (R.), « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio », *Dr.soc.* 2002, p. 949.

⁸⁸² FERRIER (N.), *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, op.cit., spéc., p. 268.

A. La captation du cadre

709. Au regard de sa position dans l'entreprise, le cadre représente une menace potentielle, mais réelle pour l'entreprise. Pour y faire face, les employeurs insèrent dans le contrat de travail des clauses dites « d'optimisation » de la loyauté qui visent à garantir la loyauté des salariés et ainsi s'assurer de leur fidélité durant l'exécution du contrat de travail (1), mais aussi après la rupture de celui-ci (2).

1. Les clauses favorisant la fidélité du cadre durant l'exécution du contrat de travail

710. Tout d'abord, les clauses de dédit formation font obligation aux salariés ayant suivi une formation financée par l'employeur, de rester au service de celui-ci pendant une période déterminée, sauf à verser à l'entreprise, en cas de départ anticipé, une somme forfaitaire couvrant les frais de formation engagés⁸⁸³. Ce type de clause restreint *in fine* la liberté des salariés, et donc encore une fois la Cour de cassation est venue préciser que ces clauses ne sont « licites [que] dans la mesure où elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective »⁸⁸⁴, que « le montant de l'indemnité [doit être] proportionné aux frais engagés et [qu'elles ne doivent] pas [avoir] pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner »⁸⁸⁵.

711. Ensuite, il existe un autre type de clause qui se révèle être un véritable procédé de « captation » du savoir, il s'agit des clauses d'inventions. Ces dernières permettent à l'employeur de se faire attribuer la jouissance ou la propriété de tout ou partie des droits attachés aux brevets d'invention, lorsque les inventions sont réalisées par le salarié, soit en cours d'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou des moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle⁸⁸⁶. Il est à noter que le contrat de travail ne peut aménager le sort

⁸⁸³ Cass.soc.4 février 2004, Lafontan c/SA Compagnie aérienne Flandre Air, *JCP E.* 2004. 1186.

⁸⁸⁴ Cass.soc. 17 juillet 1991, Jourdan c/Sté Fidal, *RJS* 10/91 n°1270 obs. X. ; *Dr.soc.* 2002. 902 obs. SAVATIER (J.).

⁸⁸⁵ Cass.soc.4 février 2004, Lafontan c/SA Compagnie aérienne Flandre Air, *JCP E.* 2004. 1186.

⁸⁸⁶ Art. L. 611-7, 2° C. Propr.intell.

que des seules inventions brevetables des salariés⁸⁸⁷ et que l'accord du salarié doit, sous peine de nullité, être constaté par écrit⁸⁸⁸.

712. Il est donc nécessaire que le contrat de travail comporte une mission inventive pour que l'employeur en revendique la propriété⁸⁸⁹. En effet, le salarié qui est amené à exercer une mission d'invention ne peut en revendiquer la propriété afin que l'employeur soit en mesure d'en disposer librement pour les besoins de l'entreprise. Il est certain que le contrat de travail serait dénué de cause si l'invention, fruit de l'exécution de la prestation de travail, échappait au contrôle de l'employeur. En contrepartie, l'auteur de l'invention bénéficie d'une rémunération supplémentaire dont le montant peut-être déterminé par les conventions collectives, les accords d'entreprises ou le contrat de travail⁸⁹⁰. Si cette captation du savoir paraît défavorable au salarié, la jurisprudence a permis d'améliorer les modalités de calcul de cette rémunération supplémentaire en invitant à y intégrer les retombées économiques liées à l'utilisation du procédé par l'entreprise⁸⁹¹.

713. Une autre hypothèse est à envisager, celle de l'article L. 611-7 2° du Code la propriété intellectuelle qui dispose que « *toutes les autres inventions appartiennent au salarié. Toutefois, lorsqu'une invention est faite par un salarié dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle, l'employeur a le droit [...] de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié* ». En vertu de cet article, les inventions hors mission restent en principe la propriété du salarié, mais il en perdra la propriété si elles sont réalisées dans l'une des configurations visées par ce dernier. Si l'employeur exerce ce droit, le salarié doit obtenir un juste prix qui, à défaut d'accord et à la demande d'une des parties, est fixé par la commission de conciliation instituée par l'article L.615-21 du Code de la propriété intellectuelle ou par le tribunal de grande instance. Les autres inventions appartiennent au salarié et ne sont pas attribuables à l'employeur. Si ce dernier

⁸⁸⁷ Art L. 611-10, 2° C. Propr.intell. « *Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment : a) Les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; b) Les créations esthétiques ; c) Les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs ; c) Les présentations d'informations ; (...)* ».

⁸⁸⁸ Art. L. 611-7, 3°, aL.3 C. Propr.intell.

⁸⁸⁹ JOURDAN (D.), « Rédaction d'une clause relative aux inventions de salariés », *JCP S*, 2007, n°26, p.16.

⁸⁹⁰ V. obs. DORIGNON (C.), *Dr. Ouv.* 2010, p. 486.

⁸⁹¹ Cass.com., 21 nov.2000 ,*D.* 2002, somm. p. 1188, obs. RAYNARD (J.).

souhaite s'en attribuer la propriété, il faudra établir une convention de cession distincte du contrat de travail⁸⁹².

714. Enfin, les clauses d'exclusivité permettent à l'employeur d'interdire aux salariés, pendant l'exécution de leur contrat, soit l'exercice d'une autre activité professionnelle, quelle qu'elle soit, soit l'exercice d'une activité particulière. Ces clauses permettent à l'employeur de dépasser le cadre de la concurrence en interdisant aux salariés chargés de représenter l'entreprise ou à ceux qui détiennent ou sont susceptibles de détenir des données confidentielles, d'exercer une autre activité professionnelle. La Chambre sociale de la Cour de cassation, soucieuse de préserver les droits fondamentaux des salariés, a cependant précisé que « la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail [et] qu'elle n'est [par conséquent] valable que si elle est indispensable à la protection légitime de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché »⁸⁹³. Ainsi, une clause d'exclusivité ne peut être imposée à un salarié engagé en contrat de travail à temps partiel. En effet la chambre sociale de la Cour de cassation considère que dans ce cadre, la clause d'exclusivité porte atteinte au principe constitutionnel de la liberté du travail⁸⁹⁴. Mais la jurisprudence a également parfois privé d'effet une clause d'exclusivité figurant pourtant dans le contrat de travail d'un salarié travaillant à temps complet.

⁸⁹² Note sous Cass.soc. 21 sept. 2011, Dr.Ouv. 2012 n°762, p.54, obs. MARIÉ (R.)

⁸⁹³ Cass.soc. 11 juillet 2000, Marchal c/Pimouguet, Dr.soc. 2000. p.1141 obs. MOULY (J.).

⁸⁹⁴ Cass.soc. 11 juil. 2000, n°98-40.143, obs. MOULY (J.) Dr.soc. 2000, p.1141, Cass.soc. 16 sept. 2009, obs. HAUTEFORT (M.), JSL 2009 n°265 p.8.

2. Les clauses favorisant la fidélité du cadre après la rupture du contrat de travail

715. Il s'agit maintenant de s'intéresser aux clauses qui régissent les relations post-contractuelles et notamment à la clause de non-concurrence. Encore une fois, il ne s'agit pas d'une clause spécifiquement réservée au cadre. Mais compte tenu de sa situation dans l'entreprise, les employeurs introduisent de telles clauses dans le contrat de travail afin de se protéger d'une concurrence déloyale. Ainsi, la clause de non-concurrence interdit aux salariés, après la rupture de leur contrat de travail, d'exercer une activité professionnelle, salariée ou non, susceptible de concurrencer celle de leur ancien employeur. Au vu de l'atteinte apportée aux droits fondamentaux du salarié, et en l'absence de dispositions légales, la Cour de cassation est encore intervenue pour préciser les conditions de validité de ce type de clauses. Si d'abord la Cour de cassation affirmait que la clause de non-concurrence était en principe licite⁸⁹⁵. Cette solution était pour le moins discutable, car toute clause de non-concurrence est une atteinte portée à la liberté du travail. Ainsi, la licéité de ces clauses ne doit être retenue qu'à titre exceptionnel lorsque l'employeur rapporte la preuve que les intérêts légitimes de l'entreprise sont en périls. Dénoncé comme « *une solution qui n'était pas seulement peu satisfaisante d'un point de vue juridique ; elle était socialement inopportune en période de crise ; il est inadmissible socialement que l'auteur d'un licenciement puisse interdire au salarié licencié et chômeur d'exercer son activité dans un domaine où celui-ci est spécialement compétent* »⁸⁹⁶, elle est également « économiquement absurde »⁸⁹⁷, la chambre sociale de la Cour de cassation a su faire évoluer sa jurisprudence manifestant un certain sens du compromis.

716. Elle a ainsi admis qu'« *une clause de non-concurrence peut valablement interdire toute activité dans une entreprise concurrente dès l'instant qu'elle est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et qu'elle n'empêche pas le salarié de retrouver un autre emploi, compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelle* »⁸⁹⁸. Mais plus encore, les clauses de non-concurrence ne sont désormais licites que lorsqu'elles sont

⁸⁹⁵ Cass.soc. 8 mai 1967, *Dalloz* 1967, p. 230, note LYON-CAEN (G.) ; grands arrêts, n° 44.

⁸⁹⁶ AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, précis *Dalloz*, 29^e éd, 2015, n°175 p. 207.

⁸⁹⁷ PELISSIER (J.), « La liberté du travail », *Dr.soc.* 1990, p. 19. V également, LYON-CAEN (G.), « Les clauses restrictives de la liberté du travail », *Dr.soc.* 1963, p. 87 ; GAUDU (F.), « Fidélité et rupture », *Dr.soc.* 1991, p. 419.

⁸⁹⁸ Cass.soc. 18 décembre 1997, *Sté Doutaves N. Bernard c/M. Heuby*, *Dr.soc.*1998, p. 194 obs. SAVATIER (J.).

indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, et qu'elles n'empêchent pas le salarié de retrouver un autre emploi compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelle⁸⁹⁹.

717. Désormais, la validité des clauses de non-concurrence n'a plus valeur de principe, les clauses qui apportent une atteinte à la liberté du travail ne peuvent être admises qu'exceptionnellement, quand elles sont tout à fait indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise lorsqu'ils sont identifiables et avérés, tels que des risques de détournement de clientèle ou de divulgation de savoir-faire. De plus, la portée de la clause doit être proportionnée à la mesure des risques⁹⁰⁰. Pour résumer, les clauses de non-concurrence ne sont licites que lorsqu'elles sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise limités dans le temps et dans l'espace, qu'elles tiennent compte des spécificités de l'emploi du salarié et comportent l'obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière⁹⁰¹.

718. Ceci étant dit, il apparaît que la validité des clauses de non-concurrence semble être liée aujourd'hui, plus encore qu'hier, à l'importance des fonctions exercées par les salariés dans l'entreprise. Les clauses de non-concurrence semblent en effet destinées aux seuls salariés qui ont accès dans l'entreprise à des informations essentielles pour son développement et sa pérennité, à des savoirs qui pourraient créer pour l'entreprise des risques particuliers de concurrence, et donc très souvent à des cadres.

719. Compte tenu des contraintes liées au régime juridique des clauses de non-concurrence, certains employeurs ont recours plus volontiers à des clauses d'un genre voisin. L'employeur va donc songer à des restrictions moins fortes en se contentant d'interdire seulement le démarchage de ses clients ou de certains d'entre eux. Cette clause, baptisée clause de non-démarchage de la clientèle ou de non-détournement de la clientèle, ou encore de non-captation de la clientèle a pour but de protéger l'entreprise contre les salariés exerçant une activité commerciale dans l'entreprise ou du moins ayant été pendant l'exécution de leur contrat en contact avec la clientèle.

⁸⁹⁹ Cass.soc. 18 décembre 1997, Sté Doutaves N. Beranad c/M. Heuby ; préc.

⁹⁰⁰ Cass.soc. 19 novembre 1996, Martinez c/Auto Service 34 ; *Dr.soc.* 1997, p. 95, obs. COUTURIER (G.).

⁹⁰¹ Cass.soc. 10 juillet 2002, M. Moline c/Sté MSAS Cargo International, *JCP* 2002, II, 10 162 note PETIT (F.) ; *JCP E* 2002, p. 1511 note CORRIGNAN-CARSIN (D.) ; *JCP* 2003, I, 130, chron. MORVAN (P.), p. 769 ; *Dalloz* 2002, p. 2491, note SERRA (Y.) ; *RJS* 10/02 n°1119 obs. X. ; VATINET (R.), « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio », *Dr.soc.*2002, p.949 ; LANGLOIS (Ph.), « Les nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence », *Dalloz* 2002, p. 2269.

720. La clause de non-concurrence et la clause de non-démarchage de la clientèle poursuivent la même finalité, celle de protéger les intérêts de l'entreprise et particulièrement sa clientèle. La différence essentielle tient en l'intensité de la restriction professionnelle, la clause de non-démarchage étant moins contraignante. Pour autant, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'hésite pas à requalifier ces clauses en clause de non-concurrence, lorsqu'elle relève « *par motifs propres et adoptés que « la clause de clientèle » contenait une interdiction, y compris dans les cas où des clients de l'employeur envisagerait spontanément, en dehors de toute sollicitation ou démarchage, de contacter directement ou indirectement avec l'ancienne salariée, et retenu que dans ce cas, il ne peut être considéré que l'intéressé manque de loyauté à l'égard de son ancien employeur, la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause s'analysait en une clause de non-concurrence, illicite, car dépourvue de contrepartie financière et non limitée dans le temps et dans l'espace* »⁹⁰². Dès lors qu'une clause de non-démarchage de clientèle est requalifiée en clause de non-concurrence, elle doit être soumise au régime juridique de celle-ci. La Cour de cassation ne se contente pas du libellé de la clause, elle en vérifiera donc le contenu.

721. En définitive, si la Cour de cassation fait preuve d'une vigilance accrue s'agissant des clauses qui permettent de s'assurer de la fidélité des cadres compte tenu des atteintes aux droits fondamentaux de ces derniers, il existe d'autres clauses contractuelles qui permettent de s'assurer de l'implication des cadres et qui nécessitent tout autant la vigilance des juges.

B. Les clauses favorisant l'implication du cadre

722. Les clauses liées à l'exécution du contrat de travail permettent à l'employeur de s'assurer d'une meilleure adaptabilité et d'une implication plus forte du cadre en insérant dans le contrat de travail des clauses de mobilité (1) et de résultats (2).

⁹⁰² Cass.soc. 27 octobre 2009, n°08-41.501, *Lexbase Hebdo*, éd.soc. 2009, n°371, note AUZERO (G.).

1. Les clauses de mobilité

723. En raison des fonctions exercées par le cadre, celui-ci est astreint à un impératif de mobilité géographique. En principe, le lieu de travail du salarié constitue, avec la rémunération, la durée et l'horaire de travail, l'un des quatre « piliers contractuels »⁹⁰³ et ne peut donc être modifié unilatéralement⁹⁰⁴. Ceci étant dit, le lieu de travail n'est pas un « élément contractuel par nature »⁹⁰⁵ ce qui explique que la modification du lieu de travail obéit à un régime jurisprudentiel très subtil. Ainsi le lieu de travail, même lorsqu'il est stipulé au contrat de travail, peut ne pas s'imposer aux parties, il n'a selon la Cour de cassation qu'une valeur informative. En effet, elle précise que « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement sur ce lieu* »⁹⁰⁶. Donc, à défaut de contractualisation du lieu de travail, il est admis, sauf stipulations conventionnelles plus favorables, que l'activité du salarié s'effectue dans un même « secteur géographique », et toute mutation dans le cadre de ce « bassin d'emploi », de « cette agglomération urbaine »⁹⁰⁷ n'emportant pour le salarié qu'un changement des conditions de travail. Mais si la rédaction du contrat de travail revêt une importance capitale, la nature de l'activité du salarié peut exiger une certaine disponibilité géographique⁹⁰⁸.

724. Ainsi « *Appelés, plus que d'autres, à se déplacer d'un établissement ou d'une filiale à l'autre au sein de l'entreprise ou du groupe auquel ils appartiennent, les cadres sont [en effet] astreints à un impératif de mobilité* »⁹⁰⁹. La Chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'une « *mission ponctuelle [à l'étranger] demandée à une [salariée], qui avait été*

⁹⁰³ WAQUET (Ph.), obs sous Cass.soc. 20 octobre 1998, Mme Bonimond c/Sté Maille Souple, *Dr soc.* 1998, p. 1045 ; V. également RADÉ (C.), Chron.sous Cass.soc. 24 septembre 2008, Société Sapco et a. c/M. Jean-Paul Giry et a., *Contrat de travail : notion d'élément contractuel - le salutaire retour de la Cour de cassation à l'orthodoxie*, *Rev. Contrat* 2009, p.172.

⁹⁰⁴ Art.1134 du Code civil.

⁹⁰⁵ ANTONMATTEI (P.-H.), *Les éléments du contrat de travail*, *Dr.soc.* 1999, p. 330.

⁹⁰⁶ Cass.soc. 3 juin 2003, Sté Resoserv SA c/Sté Jelt CM, n°01-43573 ; *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs. SAVATIER (J.) ; *JCP* 2003.1843 note VERICEL (M.), *JCP E* 2003. 2053 Chron. DARMAISIN (S.) ; LE BERRE (J.) et CHAUTARD (F.), « *Les définitions du lieu de travail* (à propos des arrêts du 3 juin 2003) », *JCP E* 2003. 1372.

⁹⁰⁷ « C'est évidemment aux juges du fond de définir, localement le secteur géographique en fonction des facilités de communication, des transports existants, des habitudes culturelles, etc. L'expression n'est certes pas la meilleure qui soit, et une autre désignation pourrait être trouvée : bassin d'emploi, agglomération urbaine... L'essentiel est d'admettre que les salariés sont tenus à une certaine mobilité », (WAQUET (Ph.), « *Le renouveau du contrat de travail* », *RJS* 5/99, Chron. p.383).

⁹⁰⁸ Cass.soc.21 mars 2000, Mme Marchand c/Sté Axys Consultants, n°97-44.851 ; *Dr.soc.* 2 000 651 obs. MOULY (J.) • Cass.soc. 3 février 2010, n°08-41.412 ; *Dr.soc.* 2010, p. 470, obs RADÉ (C.) • Cass.soc. 2 avril 2014, M. X. c/Société Vinci construction terrassement, n°12-19.573, obs. MOULY (J.), *Dr.soc.* . 2014 n°7/8, p. 677.

⁹⁰⁹ TEYSSIER (B.), « *Les cadres* », *JCP E* 1995, I, 514, p. 512.

embauchée en qualité de consultant-cadre, compte tenu de ses connaissances [de la langue du pays], et qui contractuellement était tenue d'effectuer des séjours en province, ne constitue pas une modification de son contrat de travail »⁹¹⁰. De même, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'un consultant international qui avait refusé de se rendre à une réunion à Alger commettait une faute, car le « *déplacement refusé par le salarié s'inscrivait dans le cadre habituel de son activité de consultant international* »⁹¹¹.

725. Il semblerait que la jurisprudence ait introduit une distinction subtile entre le déplacement entrant dans le cadre habituel de l'activité du salarié et les affectations occasionnelles hors du secteur géographique⁹¹². Au regard de cette jurisprudence, il apparaît que l'affectation temporaire hors du secteur géographique, lorsqu'elle entre dans le cadre habituel de l'activité du salarié, est moins protectrice pour les salariés que l'hypothèse de la modification temporaire du lieu de travail hors du secteur géographique qui doit répondre à trois conditions cumulatives. L'affectation temporaire doit être motivée par l'intérêt de l'entreprise, justifiée par des circonstances exceptionnelles et le salarié doit être informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible⁹¹³.

726. La mobilité géographique des cadres semble ainsi érigée au rang de principe. Manifestement, « ces salariés peuvent subir, en raison de leurs responsabilités et de leur niveau de rémunération, un certain nombre de sujétions, qu'on ne saurait imposer aux autres salariés »⁹¹⁴. En effet, les déplacements entrant dans le cadre habituel de l'activité du salarié peuvent certainement faire l'objet de critiques et notamment au regard de l'article L.1121-1 du Code du travail qui prévoit que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles [...] des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Cependant, « tout est question de mesure, d'équilibre, de bonne foi de part et d'autre dans l'exécution des obligations contractuelles »⁹¹⁵.

⁹¹⁰ Cass.soc. 21 mars 2000, Mme Marchand c/Sté Axys Consultants, n°97-44.851, préc.

⁹¹¹ Cass.soc. 11 juillet 2012, n°10-30.219, *JSL* 2012, n°329, p. 20, note LHERNOULD (J.-P.); *Dalloz* 2013, p. 1026, obs. PORTA (J.).

⁹¹² Cass.soc. 2 avril 2014 M.X c/Société Vinci Construction terrassement, n°12-19.573, *Dalloz* 2014, p. 875; *Dr.soc* 2014, p. 677, obs MOULY (J.).

⁹¹³ Cass.soc. 22 janvier 2003, Sté Travaux hydrauliques et batiments c/M. Tavarès, n°00-43.826, *JCP E* 2003 p. 1089, chron. MORVAN (P.); *JCP* 2003, II, p. 10080 note CORRIGNAN-CARSIN (D.); *Dr.soc.* 2003, p. 433, obs. SAVATIER (J.). Cass.soc. 3 février 2010 n° 08-41.412; *Dr.soc.* 2010, obs. RADÉ (C.); *Dr.ouvrier* 2010 p. 356, obs. LARDY-PÉLISSIER (B.); *JCP S* 2010, p. 1148, note ROULET (V.).

⁹¹⁴ Cass.soc. 21 mars 2000, Mme Marchand c/Sté Axys Consultants, préc.

⁹¹⁵ CORRIGNAN-CARSIN (D.), note sous Cass.soc. 21 mars 2000, Mme Marchand c/Sté Axys Consultants.

Or, il existe une différence notable entre une mission « ponctuelle » qui n'opère qu'un changement provisoire du lieu de travail et une affectation définitive du salarié sur un nouveau lieu de travail. La frontière paraîtra ténue lorsque la mission du salarié s'inscrit sur une durée de deux mois, ce qui semble devoir perturber la vie personnelle et familiale du salarié.

727. La contractualisation de cette obligation s'avère importante pour l'employeur lorsque le déplacement du salarié se veut définitif. Ainsi, elle lui permet d'imposer au salarié un nouveau lieu de travail, mais aussi parfois un nouveau lieu de vie. Dans un premier temps, la Cour de cassation reconnaissait la validité de principe de ces clauses de mobilité géographique à la condition qu'elle ne porte pas atteinte à une liberté fondamentale du salarié⁹¹⁶. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas et elle exige qu'une clause de mobilité définisse de manière précise sa zone géographique d'application et qu'elle ne puisse pas conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée⁹¹⁷. Pourtant cela ne semble pas suffisant, la licéité de telles clauses devrait être subordonnée au double principe de finalité et de proportionnalité posé par l'article L.1121-1 du Code du travail⁹¹⁸. Il est évident qu'une clause qui prévoit qu'« *indépendamment des déplacements professionnels qu'il peut effectuer dans le cadre de l'exécution de ses attributions [le salarié] s'engage à travailler dans les différents établissements actuels et/ou futurs de l'entreprise au fur et à mesure des affectations qui lui seront données dans l'intérêt de l'entreprise* »⁹¹⁹ serait nulle, de même pour les clauses de mobilité d'une société à une autre société appartenant au même groupe⁹²⁰.

728. Mais lorsque la validité des clauses de mobilité est admise, les juges opèrent un contrôle strict sur la mise en œuvre de celle-ci. Ainsi ils n'hésitent pas à utiliser leur pouvoir d'interprétation lorsqu'ils estiment que la clause de mobilité manque de clarté et n'hésitent pas à en limiter la portée. De plus si une clause de mobilité permet à l'employeur de se réserver la possibilité de modifier le lieu de travail, la mutation du salarié, relevant alors du pouvoir de direction de l'employeur tout refus pourra entraîner la rupture du contrat de travail pour faute. Le juge reconnaît au salarié la possibilité de refuser une mutation. C'est notamment le cas,

⁹¹⁶ Cass.soc. 12 janvier 1999, n°96-40755, à propos d'une nullité de la clause qui porte atteinte au libre choix de son domicile par le salarié, *RJS* 2/99, p. 103, note X ; *Dr.soc.* 1999, p.287, obs. RAY (J.-E.).

⁹¹⁷ Cass.soc. 7 juin 2006, *Dr.soc.*, n°04-45.846, 2006, p. 926 ; obs. FAVENNEC-HERY (F.).

⁹¹⁸ FROUIN (P.-Y.), La protection des droits de la personne et des libertés du salarié, *Cah.soc.barreau* 1998, n°99, p. 123 ; PELISSIER (J.), Pour un droit des clauses du contrat de travail, *RJS* 2005, p. 499 ;

⁹¹⁹ SIMONNEAU (M.), *Les clauses du contrat de travail*, Liaisons, Coll. Liaisons sociales, éd. 2000, n°44, p.114.

⁹²⁰ Cass.soc. 23 septembre 2009, n°07-44.200, *RDT* 2009, p. 647, note AUZERO (G.), « Un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur » ; Cass.soc. 14 octobre 2008, n°07-40.523, *RDC* 2009 p. 175, Chron. RADÉ (C.).

lorsque l'employeur abuse de son droit dans la mise en œuvre de la clause. Il en sera de même lorsque la mise en œuvre n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise soit enfin parce que la mise en œuvre de la clause de mobilité porte atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale et qu'une telle atteinte ne peut être justifiée par la tâche à accomplir et n'est pas proportionnée au but recherché⁹²¹. Ainsi pour la Cour de cassation est abusive la mise en œuvre d'une clause de mobilité insérée dans le contrat de travail d'une salariée cadre qui stipulait que l'intéressée pourrait être affectée dans les principales villes de France où l'employeur possède des établissements, la liste des centres d'activité la plus importante étant jointe. La salariée, au retour de son congé maternité, a refusé une nouvelle mutation, elle a été licenciée. Compte tenu de sa situation personnelle, elle était mère de quatre jeunes enfants et ce poste lui avait été proposé trois semaines avant son retour dans l'entreprise, ce qui l'avait mise dans l'impossibilité de tenir le délai ainsi fixé, la Cour de cassation a pu juger que l'intéressée était justifiée à refuser cette mutation⁹²².

729. De plus, dans le cadre des clauses de mobilité géographique, il est logique qu'une entreprise mettant en œuvre une clause de mobilité qui implique une mutation du salarié à l'autre bout de la France souhaite voir ce dernier s'installer à proximité, et que toute sa famille le rejoigne. Les clauses de mobilité n'impliquent cependant pas forcément un changement de domicile et par conséquent ne doivent pas être confondues avec les clauses faisant obligation au salarié de résider dans une région ou dans une ville déterminée⁹²³ qui portent assurément atteinte à la vie privée du salarié. Ces clauses ne recevront application que si elles sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnées compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché⁹²⁴. Mais il semble que la Cour de cassation entende faire une application stricte de ces conditions⁹²⁵. Ainsi, tout en admettant leur licéité, la Cour de cassation va considérer que le salarié est en droit de refuser toute mutation qui impliquerait une modification directe de la rémunération⁹²⁶ ou encore un passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit⁹²⁷. Mais en

⁹²¹ Cass.soc. 14 octobre 2008, n° 07-40.523, *RDT* 2008, p.731, note AUZERO (G.); Cass.soc. 23 mars 2011, n°09-69.127, *Dr.ouvrier* 2011, p. 367, obs. GARDIN (A.).

⁹²² Cass.soc. 14 octobre 2008, Société OTIS c/Mme Christelle Cayrat et a., n°07-43.070, *RDC* 2009 p. 175, Chron. RADÉ (C.).

⁹²³ Cass.soc. 15 mai 2007, pourvoi n°06-41.277, *RDT* 2007, p. 447 note BONNIN (V.).

⁹²⁴ WAQUET (Ph.), « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 5/99 Chron. p. 383.

⁹²⁵ Cass.soc. 28 février 2012, n°10-18.308, *RDT* 2012, p. 225 VARIN (C.), « Clause de résidence : la Cour de cassation persiste et signe ».

⁹²⁶ Cass.soc.3 mai 2006 n°04-4614, les juges assimilent à une modification du contrat de travail le maintien simplement provisoire de celle-ci.

pratique lorsque la clause de mobilité intervient sur une zone géographique relativement vaste, il en résultera une obligation de changement de domicile et donc une atteinte à un droit fondamental, le contrôle de proportionnalité sera donc plus sévère. Nul doute de l'utilité des droits fondamentaux pour les cadres, ils pourront lever ce bouclier alors même qu'une clause de mobilité est insérée dans leur contrat de travail. La mobilisation de ce mécanisme juridique démontre que le cadre, s'il n'est pas un salarié comme les autres est à tout le moins une personne comme les autres qui peut revendiquer l'atteinte à ses droits fondamentaux, telle que la protection de sa vie personnelle et familiale, qui ne serait pas justifiée ni proportionnée au but recherché.

730. Si les clauses de mobilité font peser sur les cadres un risque d'atteinte à leur vie personnelle et familiale, il existe d'autres clauses qui sont couramment insérées dans le contrat de travail des cadres et qui sont potentiellement dangereuses, car elles peuvent faire peser sur le cadre le risque de l'entreprise.

2. Les clauses de résultat

731. Les clauses de résultat⁹²⁸ imposent au salarié un résultat quantifié à atteindre. Ces clauses peuvent poser problème, car elles sont susceptibles de faire peser sur les épaules du salarié la réalisation d'un résultat. Or, le contrat de travail n'a pas pour objet un travail fini à réaliser, « *mais la mise à disposition d'une force de travail subordonnée* »⁹²⁹. D'autant qu'il paraît difficile de faire supporter les risques de l'entreprise sur les épaules du salarié⁹³⁰. Pourtant, ces clauses sont particulièrement utilisées pour les cadres dont l'activité est essentiellement commerciale, permettant ainsi à l'employeur de donner une base contractuelle précise à l'appréciation des résultats. Mais elles permettent également d'inciter le cadre à atteindre, dans les délais prescrits, les objectifs qui ont été fixés dans son contrat de travail. Ainsi, il est fréquent d'assortir cette clause d'une prime dont le montant peut être calculé en fonction du niveau de réussite de ces objectifs.

⁹²⁷ Cass.soc.14 octobre 2008, n°07-40.092, *RDC* 2009, p. 175, Chron. RADÉ (C.)

⁹²⁸ On peut assimiler aux clauses de résultat, les clauses d'objectifs, de quotas ou de rendement. V. GAUDU (F.) et VATINET (R.) *Les contrats de travail, Traité des Contrats* sous la direction de GHESTIN (J.), LGDJ 2001, spéc. p. 272.

⁹²⁹ *Les contrats de travail, Traité des Contrats*, préc., spéc. p. 273.

⁹³⁰ WAQUET (PH.), « Les objectifs », *Dr.soc.*, 2001 p. 120.

732. Si la chambre sociale de la Cour de cassation a semblé hésitante pendant un certain temps à l'égard des objectifs, qui n'avaient pas été contractuellement fixés⁹³¹, la Cour de cassation a confirmé par 3 arrêts rendus en 2011 que l'objectif dont dépend la rémunération variable pouvait être fixé unilatéralement par l'employeur⁹³². En revanche, la portée des clauses a été amoindrie par les juges⁹³³, car elles ne permettent plus de se préconstituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. En effet, le contrat de travail ne peut pas priver le juge des pouvoirs qu'il tient de l'article L.1235-1 du Code du travail. La non-réalisation des objectifs ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement, il est nécessaire qu'elle résulte d'une faute du salarié. De plus, les juges exigent que la détermination de la part variable repose sur le caractère raisonnable des objectifs à atteindre en prenant en compte notamment l'état du marché et les moyens mis en œuvre pour permettre au salarié d'atteindre ses objectifs.

733. Il apparaît que ces clauses font peser sur les épaules du cadre une obligation de moyens renforcés. Ces clauses conservent donc un double intérêt pour l'employeur, celui de contractualiser ses attentes et de rendre variable une partie de la rémunération. Ainsi, l'employeur s'assure de l'implication du cadre dans la recherche de la performance.

734. L'élite que constituent les cadres « est devenue taillable et corvéable à merci, jetable et interchangeable au gré des fluctuations des marchés et des carnets de commandes »⁹³⁴. Aussi, lorsque leur le profil le permet, ces salariés exigent que certaines clauses, protectrices de leurs intérêts, soient introduites dans leur contrat de travail.

Section 3. Les avantages applicables aux cadres

735. Encore aujourd'hui, appartenir à la catégorie des cadres implique l'octroi d'un certain nombre d'avantages. Le nombre ou la qualité des avantages variera en fonction de la position du cadre dans l'entreprise. Nous pouvons dire que le salarié qui aura la qualité de cadre dirigeant sera plus apte à négocier l'introduction de clauses de garantie d'emploi (I) ainsi qu'une rémunération qui sera attachée à l'idée de performance individuelle du cadre, mais aussi

⁹³¹ Cass.soc. 25 janvier 2000, *RJS* 3/00, n°259.

⁹³² Cass.soc. deux arrêts, 2 mars 2011, n°08-44.977 et n°08-44.978, et 30 mars 2011, n°09-42.737, obs. NOIZE (C.), *Lexbase Hebdo éd.soc.* n°438 du 5 mai 2011.

⁹³³ NIEL (S.), « Les clauses d'objectifs vont-elles disparaître », *JSL* 24 avr. 2001.

⁹³⁴ VIDALIE (A.), « Cadres : la fin de l'exception française », *Liaisons soc.*, mars 1998, p. 20

de performance de l'entreprise (II). De telles clauses sont nécessaires à la protection des intérêts du cadre, notamment en cas de licenciement. On a même vu des cadres se faire licencier pour perte de confiance. Mais la Cour de cassation est venue dire dans un arrêt rendu le 29 mai 2001 que la perte de confiance ne pouvait constituer en tant que telle une cause de licenciement, même si celle-ci repose sur des causes objectives⁹³⁵. Mais on se doute que la perte de confiance sera souvent en réalité une cause de licenciement implicite notamment lorsque le cadre doit porter la stratégie de l'entreprise.

I. Les clauses de garanties d'emploi

736. Les clauses de garanties d'emploi ont pour finalité d'interdire à l'employeur de procéder au licenciement du salarié dans certaines hypothèses et pour un certain temps. Si l'obligation de garantie d'emploi peut s'inscrire dans divers cadres, elle peut être prévue à l'occasion de la cession totale ou partielle d'une entreprise, soit dans un acte de vente, soit dans un plan de cession arrêté par jugement du tribunal de commerce. La limitation sur un plan collectif de la capacité de rupture unilatérale de l'employeur peut également résulter d'une convention ou d'un accord collectif d'entreprise. Cette limitation peut résulter des accords de maintien de l'emploi, d'un accord atypique passé avec le comité d'entreprise, mais encore d'un engagement unilatéral de l'employeur. Mais l'obligation de garantie d'emploi qui va retenir notre attention est celle qui naît de la volonté commune des contractants. Dans la pratique, la majeure partie des clauses de garantie d'emploi sont stipulées en faveur des cadres qui occupent dans l'entreprise un poste à responsabilités.

737. Limitant le pouvoir dont dispose l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail, ces clauses peuvent être librement aménagées sous réserve de ne pas priver le salarié de la protection légale ou conventionnelle relative aux licenciements⁹³⁶. Rien n'interdit, par exemple, aux parties de limiter les causes de rupture en garantissant au salarié que son

⁹³⁵ Cass.soc. 29 mai 2001, Sté Dubois c/Cardon *RJS* 8-9/01 n°999 obs X. Cass.soc. 13 janvier 2004, M. X c/Sté Les Produits franco-helléniques, *JCP* 2004. 442, n°1474.

⁹³⁶ « La force majeure, la faute grave du salarié et la maladie constituent les événements les plus fréquents que les parties au contrat de travail retiennent pour limiter les effets de la restriction du pouvoir de licencier » PETIT (F.), Sur les clauses de garanties d'emploi, *Dr.soc.* 2000, p.80.

emploi ne sera pas supprimé pour une cause économique ou pour une cause disciplinaire. Concrètement, il s'agit d'aménager le droit de résiliation unilatéral de l'employeur. « Ce dispositif est [relativement] proche de celui instauré par les dispositions légales de l'article L.1243-3 du Code du travail, spécifique au contrat de travail à durée déterminée, prévoyant que, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail »⁹³⁷. Les parties ne peuvent pas pour autant introduire une clause qui empêcherait toute forme de résiliation du contrat de travail. En effet, cela contreviendrait au principe d'ordre public qui interdit les engagements perpétuels au nom de l'article 1736 du Code civil, mais aussi au nom de l'article L.1222-1 du Code du travail qui reconnaît aux parties la faculté de résilier unilatéralement le contrat de travail à durée indéterminée.

738. Rien ne s'oppose à ce que le salarié renonce unilatéralement au bénéfice de la clause de garantie d'emploi. En effet, la loi n'interdit pas en principe la renonciation à un droit, sauf pour les droits qui sont d'ordre public⁹³⁸. Cette renonciation ne peut résulter que d'un acte positif, clair et dépourvu d'équivoque. C'est ainsi que la Haute Cour a jugé que « *la cour d'appel qui a constaté que le salarié avait, avec l'accord de l'employeur, mis fin à l'exécution de son préavis le 15 février 1976 du fait qu'il avait retrouvé un autre emploi dans une autre entreprise étrangère au groupe Général alimentaire, en a exactement déduit que par cet acte positif et dénué d'équivoque, l'intéressé avait renoncé à se prévaloir de la lettre du 2 avril 1976* » par laquelle l'employeur s'était engagé à lui garantir son emploi⁹³⁹.

739. L'extinction de la garantie contractuelle d'emploi peut aussi se réaliser par la novation du contrat de travail, c'est-à-dire par la création d'un contrat nouveau destiné à remplacer les droits et obligations attachés au contrat initial. La novation ne se présument pas⁹⁴⁰, il est nécessaire que l'acte ait été fait dans l'intention d'éteindre l'ancienne. La difficulté va consister à établir la volonté des parties à vouloir substituer une obligation nouvelle à

⁹³⁷ SIMONNEAU (M.), « Les clauses du contrat de travail », *Liaisons*, Coll. Liaisons sociales éd. 2000, n°53, p.133.

⁹³⁸ RADÉ (C.), « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr.soc.* 2002, p. 931.

⁹³⁹ Cass.soc. 21 janvier 1988 n ° 85-42.984.

⁹⁴⁰ Art. 1273 du Code civil.

l'obligation de garantie d'emploi lorsque le contrat initial a été modifié par la signature d'un nouveau contrat de travail, ne faisant plus référence à l'engagement de la stabilité d'emploi⁹⁴¹.

740. En outre, se pose la question de la survie de la clause de garantie d'emploi en cas d'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé qui, aux termes de l'article L.1233-67 du Code du travail, entraîne la rupture du contrat de travail. Mis en place par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005⁹⁴², modifié ensuite par la loi du 6 août 2015⁹⁴³, les conventions de reclassement personnalisé viennent à la suite des conventions de conversion. Ces conventions de reclassement personnalisé ont elles-mêmes été remplacées par les contrats de sécurisation professionnelle par la loi du 28 juillet 2011⁹⁴⁴. D'ailleurs, cette loi ne fait plus référence à la « rupture d'un commun accord », mais à « l'adhésion » du salarié, elle marque sa volonté d'abandonner le langage contractuel. Sous l'empire des conventions de conversion, la Cour de cassation avait jugé que « *l'adhésion d'un salarié à une convention de conversion n'est qu'une modalité de licenciement économique et n'a pas pour effet de dispenser l'employeur de son engagement contractuel de maintenir l'emploi* »⁹⁴⁵. Cette solution a été confirmée pour les conventions de reclassement par une décision du 9 octobre 2012, en affirmant que « *le plan de sauvegarde de l'emploi ne pouvait priver le salarié licencié des droits qu'il tient d'une convention antérieurement conclue avec l'employeur* »⁹⁴⁶. La Chambre sociale marque par cette décision sa volonté de faire prévaloir qu'un acte collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié. Nous n'avons pas encore de décision relative au sort de l'obligation de garantie d'emploi en cas d'adhésion du salarié au nouveau dispositif d'accompagnement du licenciement pour motif économique, il semblerait que les solutions précédemment admises doivent trouver à s'appliquer.

741. Toujours dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, mais dans l'hypothèse non pas d'une convention de reclassement personnalisé, mais d'un départ volontaire, la Cour de cassation est venue préciser le sort d'une clause de garantie d'emploi

⁹⁴¹ Cass.soc. 20 février 2007 n° 05-44.310

⁹⁴² Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, (JORF n°015 du 19 janvier 2005 p. 864).

⁹⁴³ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique (JORF n°0181 du 7 août 2015), JACOTOT (D.), FIN-LANGER (L.), « La loi Macron et le droit social », rev. Des procédures collectives 2015 n°5, p.19.

⁹⁴⁴ Loi n°2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, (JORF n°174 du 29 juillet 2011 p. 12914).

⁹⁴⁵ Cass.soc. 11 juillet 2000 n° 98-41.964 ; SAVATIER (J.), Dr.soc 2000, p. 1033.

⁹⁴⁶ Cass.soc. 9 octobre 2012 n°10-28.785, RDT 2012, p. 696, note GÉA (F.).

dans le cadre de ces départs volontaires. La Chambre sociale de la Cour de cassation, le 13 mars 2014, avait considéré qu'« *ayant relevé que par lettre adressée à ses salariés (...), la société s'était engagée à maintenir leur emploi jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de 60 ans puis constaté que les intéressés avaient opté pour un départ volontaire donnant lieu à versement d'une indemnité sans alléguer avoir procédé à ce choix sous la contrainte, la cour d'appel en a exactement déduit qu'ils avaient renoncé à se prévaloir de l'engagement souscrit par l'employeur* »⁹⁴⁷. Cette solution semble logique, car en optant pour un départ volontaire, le salarié marque son désir de quitter l'entreprise. Toutefois, la volonté du salarié semble bien fragile, c'est pour cette raison à notre sens que les juges de la Cour cassation exigent que ce choix ait été donné en l'absence de toute contrainte.

742. S'agissant du non-respect de la clause de garantie d'emploi par l'employeur, la Cour de cassation s'est montrée très sévère lorsque l'employeur ne respectait pas la clause de garantie d'emploi, en décidant que la rupture prématurée du contrat de travail était réputée sans cause réelle et sérieuse. En effet, la Cour de cassation décidait que le licenciement intervenu en méconnaissance d'une clause de garantie d'emploi était dépourvu de cause réelle et sérieuse au sens de l'article L.1232-1 du Code du travail⁹⁴⁸. Certains auteurs n'étaient pas d'accord avec cette jurisprudence. Ils considéraient en effet que le non-respect de la clause de garantie d'emploi n'aurait dû être sanctionné que sur le terrain de la faute contractuelle de l'employeur, sans que le licenciement ne soit nécessairement considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse⁹⁴⁹.

743. Dans une décision du 21 décembre 2006, la Cour de cassation a affirmé que la violation par l'employeur de la clause de garantie d'emploi « *ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse* » et « *qu'il appartient au juge de vérifier si le motif invoqué par l'employeur constitue une cause réelle et sérieuse* »⁹⁵⁰. L'automatisme du versement de l'indemnité semblait anéanti. Pour autant, la certitude n'était pas acquise, car tout d'abord

⁹⁴⁷ Cass.soc. 13 mai 2014, n°13.10-781.

⁹⁴⁸ Cass.soc. 15 avril 2015, n° 13-21.306, HAUTEFORT (M.) « Définition des circonstances permettant de d'affranchir d'une clause de garantie d'emploi », JSL 2015 n°389 p. 8 ; KOCHER (M.), « clause de garantie d'emploi : la recherche de l'équilibre » RDT 2015 n°9 p. 541 ; TOURNAUX (S.) « Efficacité de la clause de garantie d'emploi : le cas du salarié harcelé », Lexbase Hebdo éd.soc. n°612 du 14 mai 2015 ; Cass.soc. 13 février 1996, Sté Chrystalate GCIE c/Mulliez, RJS 5/96 n°512 obs. X,

⁹⁴⁹ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 9^{ème} éd. 2014, n°578, p. 336,

158. MOULY (J.), note sous Cour de cassation 27 octobre 1998, Shroeder c/GIE Services pour la caisse des dépôts et consignations, Recueil *Dalloz* 1999.186.

⁹⁵⁰ Cass.soc. 21 décembre 2006 n°04-40793, note TAURAN (T.), *JCP S* 2007, 1270.

l'arrêt n'était pas publié au bulletin ensuite les circonstances de la décision étaient particulières, car il a été rendu dans le cadre d'une procédure collective dont on connaît les règles dérogatoires en matière de licenciement, en particulier quant à la remise en cause du motif économique. Ce sentiment d'incertitude sera conforté par une décision du 30 mai 2006 qui considère qu' « *en présence d'une clause de garantie d'emploi n'autorisant le licenciement que pour faute lourde (...) le licenciement (...) intervenu pendant la période de garantie d'emploi, ne pouvait en l'absence de faute lourde, qu'être dénué de cause réelle et sérieuse* ». Avec cette décision, le débat a été relancé et c'est un arrêt du 13 novembre 2008 qui a mis un terme à ces fluctuations en considérant désormais que « *la violation par l'employeur de la clause de garantie d'emploi insérée dans le contrat de travail à durée indéterminée ne dispense pas le juge d'examiner la cause du licenciement. Il lui appartient d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement* »⁹⁵¹. Le salarié peut obtenir le paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en plus du versement des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de garantie. Ce cumul d'indemnité n'est plus automatique, c'est au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués dans la lettre de licenciement conformément à l'article L.1235-1 du Code du travail⁹⁵². Cette solution a la vertu de ne plus confondre l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement et la faute contractuelle sur le fondement de l'article 1231-1 du Code civil issu du non- respect de la clause de garantie d'emploi. En effet, les indemnités n'ont pas le même objet. Néanmoins, cette solution n'est pas exempte de toute critique, car une clause de garantie d'emploi implique une renonciation de l'employeur à licencier en se prévalant des faits, qui, en droit commun, constitueraient une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat de travail⁹⁵³. Il n'est donc pas infondé de considérer qu'un licenciement prononcé en méconnaissance d'une promesse de stabilité d'emploi soit sans cause réelle et sérieuse. Il est vrai qu'admettre le cumul des indemnités conduit à mettre à la charge de l'employeur de lourdes indemnités. Mais en réalité, cela est dû à l'évaluation forfaitaire des dommages et intérêts versés en raison de la violation de la clause contractuelle de garantie d'emploi. En effet,

⁹⁵¹ Cass.soc. 13 novembre 2008, n°07-42.640, *JCP S* 2009, 1056, note DUMONT (F.) *RDT* 2009 p. 34, note AUZERO (G.).

⁹⁵² Art. L.1235-1 du code du travail « (...) *À défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie. ».

⁹⁵³ SAVATIER (J.), « Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi », *Dr.soc.* 1991, p. 413.

en l'absence de clauses prévoyant le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de violation de la garantie d'emploi, la Cour de cassation juge que l'employeur est tenu d'indemniser le salarié du « *solde des salaires restants dus jusqu'au terme de la période garantie* »⁹⁵⁴. Elle affirme ainsi « *sa volonté de prévenir la tentation patronale de ne pas respecter ses engagements sur l'emploi* »⁹⁵⁵. La qualification de clause pénale ne peut donc en principe être accordée à la clause de garantie d'emploi qui ne stipule pas le paiement d'une indemnité de rupture anticipée et donc le juge ne peut réduire l'indemnité. Si la forfaitisation jurisprudentielle de l'indemnité de réparation ne peut pas rendre illicites les clauses contractuelles d'indemnisation spécifique⁹⁵⁶, par contre, en cas de demande de révision judiciaire, sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil, le forfait de dommages et intérêts doit servir de référence aux juges pour apprécier l'excès ou le caractère manifestement dérisoire de la pénalité convenue⁹⁵⁷. Il conviendrait de se demander si l'application des principes classiques de la responsabilité civile consistant dans l'indemnisation du préjudice subi par le créancier de l'obligation inexécutée ne serait pas la bienvenue.

744. En revanche, la Cour de cassation refuse de cumuler les dommages et intérêts alloués à un salarié en cas de violation par l'employeur d'un engagement de garantie d'emploi et le revenu de remplacement servi par Pôle emploi⁹⁵⁸, il en résulte que la prise en charge du salarié au titre de l'assurance chômage se trouve différée à l'expiration de la période de garantie d'emploi. Par ailleurs, en sus de la réparation de la perte de salaire par l'allocation

⁹⁵⁴ Cass.soc. 27 octobre 1998, Shroeder c/GIE Services pour la caisse des dépôts et consignations, *Dalloz* 1999.186.

⁹⁵⁵ PETIT (F.), Sur les clauses de garanties d'emploi, *Dr.soc.* 2000, p. 80.

⁹⁵⁶ Cass.soc. 14 juin 2006 n° 05-43.670.

⁹⁵⁷ Désormais l'Article L1235-3 du Code du travail a été modifié par l'article 2 de l'Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (JORF 223 du 23 septembre 2017) « Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous. (...) » ; V. notamment MOULY (J.), « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux, une condamnation de mauvaise augure pour la « réforme Macron », *Dr.soc.* 2017 n°9, p.745. Lire également sur la question du plafonnement des indemnités de licenciement, SÉVERIN (E.), « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de la maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *RDT* 2016 n°10, p.634., V. numéro spécial sur le projet d'ordonnances réformant le droit du travail, *Lexbase Hebdo éd.soc.* n°712 du 21 septembre 2017, plus spéc. TOURNAUX (S.) « Ordonnances réformant le droit du travail : règles générales relatives au licenciement et rupture d'un commun accord collective ».

⁹⁵⁸ Cass.ass.plén., 13 décembre 2002, Brocard c/Assedic de l'Ain et des Deux Savoie n°2002-016995, *JCP E* 2003, p.252, note TAQUET (F.) ; CORRIGNAN-CARSIN (D.), « interdiction du cumul des indemnités de chômage et des dommages-intérêts alloués en cas de violation d'une clause de garantie d'emploi », *JCP G* 2003, 10057 ; Cass.soc. 21 décembre 2006, n°04-40.793, *JCP S* 2007. 1270, note TAURAN (T.).

d'une somme égale au total des rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de la période de garantie d'emploi, le salarié peut prétendre au bénéfice de l'indemnité de préavis⁹⁵⁹. Ainsi, l'indemnité compensatrice de préavis n'a pas vocation à venir en déduction des sommes dues par l'employeur au titre de l'inexécution de la clause. La Cour de cassation considère que le point de départ du délai de préavis est reporté à l'expiration de la période de garantie d'emploi. C'est une solution logique puisque l'employeur n'est pas censé rompre le contrat de travail durant cette période.

745. Le caractère éminemment protecteur de ce type de clause séduit à n'en pas douter les cadres dirigeants. En effet, que penser de la clause de garantie d'emploi pour une période de 30 ans insérée dans le contrat de travail d'un cadre dirigeant qui serait par ailleurs dirigeant social ? Peut-il encore être réellement révoqué de ses fonctions de dirigeant ? Dans ce cas, on peut penser qu'il y a un conflit latent entre le droit du travail et le droit des sociétés. Mais la Cour de cassation reste vigilante et elle a pu juger qu'une clause de garantie d'emploi figurant dans un contrat de travail ne pouvait recevoir application au motif qu'elle visait en réalité à pérenniser le mandat social dont était investi le salarié⁹⁶⁰.

746. De telles clauses n'empêchent pas pour autant tout risque de rupture unilatérale du contrat de travail aux dépens du salarié. L'autre avantage qui existe lorsque l'on a le statut de cadre est l'octroi d'une rémunération qui peut être importante.

II. La diversification de la rémunération

747. La notion de rémunération a été transcrite sous des formes multiples, souvent très éloignées du salaire, à caractère exclusivement alimentaire, que percevaient les ouvriers du XIX^{ème} siècle et cette diversité est surtout présente chez les cadres. En effet, de plus en plus, la rémunération, que perçoit le cadre est déconnectée de ses heures de travail, elle trouve son origine dans sa capacité à générer, pour son employeur, de la valeur ajoutée, que ce soit par sa technicité, sa créativité ou son carnet d'adresses. Au plan terminologique, il serait sans doute, plus exact de limiter la notion de salaire à la contrepartie d'un travail

⁹⁵⁹ Cass.soc. 8 février 2006 n°03-44.481 ; Cass.soc. 23 octobre 2007 n°06-42.994 ; *RJS* 1/08 n°2 ; Cass.soc. 13 novembre 2008 n°07-42.640, *RJS* 1/09 n°3 ; *RDT* 2009, p. 32 note AUZERO (G.).

⁹⁶⁰ Cass.soc. 30 mars 1999 n°97-42.061, V. THÉVENIN (P.), *JCP E* 1999, n°50, p. 2002.

fourni et d'utiliser le terme de rémunération pour définir l'ensemble des retours financiers que peut recevoir le cadre du fait de l'activité ou des résultats qu'il génère pour l'entreprise. En pratique, ainsi que l'a fait remarquer un auteur⁹⁶¹, le Code du travail, au même titre que la doctrine⁹⁶² ou la jurisprudence⁹⁶³ utilisent, indifféremment, les termes « salaires » ou « rémunérations ». Pour Monsieur Gérard LYON-CAEN⁹⁶⁴, la question est purement sémantique : « *c'est la notion de rémunération du travail qui doit seule retenir l'attention et non plus celle trop limitée de salaire. Un phénomène d'irradiation s'est produit ayant pour centre le salaire et gagnant de proche en proche les accessoires de celui-ci, l'ensemble constituant la rémunération* ». Ainsi, le cadre n'offre pas seulement sa force de travail il offre une implication dans le travail avec une exigence de performance et de réalisation d'objectifs, pour ces raisons le cadre se voit proposer une rémunération qui sera attachée à sa performance (A.), mais aussi à celle de l'entreprise (B).

A. La rémunération attachée à la performance du cadre

748. Les profondes mutations culturelles et économiques ont eu des conséquences sur les techniques et politiques de rémunération pour l'ensemble des salariés et en particulier pour les cadres. Ainsi, la rémunération dite à la performance s'oppose aux systèmes que l'on retrouve dans la plupart des conventions collectives, basés sur le niveau de formation et l'âge. Ces éléments vont déterminer le niveau de rémunération de base, qui évolue au gré de l'ancienneté ou d'éventuelles promotions dans des niveaux de fonction supérieurs. Ce système ne met pas suffisamment en avant le critère de performance. Or souvent, c'est ce qui est demandé aux cadres. En pratique, dans les entreprises, pour favoriser l'implication des cadres, l'employeur va individualiser leur rémunération⁹⁶⁵ (1). L'autre avantage accordé au cadre par l'employeur est le versement d'une rémunération à la rupture du contrat de travail (2) sous la forme d'indemnités contractuelles de licenciement ou sous la forme de rente au titre d'une retraite dite « chapeau ».

⁹⁶¹ ANTONMATTEI (P.H.), « La qualification du salaire », *Dr. Soc.*, juin 1997, p. 571.

⁹⁶² V. par exemple, COUTURIER (G.), « La rémunération, élément du contrat de travail », *Dr. Soc.*, juin 1998, p.523.

⁹⁶³ Cass.soc. 10 oct. 1979, *Bull. Civ.*, n°704 « Par salaire, il faut entendre toute rémunération d'un travailleur, en état de subordination ».

⁹⁶⁴ LYON-CAEN (G.), « Le salaire », *Dalloz* 1981, p. 238, n° 192.

⁹⁶⁵ ADAM (P.), *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Thèse, LGDJ.

1. La rémunération en cours d'exécution du contrat de travail

749. Pour favoriser l'implication des cadres, il est souvent mis en place pour ces derniers une rémunération variable qui fait l'objet d'un encadrement strict (a.). Ils peuvent également se voir attribuer des primes dites discrétionnaires ou recevoir des avantages en nature qui pour les premières ont peut-être vocation à disparaître (b.) et pour les secondes sont en péril (c.) en raison de l'emprise du principe d'égalité de traitement sur la rémunération sous toutes ses formes.

a. Le strict encadrement de la rémunération variable

750. La rémunération variable est un des modes de rémunération privilégiée pour les cadres, elle permet d'individualiser leur rémunération en se fondant sur leur performance.

751. Historiquement, l'une des premières formes de rémunération variable, individualisée, fut l'octroi d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires aux salariés, en charge de la fonction commerciale, avec, par la suite, des déclinaisons, visant à corriger certains effets pervers (plafonds, seuils de déclenchement, pourcentages dégressifs...) ; néanmoins, malgré des variantes (commissionnement sur les marges par exemple), ce système, fondé sur le résultat, et non sur la performance du salarié, a abouti à entériner des rentes de situation. Ainsi, à titre d'exemple, le cadre reprenant une entité en fort déficit et parvenant à apporter l'équilibre d'exploitation, sans la rente bénéficiaire, n'aura droit à rien, alors que le cadre, confortablement installé dans une unité historiquement rentable, percevra une forte rémunération variable. Afin d'affiner la recherche d'une rémunération ayant pour but de récompenser la performance et de stimuler la compétitivité, la rémunération variable a, ainsi, évolué, au fil des années, vers les primes sur objectifs⁹⁶⁶, qui permettent, à la fois, de prendre en compte les situations individuelles et d'adapter, périodiquement, les objectifs à l'évolution de l'entreprise, de la concurrence ou du Marché⁹⁶⁷.

752. Mais si les clauses prévoyant la variabilité de la rémunération sont couramment pratiquées par les entreprises, cette adaptation périodique de la rémunération s'accommode très

⁹⁶⁶ Voir supra.

⁹⁶⁷ Les entreprises se fondent sur des éléments qualitatifs tels que la répartition du portefeuille, la satisfaction du client, le respect des budgets et les résultats des équipes encadrés qui remplacent la traditionnelle augmentation du chiffre d'affaires ou du portefeuille. V thèse MABILEAU (R.), *L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise*, Université de Nantes, 2004, spéc.p.69.

mal des principes dégagés par la jurisprudence en matière de modification du contrat de travail. Pourtant, pour rendre efficace la rémunération variable au regard des évolutions accélérées et imprévisibles du marché cette rémunération suppose changement et souplesse. Ce type de rémunération est à l'opposé du salaire contractuel intangible, c'est une des raisons qui explique le contrôle judiciaire rigoureux. Ainsi, pour contourner les barrières dressées par la Cour de cassation, certaines entreprises ont introduit dans les contrats de travail des clauses de révision unilatérale. C'est une pratique qui consiste à prévoir un réaménagement périodique des modalités de rémunération. Si le salarié souscrit dès son embauche à cette révision régulière, son consentement n'a plus à être obtenu puisqu'il ne s'agit pas stricto sensu d'une modification du contrat de travail. Mais cette pratique a été fermement condamnée par la Haute cour.

753. Si dans un premier temps la Cour de cassation, dans un souci de clarification, a motivé la mise à l'écart de ces clauses de variation par la référence au caractère d'ordre public d'accepter ou de refuser toute modification de son contrat de travail⁹⁶⁸, elle a également confirmé dans cette décision l'interdiction absolue de modifier unilatéralement le contrat de travail même si la solution finalement imposée était plus favorable aux intérêts du salarié. La motivation de la Haute cour repose sur l'intangibilité des contrats et l'importance du consentement mutuel conformément aux articles 1103 et 1193 du code civil⁹⁶⁹. Ainsi, selon Monsieur Christophe RADÉ, la Cour de cassation aurait été mieux inspirée de fonder la nullité de ces clauses sur un autre fondement⁹⁷⁰. Le juge aurait pu choisir de fonder sa solution sur l'article 1170 du Code civil⁹⁷¹ dans la mesure où il n'invalide pas a priori toutes les clauses de variation, mais uniquement celles qui ne subordonnent pas leur mise en œuvre à des éléments objectifs, étrangers à la seule volonté de l'entreprise.

⁹⁶⁸ Cass.soc. 19 février 2001, sté Gan Vie c/Rouillot, V note RADÉ (C.), « haro sut le contrat. À propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr.soc.* 2001, p.514.

⁹⁶⁹ RADÉ (C.), préc.

⁹⁷⁰ Aujourd'hui il s'agit de l'article 1304-2 du Code civil qui dispose qu'« est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause. » lire à propos de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF 0035 du 11 février 2016), SABATTÉ (M.), « La Loi Travail et la réforme du droit des obligations : un nouveau paradoxe du droit du travail », *JCP G* 2017, n°21 p. 1002 ; BARTHELEMY (J.), « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr.soc.* n°9 p.734 ; FROUIN (J.-Y.), « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr.soc.* n°9 p. 696.

⁹⁷¹ WAQUET (PH.), « Pouvoir de direction et liberté des salariés », *Dr.soc.* 2000, p. 1054.

754. Cette solution un peu trop rigide a conduit les juges dans un second temps à affiner leur position⁹⁷². Partant, la Haute Cour va admettre explicitement la validité des clauses de variabilité, mais à certaines conditions.

755. La première exigence est celle des modalités de calcul qui doivent être assises sur des éléments objectifs. La deuxième condition est celle du « risque d'entreprise », que le contrat ne doit pas avoir pour effet de mettre à la charge du salarié. Cette seconde exigence est très intéressante, car elle revient à un des principes fondamentaux du contrat de travail, à savoir que le salarié accepte d'aliéner une partie de sa liberté juridique en contrepartie de la protection économique que lui accorde son employeur. En effet, c'est à l'employeur d'assumer le risque économique, le salarié reçoit quant à lui une rémunération dont le montant dépend pour une grande partie et en toute hypothèse pour son minimum du temps consacré par le salarié à l'exécution de la prestation de travail. Certes, il n'est pas interdit de payer le salarié au rendement ou de subordonner le montant de la rémunération à l'enrichissement que l'activité du salarié procure à l'entreprise, mais à la condition que le principe du salaire minimum, légal ou conventionnel soit respecté. C'est une protection qui fonde le contrat de travail, modifier cet équilibre revient alors à modifier l'économie générale du contrat de travail.

756. La troisième condition posée par les juges est la conséquence de la précédente, car la clause ne doit pas avoir pour effet de réduire la rémunération du salarié en dessous des minimas légaux et conventionnels. Il s'agit d'un rappel classique de l'obligation qui est faite aux parties de respecter l'ordre public absolu. Cette barrière permet de ne pas transformer le salarié en travailleur indépendant, assumant seul les aléas de son activité⁹⁷³, ainsi la clause de variabilité ne doit pas générer, pour le salarié, une perte de salaire significative même si l'entreprise subit de lourdes pertes.

757. Toutefois, les clauses d'objectifs ne sont pas les seules marques de l'individualisation des salaires : il faut compter, aussi, avec les primes et les avantages en nature.

⁹⁷² Cass.soc. 2 juillet 2002, n°00-13.111, note RADÉ (C.), *Dr.soc.* 2002 p. 1999, ANTONMATTÉI (P.-H.), *JSL* 2002, n°85, p. 2.

⁹⁷³ RADÉ (C.), note sous Cass.oc. 2 juillet 2002, *Dr.soc* 2002, p. 1000.

b. La fin des primes discrétionnaires

758. En fonction des entreprises, des secteurs d'activités, ou des époques, le nombre et la nature des primes sont extraordinairement variés et changeants ; il est impossible d'en dresser un état exhaustif, l'imagination des acteurs de l'entreprise en créant sans cesse de nouvelles.

759. Au plan terminologique, la notion de prime peut, cependant, être précisée, en se fondant sur l'acte ou le fait juridique qui en est à l'origine. En effet, certaines primes ont leur source dans la loi, la convention, l'usage, ou l'engagement unilatéral exprès pris par l'employeur, et, en tant que telles, elles ne constituent pas un moyen déterminant de personnalisation du salaire, dès lors qu'elles ont un caractère obligatoire, au moins dans leur principe.

760. À l'opposé, le versement des primes discrétionnaires et aléatoires ne revêt pas un caractère obligatoire, ainsi il échappe aux règles du droit des obligations, car un tel versement ne peut être analysé comme l'exécution d'une obligation souscrite par l'employeur au travers d'un engagement antérieur, de nature contractuelle, conventionnelle ou unilatérale. En réalité, le salarié n'est titulaire d'aucun droit de créance, même conditionnel, ces primes sont liées au seul bon vouloir de l'entreprise. Elles sont empreintes d'une intention libérale et d'une volonté de gratifier spontanément tel ou tel salarié, pour son comportement ou ses résultats, permettant de moduler et d'individualiser la contrepartie financière versée à un cadre plus ou moins méritant et elles peuvent même constituer, dans certaines entreprises, un instrument privilégié de gestion des salaires.

761. Une telle pratique, utilisée de façon ponctuelle, peut, à l'évidence, constituer une récompense, à la fois financière et psychologique, pour un cadre qui a réalisé une performance exceptionnelle ou qui a fait montre d'une implication particulière, au service de l'entreprise ; en revanche, le recours systématique au versement de primes, gratifications, d'appellations diverses et changeantes, selon des périodicités fantaisistes et avec des modes de calculs arbitraires, peut, assez rapidement, déstabiliser le récipiendaire, demandeur d'une lisibilité et d'une prévisibilité dans l'évolution de sa rémunération plutôt que d'une gestion aléatoire, unilatérale, voire paternaliste, de ses revenus par l'employeur.

762. Cette pratique parfaitement intégrée dans les politiques salariales des entreprises et profondément ancrée dans la jurisprudence qui, depuis plus de trente ans, avait tracé cette ligne de partage entre primes à caractère discrétionnaire constituant une gratification bénévoles,

que l'employeur pouvait allouer et supprimer à sa guise, et la prime revêtant un caractère de généralité et de permanence qui était un élément du salaire, obligatoire et irrévocable par une volonté unilatérale⁹⁷⁴. Mais depuis 2007 planait un doute sur cette notion d'avantages discrétionnaires. En effet, la Cour de cassation, sous le visa du « principe à travail égal salaire égal », avait affirmé à deux reprises, au sujet des primes discrétionnaires, que « *si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise, placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables* »⁹⁷⁵.

763. La Cour de cassation nous rappelle que ces primes n'échappent pas à l'application du principe à travail égal salaire égal et il sera donc inutile de croire que le versement d'une prime non prévue dans le contrat de travail et versée au titre d'une gratification puisse échapper à l'application de ce principe : « *l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération* »⁹⁷⁶. L'employeur doit donc produire des « éléments objectifs et pertinents » de justification, une obligation dont l'exécution semble impossible en présence d'un avantage par nature discrétionnaire.

764. Si l'on s'intéresse aux justifications à apporter, les cadres semblent être encore les bénéficiaires de ces primes, puisque la Cour de cassation admet les justifications fondées sur les fonctions telles que le niveau des responsabilités, le positionnement hiérarchique dans l'entreprise, la classification professionnelle, ou les sujétions liées aux fonctions⁹⁷⁷, mais aussi sur la formation et les diplômes. Ainsi, la jurisprudence admet comme argument les différences fondées sur le niveau de formation ou de diplômes⁹⁷⁸. Il s'agit donc de critères qui permettent d'identifier un cadre dans l'entreprise.

765. Ainsi, le juge n'empêche pas l'employeur de décider d'octroyer une prime discrétionnaire, il interdit l'arbitraire. Il s'agit donc pour les entreprises de changer leurs

⁹⁷⁴ Cass.soc. 20 juillet 1978 *Bull.civ.*1978, V, n°611, Cass.soc. 1^{er} avr. 1997, n°95-40.391.

⁹⁷⁵ Cass.soc. 27 mars 2007 n°05-42.587, *RJS* 2007 n°738 ; obs AUBERT-MONPEYSSEN (Th.), *RDT* 2007, p. 393 ; Cass.soc. 25 oct. 2007, n°05-45.710, *JCP S* 2007, 1914.

⁹⁷⁶ Cass.soc. 30 avril 2009 n°07-40.527, V étude MORVAN (P.) « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », *JCP E*, 1558, p. 38 ; Obs RADÉ (C.), *Dr.soc.* 2009, p. 1006.

⁹⁷⁷ Cass.soc. 30 avr. 2009, op.cit note 527, Cass.soc. 12 mars 2008, n°06-40.999, inédit ; Cass.soc. 11 janv.2011, n°09-42.899, inédit ; Cass.soc. 4 mai 2011, n°09-42.988, inédit, V. RADÉ (C.), « Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise. Tous égaux tous différents », éd. Liaisons 2011, spéc. n°263 p.133.

⁹⁷⁸ Cass.soc. 24 mars 2010 n°08-42.093, obs. RADÉ (C.), *Dr.soc* 2009, p. 583.

pratiques en matière de primes. L'employeur doit donc prendre soin de justifier de façon objective et pertinente son mode de détermination et il devra le faire à partir d'éléments matériellement vérifiables notamment l'étendue des responsabilités⁹⁷⁹. Pour Monsieur Christophe RADÉ, la théorie de l'employeur seul juge « *est bel et bien morte et enterrée, en matière de rémunération comme ailleurs* »⁹⁸⁰. De cette manière, l'employeur ne dispose plus de « zone de toute puissance »⁹⁸¹, chaque décision de l'employeur étant susceptible d'être contrôlée par le juge.

766. Ces « attentions » réservées à un individu, ou à une équipe, peuvent, au-delà de l'avantage matériel, représenter une forme de reconnaissance sociale, que l'on retrouve, également, dans les avantages en nature, proposés de manière ciblée, à certains salariés et plus particulièrement aux cadres.

c. Les avantages en nature en péril ?

767. La rémunération peut être constituée en tout ou partie d'avantages en nature, dans le respect du SMIC et des minimas conventionnels. Un avantage en nature est un bien ou service fourni par l'employeur pour un usage privé à titre gratuit ou en contrepartie d'une participation inférieure à la valeur réelle de l'avantage fourni⁹⁸². Pour fidéliser les cadres, les entreprises mettent de plus en plus en avant des avantages en nature, dont la palette ne cesse de s'étendre. Au-delà des classiques attributs du cadre, véhicule, logement, l'on retrouve les outils issus des NTIC (téléphone portable, ordinateur portable...), ainsi que des remises sur des produits ou services (avions, abonnements de loisirs, prêts bonifiés...), voire des jours supplémentaires de vacances ou de formation.

768. En principe, l'avantage en nature est assujéti à cotisations sociales chez l'employeur et le salarié et à l'impôt sur le revenu, chez le salarié, au même titre qu'un salaire, acquitté en espèces ; toutefois, s'agissant, par définition, d'un avantage en « nature », il est nécessaire pour le quantifier, et donc le taxer, de le valoriser. La valorisation des avantages en nature, effectuée à l'initiative de l'employeur, a, pendant longtemps, bénéficié d'un régime de faveur, soit en raison de la multiplicité et de la complexité des barèmes

⁹⁷⁹ Cass.soc. 30 avril 2009, n°07-40.527.

⁹⁸⁰ « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnel : la volte-face de la Cour de cassation », *Lexbase hebdo éd.soc.*, 5 février 2015, n°600.

⁹⁸¹ RADÉ (C.), préc.

⁹⁸² ANTONMATTEI (P.-H.), *Les clauses du contrat de travail*, Éditions Liaisons, 2^{ème} éd, spéc. p.22.

forfaitaires évaluant certains avantages, soit eu égard à la difficulté de disposer de critères pertinents en vue d'appréhender le quantum de l'avantage.

769. Une réforme en 2002 est intervenue, en matière de Sécurité sociale, pour actualiser et moderniser le régime juridique des avantages en nature, ainsi que celui des remboursements de frais professionnels⁹⁸³. Visant à instaurer un régime plus souple et plus moderne, ces textes devraient corriger, sensiblement, les sous-évaluations jusque-là constatées dans la valorisation des avantages en nature, et donc en réduire l'attrait, autant pour les entreprises que pour les salariés. Néanmoins, malgré les rappels de définitions opérés par l'Administration, il reste souvent difficile de distinguer les avantages en nature, assujettis à cotisation et à impôt sur le revenu, des frais professionnels et des frais d'entreprises que l'on peut tenter de distinguer comme suit :

- l'avantage en nature réside dans la fourniture, ou la mise à disposition d'un bien ou service, permettant au salarié de faire l'économie de frais qui normalement lui incombent ;

- les frais professionnels sont des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du salarié que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions ;

- les frais d'entreprise sont des frais engagés par le salarié dans l'intérêt de l'entreprise et non des frais liés à l'exercice normal de la profession.

770. Mais avec l'imbrication de plus en plus marquée entre vie professionnelle et vie personnelle, la frontière, ci-dessus définie, entre frais d'entreprise, frais professionnels et avantages en nature, va se révéler de plus en plus difficile à tracer, pour l'entreprise, mais aussi, et surtout, pour les contrôleurs de la Sécurité sociale. De plus, en raison de la pression conjuguée des prélèvements fiscaux, certains employeurs seront d'autant plus enclins « à fermer les yeux » et à « oublier » certains avantages en nature qui, ainsi, leur permettront d'économiser les charges sociales et d'octroyer un « cadeau fiscal » au cadre.

⁹⁸³ Arrêté du 10 décembre 2002 relatif à l'évaluation des avantages en nature en vue du calcul des cotisations de sécurité sociale, (JORF n°301 du 27 décembre 2002 p. 21750). Arrêté interministériel du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, (JORF n°301 du 27 déc. 2002, p. 21 750 à 21 760 modifié par arrêté du 25 juillet 2005), (JORF n°182 du 6 août 2005 p. 12899).

771. Pendant un temps, l'application du principe d'égalité de traitement mettait en péril les avantages en nature octroyés par les employeurs à leurs cadres. En effet, il ne faut pas oublier que pendant longtemps, le principe « à travail égal, salaire égal », fortement attaché à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, a pris de l'ampleur au point de remettre en cause des pratiques que l'on pensait acquises⁹⁸⁴. Mais ce n'est plus le cas et cela depuis les arrêts du 27 janvier 2015. La Cour de cassation précise que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de convention ou d'accord collectif « *sont présumées justifier de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* »⁹⁸⁵

772. En revanche, pour les avantages en nature octroyés au cadre, qui trouve leur source dans un engagement unilatéral de l'employeur, il n'existe aucune présomption de justification de la différence de traitement⁹⁸⁶. Le principe d'égalité de traitement s'appliquant, l'employeur pourra être amené à justifier sur des raisons objectives et pertinentes l'octroi d'un avantage en nature⁹⁸⁷.

773. Il est nécessaire de garder à l'esprit que les avantages en nature peuvent avoir pour le cadre un fort impact psychologique. Il s'agit en réalité de privilèges, car au-delà de la contrepartie monétaire immédiate, le bénéficiaire de l'avantage est flatté d'avoir pu choisir la marque ou la couleur de sa voiture, ou d'avoir obtenu une option, refusée à un de ses collègues. Il est certain désormais que l'employeur sera tenu de justifier l'octroi de ces privilèges en se fondant sur des critères objectifs et pertinents.

2. L'indemnisation du cadre lors de la rupture du contrat de travail

774. Les cadres et surtout ceux ayant la capacité de négocier leur contrat de travail peuvent y inclure des indemnités de ruptures contractuelles de licenciement qui sont parfois très importantes et qui peuvent, en raison du montant de l'importance des montants se retrouver

⁹⁸⁴ Voir supra Section 1. Le principe d'égalité et les cadres.

⁹⁸⁵ Cass.soc. 27 janvier 2015, cinq arrêts n°13-22.179 ; n°13-25.437 ; 13-14.773 ; 13-23.818 ; 14-13.569, obs. RADÉ (C.), Lexbase Hebdo éd.soc. n°600 du 5 février 2015 ; Études DANIEL (J.) « Différences de traitement entre catégories professionnelles : la justification n'évite pas le soupçon » *JCP S*, n°7-8, 2015, 1054.

⁹⁸⁵ Cass.soc. 14 septembre 2016, n°15-11.386, DUMOT (F.), « L'engagement unilatéral de l'employeur source d'inégalité de traitement : strict contrôle du juge », *JCP S* 2016, n°42, p. 28.

⁹⁸⁶ Cass.soc. 27 janvier 2015, cinq arrêts n°13-22.179 ; n°13-25.437 ; 13-14.773 ; 13-23.818 ; 14-13.569, préc.

⁹⁸⁶ Cass.soc. 14 septembre 2016, n°15-11.386, DUMOT (F.), « L'engagement unilatéral de l'employeur source d'inégalité de traitement : strict contrôle du juge », *JCP S* 2016, n°42, p. 28.

⁹⁸⁷ Voir Section 1. Le principe d'égalité et les cadres.

dans la tourmente (a.), mais ils peuvent également se voir attribuer des « retraites chapeaux » (b.).

a. Les indemnités de rupture contractuelle de licenciement dans la tourmente

775. Lorsque la rupture du contrat de travail est à l'initiative de l'employeur, elle oblige très souvent ce dernier à verser au salarié une indemnité minimum⁹⁸⁸. Aux termes de l'article R.1234-2 du Code du travail cette indemnité de licenciement «*ne peut être inférieure aux montants suivants : 1° Un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans ; 2° Un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans.*»⁹⁸⁹.

776. L'indemnité légale de licenciement peut s'avérer être dérisoire, c'est la raison pour laquelle souvent, les partenaires sociaux s'emploient à substituer aux dispositions légales des mesures conventionnelles plus favorables aux salariés et notamment aux cadres⁹⁹⁰. Mais ces indemnités légales ou conventionnelles de licenciement ne peuvent cependant dissuader l'employeur de « congédier » le salarié-cadre. En revanche, le contrat de travail peut prévoir en cas de rupture des indemnités supérieures à celles envisagées par la loi ou la convention collective, et ainsi faire peser sur l'employeur de sévères conséquences financières en cas de licenciement.

777. Il s'agit de ce que l'on appelle en pratique les « *parachutes dorés* », c'est un terme métaphorique dont la nature juridique est difficile à appréhender. Cette expression est la traduction littérale de l'expression connue et d'origine anglo-saxonne "*golden parachute*". Étrangement, aux États-Unis où ils se sont vulgarisés au début des années 1980, les *golden parachutes* ont été octroyés dans un contexte de grave crise économique. Les grandes sociétés, par l'intermédiaire de ce que l'on appelle couramment « les chasseurs de têtes », se sont alors

⁹⁸⁸ Art. L.1234-9 du Code du travail.

⁹⁸⁹ Décret n°2017-1398 du 25 septembre 2017 portant revalorisation de l'indemnité légale de licenciement (JORF JORF n°0225 du 26 septembre 2017).

⁹⁹⁰ CNN Caoutchouc (Brochure JO n°3046).

mis à la recherche de dirigeants d'un nouveau type, prêts à redresser des situations industrielles et financières compromises à coup de restructurations et à en assumer les conséquences. Pour attirer les candidats suffisamment compétents et prêts à l'assumer, il était nécessaire de leur offrir des garanties financières sous forme d'indemnités forfaitaires équivalentes à une ou plusieurs années de salaire. La pratique américaine des « *parachutes dorés* » a vite franchi l'Atlantique pour s'enraciner en Europe. Inévitablement, cette technique contractuelle s'est répandue dans l'espace juridique français. En effet, la relative précarité du statut des dirigeants sociaux français, et notamment leur exclusion du régime plus protecteur du droit du travail et entre autres des indemnités de licenciement, a conduit un grand nombre d'entre eux à recourir à cette technique, pour s'assurer, si ce n'est une certaine stabilité, du moins un filet de sécurité financière en cas d'éviction sociétaire. Fondamentalement, les difficultés juridiques soulevées par les « *parachutes dorés* » visent directement la matière sociétaire, puisqu'il s'agit de remédier à la révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux. Pourtant, ces indemnités posent des questions qui dépassent largement le cadre sociétaire. Comme indiqué plus haut, le dirigeant concerné n'est pas forcément un mandataire social et la clause en or peut être insérée dans le contrat de travail. Certains parachutistes sont des cadres de haut niveau, plus exactement des cadres dirigeants. Ainsi, lorsque le dirigeant social cumule un mandat social et un contrat de travail parfois signé avec une autre société du groupe⁹⁹¹, il peut profiter de la protection du droit du travail, en cours de mandat et/ ou à la fin de celui-ci, le contrat de travail devenant le filet de sécurité recherché en cas de révocation, puisqu'une fois remercié le dirigeant pourra retrouver ses fonctions salariales ou continuer à en bénéficier toujours lorsque le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail est autorisé⁹⁹². Enfin, s'il est vrai que théoriquement la révocation ne met pas fin au contrat de travail il n'est pas rare en pratique que la révocation puisse entraîner le licenciement du dirigeant remercié⁹⁹³.

778. S'il est établi que les « *parachutes dorés* » intéressent le droit du travail, leur validité lorsqu'ils sont insérés dans le contrat de travail peut poser problème. Plus spécifiquement, lorsqu'il est inséré dans le contrat de travail une clause qui permet au cadre dirigeant de rompre son contrat de travail, cette rupture étant imputable à l'employeur en cas de changement de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat

⁹⁹¹ V. supra Section 2. Les rapprochements discutables du cadre dirigeant et du dirigeant social.

⁹⁹² V. Section 2. Les rapprochements discutables du cadre dirigeant et du dirigeant social.

⁹⁹³ Pour une illustration jurisprudentielle où la même faute justifie à la fois la révocation et le licenciement, V., Cass. soc. 7 avril 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 76, note PETIT (B.) ; CA Paris 10 septembre 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1284, §270, note AUZERO (G.).

entraînant une modification importante de l'équipe de direction. Ainsi, l'employeur s'engage à verser un parachute doré à un cadre dirigeant alors que la rupture est à l'initiative du salarié. Ces clauses ressemblent aux clauses de conscience des journalistes qui permettent à ces derniers de rompre le contrat de travail⁹⁹⁴. Cette rupture *sui generis* s'apparente à une démission en matière d'initiative, mais elle produit les effets d'un licenciement, pour le versement de l'indemnité de rupture. En résumé, ce qui est légalement prévu pour les journalistes a été contractuellement prévu pour les cadres dirigeants. Si on comprend les intérêts d'une telle clause, indemnités versées à titre de dommages et intérêts pour des raisons fiscales et sociales, bénéfice de l'assurance-chômage, elles soulèvent cependant, d'importants problèmes juridiques. En réalité, les parties vont considérer que la réalisation d'évènements tels que le changement de contrôle, la fusion-absorption ou /et le changement d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction peuvent constituer une modification du contrat de travail justifiant que la rupture soit imputable à l'employeur. Il est évident sur ce point que cette clause contribue à la dilution de la subordination juridique qui implique que le cadre dirigeant se soumette au pouvoir de direction de l'employeur.

779. Ainsi, un arrêt du 26 janvier 2011 est venu répondre à cette pratique en validant ces clauses « *dès lors qu'[elles sont justifiées] par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise* »⁹⁹⁵. La Chambre sociale considère que les 3 évènements de l'espèce à savoir le changement de contrôle, la fusion-absorption et le changement d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction peuvent constituer une modification du contrat de travail justifiant que la rupture soit imputable à l'employeur. Les juges n'ont pas suivi les arguments de l'employeur, qui, cherchant à échapper à ses obligations, faisait valoir notamment que les règles relatives à la rupture d'un contrat à durée indéterminée sont d'ordre public, et que donc les parties ne peuvent y déroger en prévoyant une hypothèse d'imputabilité de la rupture du contrat de travail du fait de l'employeur en l'absence de toute faute de ce dernier.

780. Un arrêt de la Chambre sociale rendu le 10 avril 2013 est venu confirmer celui rendu le 26 janvier 2011⁹⁹⁶. Dans cet arrêt, l'employeur faisait valoir l'absence de cause de la clause « de parachute doré », tout comme dans l'arrêt du 26 janvier 2011, la Chambre sociale va juger notamment sous forme de principe que la cause de cet engagement était constituée « *par les avantages que l'employeur tirait du recrutement de ce salarié et de*

⁹⁹⁴ Art. L.7112-5 du Code du travail.

⁹⁹⁵ Cass. soc. 26 janvier 2011 n°09-71.271, Obs. MAZEAUD (A.), *Dr. Soc.* 2011, n°4, p. 467.

⁹⁹⁶ Cass. soc. 26 janvier 2011 n°09-71.271, Obs. MAZEAUD (A.), *Dr. Soc.* 2011, n°4, p. 467.

l'importance des fonctions qui lui avaient été attribuées »⁹⁹⁷. En l'espèce, Mr F. a été engagé le 1^{er} septembre 2005 par la société Altran technologies, en qualité de directeur Europe du Sud et Amérique, il a été inséré dans son contrat de travail une clause qui stipulait que « *dans le cas où, au cours des 24 mois suivants la date d'effet, le président du directoire viendrait à quitter la société, ou un changement de contrôle portant sur plus de 33% du capital de la société viendrait à survenir, le salarié pourra quitter la société et obtenir une indemnité équivalente au double de la rémunération totale perçue au cours des 12 mois précédant le fait générateur* ». En 2006, le président du directoire M. A. a été remplacé par M. C., à la suite de cet événement le salarié Mr F. a démissionné en invoquant les stipulations de son contrat de travail. L'employeur demandeur au pourvoi, faisait valoir que « *la clause permettant au salarié de rompre dans ces circonstances son contrat de travail et de bénéficier du versement d'une indemnité dite golden parachute ne trouve sa contrepartie ni dans le salaire versé, ni dans l'indemnisation d'un préjudice* » et « *qu'en l'absence de toute contrepartie, l'obligation de l'employeur est privée de cause* ». La Chambre sociale a rappelé dans un premier temps les conditions de licéité d'une telle clause et non pas comme l'y invitait le pourvoi à s'intéresser à l'absence de cause. Ainsi, elle entend signifier que c'était sur le seul terrain des conditions de validité d'une clause de « parachute doré », et non sur celui de l'absence de cause, que la validité d'une telle stipulation devait être appréciée. Il n'est pas nécessaire de vérifier l'existence d'une cause pour chaque clause, sauf dans l'hypothèse où la clause serait détachable en fait de l'ensemble du contrat de travail. Même si selon Jacques GHESTIN, il existait dans le dossier des éléments qui auraient pu servir de soutien à l'exigence d'une cause spécifique de la clause de « parachute doré ». En effet, le salarié faisait valoir que l'indemnité contractuelle de rupture correspondait à la contrepartie du débauchage de Mr F. et des avantages que la société tirait de son recrutement. Selon Jacques GHESTIN, « *il pouvait être soutenu que le risque de carrière pris par le salarié en quittant son emploi pour se mettre au service de son nouvel employeur entrerait dans la cause particulière de l'engagement spécial de ce dernier de couvrir ce risque, dans la mesure convenue par la clause litigieuse* »⁹⁹⁸. Mais la Chambre sociale n'a pas pris en compte le débauchage du salarié ni le risque de carrière particulier justifiant une clause de « parachute doré », pour dire que l'obligation de l'employeur avait une cause, elle se fonde uniquement sur les avantages que la société tirait du recrutement de ce salarié et de l'importance des fonctions qui lui avaient été attribuées. Pour autant, il ne semble pas que la

⁹⁹⁷ Cass.soc. 10 avril 2013 n°11-25.841, note GHESTIN (J.), *JCP G* n°41, 2013, p. 1835.

⁹⁹⁸ Note sous Cass.soc. 10 avril 2013 n°11-25.841, GHESTIN (J), préc.

Chambre sociale considère que n'importe quelle prestation de travail suffirait à constituer dans le contrat de travail, la cause du « parachute doré ». En réalité, elle approuve les juges d'appel d'avoir précisé les avantages concrètement attendus par l'employeur de ce recrutement et des fonctions importantes attribuées au salarié qui s'analyseront au cas par cas.

781. La question posée est celle de savoir si le changement de contrôle tout comme le changement significatif d'actionnariat peuvent modifier le contrat de travail, justifiant que la rupture soit imputable à l'employeur et donnant lieu à des dommages et intérêts contractuellement prévus ?

782. L'autre point soulevé par ces « parachutes dorés » est celui de leur nature juridique. La question s'est posée de savoir, comme pour la rémunération des dirigeants en droit des sociétés⁹⁹⁹, si en droit du travail l'indemnité revêtait un caractère salarial. Depuis un arrêt du 7 mars 1957, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que l'indemnité de licenciement « *acquise par le fait et à l'instant de la rupture du louage de services, n'est pas la contrepartie du travail et n'est donc pas un élément de salaire* »¹⁰⁰⁰. Pour autant, cette solution semble discutable s'agissant de l'indemnité de rupture prévue dans le contrat de travail, car si l'on comprend que la Cour exonère toutes les sommes qui ne procurent pas un enrichissement au salarié, cette exonération semble plus discutable lorsque le montant de certains parachutes dorés procure un avantage financier important. L'article L.242-1 du Code la sécurité sociale apporte une réponse en excluant de l'assiette des cotisations sociales « *dans la limite d'un montant fixé à deux fois la valeur annuelle du plafond mentionné à l'article L.241-3, la part des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail ou de la cessation forcée des fonctions de mandataires sociaux, dirigeants et personnes visées à l'article 80 ter du code général des impôts qui n'est pas imposable en application de l'article 80 duodecimes du même code. Toutefois, les indemnités d'un montant supérieur à dix fois le plafond annuel défini par l'article L.241-3 du présent code sont intégralement assimilées à des rémunérations pour le calcul des cotisations visées au premier alinéa du présent article. Pour l'application du présent alinéa, il est fait masse des indemnités liées à la rupture du contrat de travail et de celles liées à la cessation forcée des fonctions* ».

⁹⁹⁹ MAGNIER (V.) ; PACLOT (Y.), Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées, *Dalloz* 2009, n°15, p.1027, FRANÇOIS (B.), Guide d'application du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise ; note sous Haut comité de gouvernement d'entreprise, Guide d'application du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de juin 2013, *Rev. sociétés*, 2014, n°4, p. 270.

¹⁰⁰⁰ *Dr.soc.* 1957, p. 278, Conl. Blanchet, *Dr.ouvr.* 1957, p. 152 ; *Dalloz* 1958, p. 91, note BRETHER DE LA GESSAYE (J.).

783. Ce n'est pas la voie adoptée par la Cour de cassation qui semble considérer ces « parachutes dorés » comme ayant un caractère indemnitaire visant à compenser la perte de l'emploi. Mais le juge a trouvé un moyen juridique de pouvoir influencer sur le montant des « parachutes dorés », en les assimilant à des clauses pénales.

784. En effet, alors que les tribunaux ne peuvent réduire une indemnité conventionnelle de licenciement¹⁰⁰¹ en raison de l'effet réglementaire de la convention collective, les indemnités contractuelles sont depuis longtemps considérées par la Cour de cassation comme des clauses pénales¹⁰⁰². Cette position de la chambre sociale de la Cour de cassation n'est pas exempte de toutes critiques. En effet, qualifier les « golden parachutes » de clauses pénales est manifestement « incompatible avec l'idée essentielle selon laquelle la qualification de clauses pénales suppose l'existence d'une obligation préalable souscrite par le débiteur et l'inexécution illicite de cette obligation »¹⁰⁰³. L'employeur n'est pas débiteur d'une obligation de garantie d'emploi à l'égard du salarié, il ne peut dans ce cas se rendre coupable d'une inexécution illicite. En conséquence, le pouvoir de révision reconnu aux juges en matière d'indemnité contractuelle de licenciement ne peut reposer sur l'article 1152 du Code civil. Cette jurisprudence pourrait, tout au plus, se justifier par le principe de la prohibition des engagements perpétuels, lorsque notamment la clause atteint un niveau si élevé, qu'elle rend le licenciement presque impossible pour l'employeur et porte donc atteinte au droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. D'où sa réduction qui pourrait s'apparenter à une nullité- réduction¹⁰⁰⁴. Il a semblé pourtant que la Cour de cassation revenait sur la qualification de clause pénale dans une décision du 17 octobre 1996. Elle précise au visa de l'article 1152 du Code civil que « la clause [selon laquelle le salarié, en cas de licenciement pour une cause autre qu'une faute grave ou lourde, percevrait en sus des indemnités prévues par la loi ou la convention collective une indemnité brute d'un an de salaire] avait été stipulée par les parties pour tenir compte de la difficulté pour le salarié de retrouver un emploi équivalent aux mêmes conditions, ce dont il résultait qu'elle ne constituait pas une clause pénale et ne pouvait donc faire l'objet d'une modération judiciaire »¹⁰⁰⁵. Mais les magistrats de la Cour de cassation ont

¹⁰⁰¹ Cass.soc. 22 février 1995, Sté Midland Bank c/M. Wald, *RJS* 6/95 n°644 obs. X ; Cass.soc. 21 septembre 2005 n°03-458.27.

¹⁰⁰² Cass.soc. 17 mars 1998, Sté Redland Granulats GIE c/Perrin, *RJS* 5/98, n°590, obs. X.

¹⁰⁰³ MAZEAUD (A.), « les clauses pénales en droit du travail », *Dr.soc.* 1994. p. 343.

¹⁰⁰⁴ GAUDU (F.) et VATINET (R.), *Les contrats de travail, Traité des contrats* sous la direction de Jacques GHESTIN, LGDJ, éd 2001, n°333, p. 288.

¹⁰⁰⁵ Cass.soc. 17 octobre 1996, Rivaux c/Sté Rivaux transports distribution logistique, *Dalloz* 1997. 179 note DEFFOSSEZ (M.).

réaffirmé depuis que « *l'indemnité de licenciement lorsqu'elle est prévue dans le contrat de travail a le caractère d'une clause pénale et peut être réduite par le juge si elle présente un caractère manifestement excessif* »¹⁰⁰⁶.

785. Comme nous l'avons dit plus haut les « parachutes dorés » concernent la matière sociétaire, mais des interactions peuvent ainsi naître entre droit des sociétés et droit du travail. En effet le Code de commerce prévoit un mécanisme d'approbation préalable afin que les dirigeants d'une société par actions ne profitent pas de leurs fonctions pour conclure à leur profit une convention désavantageuse pour la société. Afin de répondre à certains abus¹⁰⁰⁷, le législateur a donc souhaité soumettre ces éléments de rémunération au régime des conventions réglementées. Ainsi, l'article L.225-79-1 du Code du commerce, issu de la loi du 26 juillet 2005¹⁰⁰⁸ et modifié par la loi dite TEPA du 21 août 2007¹⁰⁰⁹, dispose que « *dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, en cas de nomination aux fonctions de membre du directoire d'une personne liée par un contrat de travail à la société ou à toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L.233-16, les dispositions dudit contrat correspondant, le cas échéant, à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumises au régime prévu par l'article L.225-90-1* ». La question se pose de savoir si l'indemnité contractuelle insérée dans le contrat de travail avant toute nomination en qualité de mandataire social est soumise au régime des conventions réglementées prévu par l'article L.225-79-1 du Code du commerce. La Chambre sociale, dans un arrêt du 10 avril 2013¹⁰¹⁰ a jugé qu'il résultait des articles L.225-79-1 du Code du commerce et 1134 du Code civil que « *n'est pas soumise à la procédure spéciale d'autorisation des conventions conclues entre une société et l'un des*

¹⁰⁰⁶ Cass.soc. 17 mars 1998, Sté Redland Granulats GIE c/Perrin, *RJS* 5/98 n°590 obs. X.

¹⁰⁰⁷ En France, on citera l'exemple récent de l'ex-PDG d'Alstom, P. Bilger, aurait touché au même titre 5,1 M euros début 2003, avant de finalement y renoncer quelques mois plus tard ; mais la palme française revient probablement à Ph. Jaffré qui a perçu plus de 70 M euros (dont 30 M en *stock-options*) pour son départ de la présidence d'Elf, après l'OPA lancée par Total sur celle-ci. ; si M. Bon, n'a pas reçu d'indemnité de départ lors de sa démission de France Télécom au début 2003, la presse rapporte que de nombreux autres dirigeants du groupe de télécommunications bénéficient de telles clauses dans leur contrat.

¹⁰⁰⁸ Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, (*JORF* n°173 du 27 juillet 2005 p.12160).

¹⁰⁰⁹ Loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, (*JORF* n°193 du 22 août 2007, p. 13945) ; VIVANDIER (A.), Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi n°2007-1223 du 21 août 2007, *JCP E* 2007, p. 2129 ; MESSAÏ-BAHRI (S.), Le régime juridique des parachutes dorés, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 521 ; PACLOT (Y.) et MALECKI (C.), « Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants de sociétés cotées », *D.* 2007, p. 2481.

¹⁰¹⁰ Cass.soc. 10 avr. 2013 n°pourvoi 11-25.841, préc.

membres du directoire, la clause prévoyant une indemnité de départ, contenue dans un contrat de travail conclu régulièrement et sans fraude à une date à laquelle le bénéficiaire n'était pas encore mandataire social ». La Chambre sociale déduit le domaine d'application du régime des conventions réglementées des finalités mêmes de l'article L.225-79-1 du Code de commerce, qui ne vise qu'à éviter d'éventuels abus des mandataires sociaux. Cette solution peut laisser penser que certains y verront une brèche pour éviter de se soumettre au régime des conventions réglementées. Pour autant, la Chambre sociale a pris la peine d'indiquer que cet évitement ne peut s'appliquer qu'en dehors de toute hypothèse de fraudes.

786. Il est évident que les parachutes dorés soulèvent des problèmes qui ne concernent pas seulement la matière du droit du travail, peut-être serait-il préférable comme le préconise l'avis présenté par le député Sébastien HUYGHE¹⁰¹¹ de favoriser les indemnités transactionnelles, c'est-à-dire conclues concomitamment ou après la rupture du contrat de travail, plutôt que les clauses de « parachutes dorés » conclues *a priori* dans le contrat de travail.

Les parachutes dorés ne sont pas les seuls avantages accordés au cadre lors de la rupture du contrat de travail, il peut être inséré dans le contrat de travail des clauses prévoyant une retraite dite « chapeaux ».

b. Les retraites chapeaux

787. La retraite chapeau, qui peut être également appelée contrat « article 39 »¹⁰¹² est un régime supplémentaire de retraite, entièrement financé par l'employeur, elle permet aux bénéficiaires, surtout des cadres dirigeants¹⁰¹³, de percevoir une rente supplémentaire lorsqu'ils partent à la retraite qui vient s'ajouter aux sommes versées par le régime de base et la retraite complémentaire.

788. En pratique, le terme retraite chapeau recouvre plusieurs régimes juridiques différents. Ainsi, dans le cadre du régime de retraite supplémentaire à prestations définies,

¹⁰¹¹ Avis présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelle, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'article 7 du projet de loi après déclaration d'urgence en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat par le Député HUYGHE (S.), n°58, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 juillet 2007.

¹⁰¹² En référence à l'article 39 du Code général des impôts.

¹⁰¹³ Mais également les mandataires sociaux.

prévues à l'article L.137-11 du Code de la Sécurité sociale, l'employeur s'engage à verser au salarié un certain niveau de prestations visant à compléter le montant de la pension de retraite et conditionné au fait que le salarié achève sa carrière dans l'entreprise. Il peut s'agir d'un régime différentiel, appelé retraite chapeau par lequel l'employeur assure un certain pourcentage du salaire de fin de carrière, sous déduction du montant des pensions servies par les régimes de retraite obligatoires. Il peut également s'agir d'un régime additif par lequel l'employeur s'engage à verser une prestation supplémentaire de retraite dont le montant est indépendant des autres pensions servies aux bénéficiaires. Contrairement aux régimes additifs, les régimes de retraite chapeaux garantissent un niveau global sous déduction des droits que les salariés ont constitué par ailleurs au titre des régimes obligatoires. Mais comme les régimes additifs, cette garantie peut être exprimée de manière forfaitaire ou tenir compte de l'ancienneté des salariés dans l'entreprise.

789. La Cour de cassation considérait qu'à partir du moment où les versements au titre de la retraite supplémentaire sont calculés à partir de critères individuels, comme l'âge et la rémunération des salariés concernés, ils correspondent à des avantages consentis aux salariés à l'occasion du travail. Ils sont soumis à cotisations de Sécurité sociale dans les limites fixées par l'article D. 242-1 du Code de la Sécurité sociale pour la partie dépassant les 85% du plafond de la sécurité sociale¹⁰¹⁴. Cette solution ignore le caractère aléatoire ou conditionnel de l'avantage et s'appuie essentiellement sur l'obtention de l'avantage à l'occasion ou en contrepartie du travail. Le législateur est donc intervenu par la loi du 21 août 2003¹⁰¹⁵ en intégrant dans le Code de la Sécurité sociale, l'article L.137-11. Cette loi instaure une contribution spéciale exonérée de charges sociales sur les régimes de retraite à prestations définies sous condition de constitution de droits à prestations dépendantes de l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise et dont le financement par l'employeur n'est pas individualisable par salarié.

790. De plus, la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 31 mai 2011 a rappelé en premier lieu que le régime à prestation définie « *ne conférerait au salarié aucun droit acquis à bénéficier d'une quote-part de la pension en cas de rupture de son contrat de travail avant l'âge de la retraite* ». Ainsi, le droit de bénéficier du régime à prestations définies ne constitue pas un droit acquis et certain pendant la période d'activité professionnelle du salarié. Il s'agit

¹⁰¹⁴ Cass.soc. 23 juin 1994, n°92-13.247 ; Cass.soc. 13 nov. 1996, n°94-13.187, Cass.civ. 2, 18 nov.2003, n°02-30.475 et n°02-30.250.

¹⁰¹⁵ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, (JORF n°193 du 22 août 2003 p.14310).

donc d'un droit éventuel auquel le salarié ne pourra prétendre que s'il achève sa carrière dans l'entreprise. Cette condition de présence a soulevé les critiques, car elle est vue comme pouvant freiner la liberté du salarié de démissionner, mais cet argument a été rejeté par la Cour de cassation¹⁰¹⁶.

791. En second lieu dans cette même décision, la Cour de cassation estime que le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse subit un préjudice constitué par « *la perte d'une chance de pouvoir bénéficier d'un régime à prestations définies applicable dans l'entreprise* ». *A contrario* si le licenciement avait été justifié par un motif réel et sérieux et notamment en cas de faute du salarié, les juges n'auraient pas opté pour cette solution. En se fondant sur les articles 1134¹⁰¹⁷ et 1147¹⁰¹⁸ du Code civil, la Cour de cassation estime que la rupture fautive du contrat de travail du salarié est une violation de l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi. S'agissant des modalités de calcul du préjudice lié à la perte de chance, « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »¹⁰¹⁹.

792. La loi du 9 novembre 2010¹⁰²⁰ entend utiliser à des fins de développement des retraites d'entreprise les régimes à prestations définies à droits aléatoires. Dès qu'une entreprise envisage de créer un régime de retraite à prestations définies au sens de l'article L.137-11 du Code de la sécurité sociale, elle ne pourra le faire qu'à la condition que l'ensemble des salariés bénéficient d'au moins un Perco¹⁰²¹ ou un régime de retraite supplémentaire à adhésion obligatoire mis en place dans les conditions de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale. En pratique, si l'un ou l'autre de ces dispositifs ne préexiste pas, il conviendra d'en instituer un simultanément à l'instauration du régime à prestations définies ou alors de renoncer à celle-ci.

¹⁰¹⁶ Cass.soc. 30 avr. 2003, n°01-41.171.

¹⁰¹⁷ Art. 1104 nouveau du Code civil.

¹⁰¹⁸ Art. 1231-1 nouveau du Code civil.

¹⁰¹⁹ Cass.soc. 18 mai 2011, n°09-42.741.

¹⁰²⁰ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 (JORF n°0261 du 10 novembre 2010 p. 20034), V. étude DEL SOL (M.) « Les dispositions relatives aux régimes de retraite supplémentaire à cotisations définies à droits aléatoires modifient plus substantiellement le cadre juridique et la taxation applicable », *JCP E* 2010, n°8, p. 40.

¹⁰²¹ V. Article L.3334-1 et s. du Code du travail, le plan d'épargne pour la retraite collectif (Perco) est un dispositif d'entreprise qui permet aux salariés de se constituer une épargne. Les sommes sont bloquées jusqu'à la retraite, sauf cas de déblocage exceptionnel. Les versements du salarié peuvent être complétés par des contributions de l'entreprise (abondements). Au moment de la retraite, les sommes sont disponibles sous forme de rente ou, si l'accord collectif le prévoit, sous forme de capital. V. AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, op.cit., spéc. p. 1064, V. également note LIEUTIER(J.-P.) « Réforme de l'épargne salariale, de l'épargne retraite et de l'actionnariat salarié » *Dr. soc.* 2015, p.777.

Cette « contagion positive »¹⁰²² vivement souhaité par le législateur risque de ne pas porter ses fruits au regard de l'augmentation de la taxation applicable aux bénéficiaires.

793. Ainsi, s'agissant des primes en cas de gestion externe, ce taux de contribution s'élève à 24 % et est assis sur le montant total des primes versées à l'assureur. En cas de gestion interne (mode de gestion interdit pour les régimes de retraite définis dans l'article 39 du code général des impôts depuis le 1er janvier 2010), il s'élève à 48 % et est assis sur le montant provisionné par l'entreprise. Ces deux taux sont applicables à compter des exercices ouverts après le 31 décembre 2012. Ils s'élevaient respectivement à 12 % et 24 % pour les exercices ouverts avant cette date. S'agissant des rentes, pour celles versées depuis le 1er janvier 2013, le taux est de 32 %. Il s'élève à 16 % pour des versements antérieurs à cette date.

794. Une contribution additionnelle sur les rentes est également prévue lorsque le montant versé excède 8 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale¹⁰²³. Son taux s'élève dans ce cas à 30 %¹⁰²⁴. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 13 juillet 2011 par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁰²⁵ relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du troisième alinéa de l'article L.137-11-1 du Code de la Sécurité sociale. Les requérants soutenaient, s'agissant des dispositions relatives à la contribution due par les bénéficiaires des régimes de retraite supplémentaires de vieillesse à prestations définies, que ces dispositions méconnaissaient le principe de l'égalité devant l'impôt. Le Conseil constitutionnel a écarté leurs griefs et jugé les dispositions contestées conformes à la Constitution. En effet, le législateur a souhaité faire participer les bénéficiaires de « retraites chapeaux » à l'effort de financement des retraites et réduire les charges supportées par les bénéficiaires des différents systèmes de retraite supplémentaire. De plus, il apparaît que le législateur a donné un fondement aux prélèvements sur les rentes versées de manière rationnelle et objective. Enfin, le législateur a institué 3 tranches, il a prévu un mécanisme d'abattement et fixé un taux maximal de 14% afin de tenir compte des facultés contributives du bénéficiaire. Mais les Sages de la rue de Montpensier n'ont pas hésité à censurer la loi de financement de la Sécurité sociale pour l'année 2013 lorsque le législateur a encore voulu augmenter la fiscalité des retraites chapeau et a ainsi fait abaisser à 68,34% la taxation marginale maximale de la dernière tranche marginale d'imposition portant sur ces retraites,

¹⁰²² SERIZAY (B.), La réforme des retraites et l'impact sur les retraites supplémentaires, *JCP S* 2010, p. 1527.

¹⁰²³ Plafond annuel de Sécurité sociale pour 2015, 38 040 euros.

¹⁰²⁴ Art. L.137-11 I 1^{er} à II bis du CSS .

¹⁰²⁵ Cons.const., décision n°2011-180 QPC, du 13 juillet . 2011.

prévue à 75% dans l'article L.137-11-1 du Code de la sécurité sociale. Si la nouvelle tranche à 45% de l'impôt sur le revenu est jugée conforme à la Constitution, elle « *a toutefois pour conséquence de porter l'imposition marginale des retraites complémentaires dites « chapeau » à 75,04% pour celles perçues en 2012 et à 75,34% pour celles perçues à compter de 2013* ». Selon les Sages, ce niveau est « *contraire à l'égalité devant les charges publiques* », car il fait peser sur les retraités concernés « *une charge excessive au regard de leur faculté contributive* ». Le 20 novembre 2015 à l'occasion d'une QPC, le Conseil Constitutionnel¹⁰²⁶ a censuré la contribution à la charge des entreprises sur les rentes excédant huit plafonds de la sécurité sociale, portée de 30% à 45% par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2015¹⁰²⁷. Les sages estiment que la contribution additionnelle qui s'applique au taux de 45% à l'intégralité du montant de la rente versée au cours de l'année dès lors que ce montant excède huit fois le plafond annuel de la Sécurité sociale, sans qu'aucun mécanisme n'atténue l'effet de seuil provoqué par l'application de ce taux, crée ainsi, une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

795. Au regard de la conjoncture économique, des doutes peuvent également planer sur la pérennité des entreprises et la capacité qu'elles auront dans l'avenir à honorer leurs dettes vis-à-vis de leurs salariés. La gestion des retraites chapeau peut être gérée en interne ou externalisée. Pour pallier cette difficulté, il a été fait obligation aux entreprises cotées, de provisionner comptablement tous les engagements de retraite pour renforcer la sécurité des bénéficiaires. Pour autant, la reconnaissance d'une dette comptable ne permet pas de garantir un actif suffisant. Le recours à l'assurance pourrait sécuriser l'entreprise et ainsi le bénéficiaire, car en préférant la gestion externalisée elle doit faire évaluer son passif social par un actuair e indépendant et les faire garantir par un organisme d'assurance (société d'assurance, institution de prévoyance, mutuelle). La loi du 21 août 2003¹⁰²⁸ va inciter fiscalement les entreprises à recourir à l'assurance en augmentant la contribution au fonds d'assurance vieillesse lorsque l'entreprise opte pour une gestion en interne. La Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2010 du 24 décembre 2009¹⁰²⁹ a purement et simplement interdit à compter du 1^{er} janvier 2010

¹⁰²⁶ Décision Conseil Constitutionnel n°2015-498, QPC du 20 novembre 2015, obs. CALBIAC (J.), WISMER (F.), SSL n°1700, p.4 ; note WILLMANN (C.), Lexbase hebdo éd.soc. n°634 du 26 novembre 2015.

¹⁰²⁷ Loi n°2014-1554 du 22 décembre 2015 de financement de la Sécurité sociale pour 2015, (JORF du 24 déc. 2014, p. 21748), note WILLMAN (C.), Lexbase hebdo éd.soc. n°596 du 8 janvier 2015.

¹⁰²⁸ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, (JORF n°193 du 22 août 2003 p.14310).

¹⁰²⁹ Loi n° 2009-1645 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010, (JORF n°0300 du 27 décembre 2009, p. 22392).

la gestion en interne des retraites chapeau¹⁰³⁰. L'article 50 de la loi du 20 janvier 2014¹⁰³¹ prévoit que le gouvernement pourra agir par voie d'ordonnance pour prendre toute mesure visant à protéger les intérêts des salariés et des personnes ayant quitté l'entreprise à la date de la survenance de l'insolvabilité de celle-ci en ce qui concerne leurs droits acquis, ou leurs droits en cours d'acquisition, à des prestations de retraite supplémentaire d'entreprise. L'absence de protection des droits des anciens salariés en cas de liquidation de l'entreprise révèle sa non-conformité au droit européen et plus précisément à la directive européenne du 22 octobre 2008¹⁰³². Cette directive relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur constaté par l'ouverture d'une procédure collective a prévu la création dans chaque État membre d'un organisme de garantie pour une mutualisation du risque. Ainsi, l'ordonnance devra, en complément de l'externalisation, explorer d'autres pistes permettant de concilier les impératifs de protection des droits acquis par les anciens salariés avec les conséquences induites pour les entreprises et cela dans un contexte d'environnement économique dégradé.

B. La rémunération attachée à la performance de l'entreprise

796. Une partie de la rémunération des cadres est attachée à la performance de l'entreprise. Ils peuvent donc bénéficier de dispositifs individuels avec l'attribution des stock-options (1.), ils peuvent également bénéficier de dispositifs collectifs (2.) qui ne sont pas spécifiquement réservés aux cadres, mais compte tenu de leur capacité contributive ceux-ci sont fortement intéressés par ces dispositifs.

¹⁰³⁰ Art. L.137-11 V du CSS « Les régimes de retraite à prestations définies, mentionnés au I, créés à compter du 1er janvier 2010 sont gérés exclusivement par l'un des organismes régis par le titre III du livre IX du présent code, le livre II du code de la mutualité ou le Code des assurances ».

¹⁰³¹ Loi n°2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites, (JORF n°0017 du 21 janvier 2014 p.1050).

¹⁰³² Directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

1. Les dispositifs individuels : l'attribution des stock-options¹⁰³³

797. Ce dispositif individuel révèle un régime juridique complexe (a.) et un dispositif fondamentalement discrétionnaire (b.).

a. Un régime juridique complexe

798. D'origine anglo-saxonne, le système de stock-options, introduit en droit français par la loi du 31 décembre 1970 et son décret d'application du 7 juin 1971¹⁰³⁴, est régi par les articles L.225-177 à L.225-186 et R. 225-137 à R. 225-145 du Code du commerce. Ce dispositif offre la possibilité aux sociétés par actions de proposer à certains salariés ou à l'ensemble du personnel d'acquérir, pendant une période définie, un nombre déterminé de leurs actions à un prix fixé définitivement le jour où l'option est consentie. Après l'exercice de l'option, le salarié devient actionnaire et détenteur d'une plus-value potentielle qu'il peut réaliser en vendant ses actions, le gain effectif étant égal à la différence entre le prix de l'option consentie et le cours du titre lors de la revente. C'est l'assemblée générale des actionnaires réunies en assemblée générale extraordinaire qui autorise le conseil d'administration ou le directoire à consentir des options de souscription ou d'achat d'actions.

799. En théorie, l'octroi de stock-options offre une espérance de gain illimité pour un risque faible, puisqu'en cas de baisse continue des cours de l'action, le salarié s'abstiendra

¹⁰³³ Encore appelées plans d'options sur actions. L'expression « stock-options » étant plus répandue, elle sera plus souvent employée. Il existe également les attributions d'options gratuites qui sont identiques à des stock-options. Néanmoins, contrairement aux stock-options, elles emportent avec elles une promesse de gain certain, aussi faible puisse-t-il être. Les actions gratuites peuvent être attribuées, après autorisation de l'assemblée générale extraordinaire et dans le respect des règles édictées aux articles L.225-197-1 à L.225-197-6 du Code de commerce, aux mandataires sociaux, cadres dirigeants et salariés de sociétés cotées ou non cotées. La loi de finances pour 2013 a fait converger les deux anciens régimes des stock-options et des actions gratuites. Dorénavant, pour les plans d'actions gratuites attribués à compter du 28 septembre 2012, le régime fiscal et social de ces instruments sera identique à celui des stock-options (plus-value d'acquisition barémisée, plus-value de cession barémisée avec abattement, contributions patronales de 30 % et salariales de 10 %). Le régime juridique des stock-options et des attributions d'actions gratuites semble donc être identique, c'est pour cette raison que les attributions d'actions gratuites ne feront pas l'objet d'une étude spécifique.

Enfin il existe les BSCPE (Bons de souscription de parts de créateur d'entreprise), réservés aux jeunes entreprises, leur régime juridique n'est pas très éloigné de celui des stock-options. Comme pour les options, le Conseil d'Administration ou le Directoire définissent les bénéficiaires des bons, le nombre de bons et les conditions (appartenance à l'effectif de la société, lors de la souscription, ou encore clauses d'objectifs à atteindre) ; en revanche, la période d'indisponibilité des titres, fréquente dans les plans d'options, est ici assez rare, dès lors que les contraintes fiscales et sociales sont plus légères. Les BSCPE ne feront donc pas l'objet d'une étude spécifique car ces bons participent à la même logique que les stock-options.

¹⁰³⁴ Loi n°70-1322 du 31 décembre 1970 relative à l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel des sociétés ; décret n°71-418 du 7 juin 1971 relatif à l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel des sociétés.

simplement de lever l'action. Longtemps, ce système fut plébiscité par les employeurs et le législateur, mais aussi par les salariés qui ont bénéficié de distributions souvent généreuses, dans les grandes entreprises, à la fin des années 1990.

800. En pratique, la grande majorité des plans mis en place ne concernent que les cadres et spécialement les cadres dirigeants et les cadres supérieurs. La généralisation des plans à l'ensemble du personnel est peu pratiquée, car la philosophie des options est faite pour attirer ou retenir les salariés les plus qualifiés ayant une influence déterminante sur les résultats de l'entreprise. Ainsi donc, les cadres sont majoritairement concernés. En effet, le niveau hiérarchique est le premier critère sur lequel se fondent les entreprises pour attribuer des stock-options, devant la performance individuelle et le potentiel des bénéficiaires, et loin devant la performance collective et l'ancienneté¹⁰³⁵.

801. Bien que plébiscitées par les pouvoirs publics et les entreprises, les stock-options ont fait l'objet de très violentes critiques en raison des excès dont elles ont parfois fait l'objet ces dernières années¹⁰³⁶. En réponse à cette situation, les régimes fiscaux et sociaux de ces outils ont connu des évolutions incessantes, réduisant fortement les incitations créées à l'origine¹⁰³⁷. De plus, les stock-options constituent un mode de rémunération hybride, ce qui rend leur appréhension très délicate. Elles sont à la fois une rémunération différée et un gain potentiel en capital. Elles sont attribuées au salarié, mais elles rémunèrent la croissance de la valeur de l'action et non directement le travail¹⁰³⁸. Par ailleurs, le salarié dispose du choix de bénéficier ou non de l'option qui lui est ouverte, il ne s'agit donc pas d'un versement automatique en contrepartie du travail. Avant la loi dite « MACRON », le traitement social et fiscal des options conduisait, dans certaines hypothèses, à les assimiler à des traitements et salaires. En effet, l'éventuel assujettissement à cotisations et prélèvement sociaux est marqué

¹⁰³⁵ POULAIN-REHM (Th.), *Contribution à la connaissance de la politique de stock-options des entreprises française cotées : approche quantitative et qualitative*, Thèse de doctorat (dir. M. HIRIGOYEN), Université de Bordeaux IV, 2000, p.397.

¹⁰³⁶ En 2006 des stock-options attribuées aux dirigeants de sociétés technologiques (Apple, Activision, etc.), auraient été « antidatées » dans le but de maximiser les plus-values réalisées lors de la levée des options (en minimisant le prix d'exercice).

En France, la mauvaise presse des stock-options s'est accrue à la suite des soupçons de délit d'initié intervenus dans l'attribution de stock-options à un certain nombre de dirigeants d'EADS (levée des options quelques mois avant que ne soient annoncés les retards prévus dans la construction de l'Airbus A380).

¹⁰³⁷ De la crise financière de 2007.

¹⁰³⁸ MABILEAU (R.), *L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise*, Thèse de doctorat (dir. F. FAVENNEC-HERY), Université de Nantes, 2004, p.137.

par trois évènements : l'attribution des options¹⁰³⁹, l'exercice des options¹⁰⁴⁰ et la cession des titres¹⁰⁴¹. De ces trois périodes dépendait une fiscalité complexe des titres acquis du fait de la diversité des impositions. Désormais, depuis la loi MACRON du 6 août 2015¹⁰⁴² les gains d'acquisition et de cession sont traités fiscalement de la même manière, ce qui permet aux bénéficiaires de profiter de l'abattement variable en fonction de la durée de détention applicable aux plus-values de cessions de valeurs mobilières¹⁰⁴³.

802. La jurisprudence, de son côté, considère que le système est constitutif d'une rémunération, s'agissant d'un avantage versé en contrepartie direct de la prestation de travail. Dès lors, les litiges sur les options d'achat d'actions surgissant entre la société et le salarié seront de la compétence des juridictions prud'homales¹⁰⁴⁴.

803. Ainsi la qualité de salarié, dans l'attribution des stock-options, prend toute son importance, lorsque le plan d'option prévoit que la levée ne pourra intervenir que si l'intéressé est encore salarié lors de cette levée. La difficulté surgit lorsque le licenciement, initié avant la levée d'options, conduit à priver unilatéralement, l'ancien salarié de son droit de devenir actionnaire et peut ainsi lui retirer un profit substantiel, qui pourrait s'analyser comme un complément de rémunération. Cette question marque bien l'ambiguïté du régime juridique des stock-options qui combine les statuts d'actionnaire et de salarié pour renforcer les liens entre capital et travail.

804. L'employeur peut être tenté de profiter de la subordination de l'engagement d'option au contrat de travail pour se libérer de ses engagements en matière d'options d'achat d'actions en exerçant son droit de résiliation du contrat de travail. Au regard de l'article 1174 du Code civil, qui dispose que « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* »¹⁰⁴⁵, on aurait pu penser que la Cour de cassation sanctionne la condition de présence dans les plans de stock-options qui constitue une

¹⁰³⁹ L'attribution des options : C'est la date à laquelle le Conseil d'Administration de la société s'est réuni pour définir les conditions du plan et désigner les bénéficiaires.

¹⁰⁴⁰ Levée des options : C'est l'opération qui consiste à acquérir les titres sous options en contrepartie du paiement du prix d'exercice.

¹⁰⁴¹ La Cession des titres : C'est la date à laquelle les actions, acquises lors de la levée des options, sont revendues.

¹⁰⁴² Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. (JORF n°181 du 7 août 2015 p. 13537). V note LIEUTIER(J.-P.) « Réforme de l'épargne salariale, de l'épargne retraite et de l'actionnariat salarié », préc.

¹⁰⁴³ Abattement de 50 % du montant de la plus-value nette entre 2 ans et 8 ans de détention et de 65 % au-delà de 8 ans.

¹⁰⁴⁴ C. A. Paris, 6 novembre 1997, *Bull. Joly*, p. 112 ; CA Paris, 12 juin 1998, *Bull. Joly*, p. 1263.

¹⁰⁴⁵ MABILEAU (R.), *L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise*, Thèse de doctorat (dir. F.FAVENNEC-HERY), Université de Nantes, 2004, p.245.

clause résolutoire au sens de l'article 1168 du Code civil¹⁰⁴⁶. Bien au contraire, celle-ci a même admis le principe en jugeant que « *la condition, acceptée par le salarié, et subordonnant le droit de lever les options d'actions à l'absence de rupture du contrat de travail par un licenciement faisait obstacle à l'exercice de ce droit* »¹⁰⁴⁷. Cette position a été confirmée à plusieurs reprises notamment par un arrêt du 23 juin 2004¹⁰⁴⁸ selon lequel il s'agissait de savoir si un salarié avait eu connaissance de l'existence de la clause, peu importait de savoir si un licenciement sans cause réelle et sérieuse empêchait le salarié d'exercer ses options. Autrement dit, l'opposabilité de cette clause était reconnue, il était simplement exigé que cette dernière ait été acceptée par le salarié, peu importait de savoir si un licenciement sans cause réelle et sérieuse empêchait le salarié d'exercer ses options.

805. C'est en réalité au niveau de la mise en œuvre de la condition de présence que la Cour se place pour sanctionner les comportements déloyaux. Ainsi, lorsque le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, le salarié licencié perd ses droits à lever des options et donc la plus-value qu'il pourrait réaliser lors de la cession de ses actions. Dans ce cas, le juge reconnaît au salarié la perte d'une chance et l'allocation de dommages et intérêts. Mais il s'agit d'un préjudice dont l'évaluation peut s'avérer délicate. L'évaluation de ce préjudice n'est pas nécessairement égale à la différence existant entre le prix d'achat et le prix de revente des actions au moment de la perte. En effet, lorsque l'option est perdue, on ignore le prix des titres au moment où elle aurait été effectivement exercée. Des indications sont données sur les éléments à prendre en compte pour calculer cette perte de chance notamment l'évaluation en fonction du cours de l'action¹⁰⁴⁹. Mais il est nécessaire de garder à l'esprit que les conséquences pécuniaires de cette perte de chance doivent être pondérées par le fait qu'il ne s'agit pour le salarié ni d'une obligation d'exercer ce droit ni d'une garantie de réaliser une plus-value. En résumé, le préjudice du salarié, dont le principe est certain et prévisible, doit être apprécié par rapport à l'évolution de la valeur des stock-options, au prix de souscription offert au salarié et à la nature éventuelle du gain espéré et fiscalisé au régime applicable de l'époque¹⁰⁵⁰. Une décision du 21 octobre 2009 est venue semer le trouble en retenant au visa de l'article L.1331-2 du Code du travail « *que la privation de la faculté de lever les options en cas*

¹⁰⁴⁶ AUZERO (G.), « Attributions individuelles des stock-options et licenciement injustifié du bénéficiaire : le recours salubre au droit des obligations », *Chron., Bull. Joly* 2005 p. 177.

¹⁰⁴⁷ MABILEAU (R.), *op.cit.*

¹⁰⁴⁸ Cass.soc. 24 juin 2004, n°02-42.071.

¹⁰⁴⁹ CA Paris, 21^e ch. B, 22 janv. 2004 : *JurisData* n°2004-239008.

¹⁰⁵⁰ V étude SCHILLER (S.) et LEPRETRE (J.-M.), « Le salarié licencié pour faute grave ne peut être privé du bénéfice de ses stock-options », *JCP E*, 2010 n°11, p. 45.

de licenciement pour faute grave constitue une sanction pécuniaire prohibée qui ne pouvait être prévue dans le plan de stock-option »¹⁰⁵¹. Cette solution vient confirmer, même si cela n'a jamais été contesté que les options de souscription ou d'achat constituent pour leur bénéficiaire un complément de rémunération. Dès lors que la perte de cet avantage trouve sa cause dans la faute du salarié, il faut considérer que l'on est en présence d'une sanction pécuniaire, qui, en vertu du 1^{er} alinéa de l'article L.1331-2 du Code du travail, est illicite. En conséquence, la clause d'un plan d'option prévoyant la perte des options en cas de licenciement pour faute grave est réputée non écrite conformément à l'alinéa 2 de ce même texte. Il semble que ce raisonnement adopté par la chambre sociale de la Cour de cassation ne prenne pas en compte le mécanisme des stocks- options. En effet, pour que le bénéficiaire obtienne un gain, il est nécessaire qu'il lève les options qui lui ont été consenties. Autrement dit si le salarié est licencié avant d'avoir pu lever ses options, il n'a, par hypothèse, réalisé aucune plus-value. Peut-il donc y avoir sanction pécuniaire lorsque la faute du salarié entraîne la perte d'un avantage de rémunération qui n'est qu'éventuel ? D'ailleurs, la Cour de cassation avait répondu à cette question, dans un arrêt non publié s'agissant d'une clause excluant la possibilité de lever les options en cas de licenciement pour motif personnel en écartant le grief tiré de la prohibition des sanctions pécuniaires, car « aucune plus-value n'étant réalisée au jour de la rupture du contrat de travail [du salarié], la perte du droit de lever l'option ne peut s'analyser, à cette date, en une mesure affectant [sa] rémunération »¹⁰⁵². Cette solution paraissait fondée, d'autant plus que les options de souscription ou d'achat d'action sont en elles-mêmes dépourvues de valeur patrimoniale puisqu'elles « sont incessibles jusqu'à ce que l'option ait été exercée »¹⁰⁵³. Cette position n'a pas été suivie par la Chambre sociale le 21 octobre 2009, les juges ne font aucune référence à une mesure affectant la rémunération du salarié et se contente de viser la privation de la faculté de lever les options pour la qualifier de sanction pécuniaire dès lors qu'elle trouve sa cause dans la faute du salarié. Ainsi, le caractère éventuel des gains du salarié ne semble plus faire obstacle à la qualification de sanction pécuniaire prohibée. Il est fréquent que le droit prenne en compte l'éventualité d'un gain malgré le caractère éventuel du droit auquel cet aléa s'attache. La perte de chance est donc condamnée. Mais une autre idée a pu être

¹⁰⁵¹ Cass.soc. 21 octobre 2009, n°08-42.026, *RDT* 2010, p. 28, chron. sous la responsabilité de AUZERO (G.) et LARDY-PELISSIER (B.); *D.* 2010, n°18, p. 1197, note GUYADER (H.); *JCP E* 2010, n°11, p. 45 étude SCHILLER (S.) et LEPRETRE (J.-M.).

¹⁰⁵² Cass.soc. 20 oct. 2004 n°02-41.860, inédit.

¹⁰⁵³ Art. L.225-183 C.com.

avancée par certains auteurs¹⁰⁵⁴, qui avancent que la qualification de sanction pécuniaire devrait être retenue lorsque la faute, sans affecter directement la rémunération du salarié, a un effet certain sur son mode de rémunération. S'il est vrai que si les options de souscription ou d'achat d'actions ne constituent pas à proprement parler une rémunération, elles sont sans conteste un mode de rémunération. Or en privant le salarié de sa faculté de lever les options, on modifie sa rémunération et la qualification de sanction pécuniaire peut donc être retenue. Mais cette idée doit être relativisée, car en matière de modification du contrat de travail, la Cour de cassation ne distingue pas selon que la modification affecte le montant de la rémunération ou son mode de calcul.

806. Dès lors, un salarié injustement licencié ne pourra prétendre qu'à des dommages et intérêts et être privé du bénéfice de ses options d'achat d'actions alors qu'un salarié licencié pour faute grave ne peut être privé de la faculté de lever ses options. Mais cet argument perd de sa portée dès lors que la clause de présence ne comporte pas de distinction, selon la cause du licenciement. La rédaction de la clause devient donc primordiale en prévoyant simplement que tout salarié dont le contrat de travail est résilié sera privé des options d'achat d'actions. La bonne foi contractuelle et les principes corrélatifs de la force obligatoire du contrat qui explique la règle posée aux articles 1103 et 1104 du Code civil du Code civil nous semblent imposer que le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse conserve le droit de lever ses options¹⁰⁵⁵.

807. Pour finir, une autre décision est venue illustrer la complexité du régime juridique des stock-options dans un arrêt du 30 mars 2011 en décidant dans un attendu très explicite que « *les plus-values réalisées par un salarié lors de la levée des actions, même si elles sont soumises à cotisations sociales par application de l'article L.242-1 du Code de la sécurité sociale, ne constituent pas une rémunération allouée en contrepartie du travail entrant dans la base de calcul de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse* »¹⁰⁵⁶. Ainsi, si la Haute juridiction reconnaît le traitement des plus-values comme salaire, au sens du droit de la sécurité sociale, elle ne suffit pas à préserver cette qualification en droit du travail. En effet, constitue une rémunération, au sens de l'article L.3121-3 du Code du travail, l'avantage consenti à un salarié en contrepartie du travail payé en espèces ou en nature. Mais si,

¹⁰⁵⁴ AUZERO (G.), LARDY-PELISSIER (B.), « Licéité des clauses de présence dans les plans de stock-options : évolutions et perspectives », *RDT* 2010, p. 28.

¹⁰⁵⁵ CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), WICKER (G.), obs sous Cass.soc. 29 sept. 2004, n°02-40.027, *JCP E* 2005, p. 131.

¹⁰⁵⁶ Cass. soc 30 mars 2011, n°09-42.105, *RJS* 6/11 ; *SSL* supplément 2012, n°1527, p. 101.

dans le dispositif des stock-options, le droit offert au salarié de lever l'option d'acquisition ou de souscription d'actions à des conditions privilégiées est certes bien attribué en contrepartie du travail ; la valeur de l'avantage, qui permet au salarié de réaliser un gain constitué de la différence entre le prix d'acquisition de l'action et la valeur à la revente, procède du marché et de son opportunité, et non directement de la volonté de l'employeur. Il semble que la Chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'avantage retiré l'est au titre de la qualité d'actionnaire, et non au titre du statut de salarié.

En plus d'un régime juridique incertain, les stock-options peuvent inspirer de la défiance tant le dispositif peut s'avérer discrétionnaire.

b. Un dispositif fondamentalement discrétionnaire

808. Le conseil d'administration ou le directoire fixe les conditions dans lesquelles seront consenties les options. En pratique, il peut choisir les bénéficiaires, déterminer le nombre de titres attribués, le montant de l'augmentation du capital, fixer des conditions suspensives ou résolutoires à l'attribution, imposer un délai de portage. Mais ces décisions doivent être prises par l'organe légal de gestion dans sa formation plénière. Cela signifie que le conseil d'administration ne peut se contenter de ratifier une décision prise par un comité de rémunération ou par certains de ses membres seulement¹⁰⁵⁷. De plus, les représentants du comité d'entreprise qui peuvent assister avec voix consultative aux séances du conseil d'administration doivent avoir été convoqués aux réunions. Enfin, le conseil d'administration ou le directoire a un rôle exclusif dans la mise en œuvre de la réalisation effective de l'augmentation de capital, au fur et à mesure des levées d'options.

809. Le président peut, sur délégation du conseil d'administration ou du directoire, procéder lui-même aux opérations de modifications des statuts selon une procédure allégée qui le dispense d'un certain nombre de formalités de publicité habituellement exigées en cas d'augmentation du capital, pour l'information des tiers et du public. Il est donc évident que l'essentiel du pouvoir de décision se concentre au sein du conseil d'administration et rien ne garantit qu'il remplisse son rôle de régulateur de système. Ainsi, dans certaines sociétés, notamment dans celles où des représentants des salariés, et du comité d'entreprise, siègent au conseil d'administration, le cercle des décideurs est extrêmement restreint, les administrateurs

¹⁰⁵⁷ LYON-CAEN (G.), « Encore la rémunération du P.-D.G », *Dalloz affaires*, 1996, p.162.

pouvant confier au président directeur général le soin de mettre en œuvre et de gérer le plan d'option.

810. Nous avons vu précédemment que les plans d'options sont essentiellement destinés aux cadres, et plus précisément aux cadres dirigeants. Nous avons vu également que le conseil d'administration dispose d'une grande liberté dans le choix des bénéficiaires, les critères retenus relèvent entièrement de sa volonté discrétionnaire. Mais au regard du droit du travail, des justifications pourraient cependant être requises en raison du contrôle très strict qui est exercé par les juges sur le fondement du principe d'égalité de traitement. Selon Madame Raymonde VATINET, *« cette conception stricte de l'égalité de traitement suppose que l'individualisation opérée l'ait été au sein d'un groupe de salariés placés dans une situation apparemment identique. Dès lors ; le problème ne peut se poser qu'en cas d'attribution de stock-options opérée au sein d'une catégorie assez vaste de salariés aux fonctions peu différenciables. En revanche, dès lors que la fonction est elle-même individualisée ou unique comme celle d'un directeur salarié- le problème de l'égalité de traitement ne se pose plus »*¹⁰⁵⁸.

811. Une décision rendue le 11 septembre 2012 par la chambre sociale de la Cour de cassation a pris position s'agissant de l'attribution gratuite d'actions et de l'application du principe de l'égalité de traitement que l'on peut aisément appliquer aux stock-options. Dans un premier temps, on ne peut que constater que la Cour de cassation applique le principe d'égalité de traitement en matière d'attribution gratuite d'actions, car il est évident qu'il s'agit d'un avantage consenti aux salariés en vertu de l'article L.225-197-1 du Code du commerce.

812. Notons que ce dernier texte, expressément repris de ce point de vue dans le motif de l'arrêt, envisage l'attribution gratuite d'actions au profit des membres du personnel salarié de la société ou de « certaines catégories d'entre eux ». Cette précision légale est importante en raison de l'influence sur la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement.

813. On peut en effet considérer que si l'attribution gratuite d'actions est réservée aux cadres, les salariés n'appartenant pas à cette catégorie ne sont pas en mesure d'invoquer le principe d'égalité de traitement¹⁰⁵⁹. En conséquence, la question ne se pose pas en ces termes puisque, en amont, il ne peut même pas être fait application du principe d'égalité de traitement. Par contre, la question pourra se poser lorsque certains salariés parmi ceux relevant de « la

¹⁰⁵⁸ VATINET (R.) (dir.), « Sur le régime juridique des options de souscription ou d'achat d'actions », Acte pratiques, Sociétés, *Éditions du JurisClasseur*, mai-juin 2003, p. 3-22, spéc.p.8.

¹⁰⁵⁹ Voir Section 1. Le principe d'égalité et les cadres.

catégorie » visée se verront attribuer des actions à titre gratuit. Nous pouvons même remarquer qu'en matière d'attribution de stock-options, l'article L.225-177 du Code du commerce réserve la possibilité au conseil d'administration ou au directoire de consentir des plans d'actions au « *bénéfice des membres du personnel ou de certains d'entre eux* ». Ainsi, il semble que le législateur autorise la différence de traitement. Mais on l'aura compris tout sera une question de justification.

814. Si le dispositif des options sur achats est réservé à une minorité de cadres, les dispositifs collectifs sont des dispositifs plus courants.

2. Les dispositifs collectifs

815. L'épargne salariale peut être présentée comme un système de rémunération associant un cadre collectif défini au niveau de l'entreprise et une initiative individuelle du salarié¹⁰⁶⁰. Les différents dispositifs actuellement en vigueur trouvent leur source dans une volonté initiale de donner aux salariés et à leurs employeurs des objectifs communs, en associant collectivement les salariés aux résultats de l'entreprise.

816. Il existe aujourd'hui, deux principaux types de dispositifs collectifs de partage des bénéfices : l'intéressement et la participation. Ceux-ci pouvant se combiner avec des plans d'épargne salariale.

817. Tout d'abord, l'intéressement est le dispositif le plus ancien, il a été institué par une ordonnance du 7 janvier 1959. Il s'agit d'un dispositif facultatif et résulte d'une formule de calcul liée aux résultats ou performances de l'entreprise¹⁰⁶¹. Ainsi le montant de l'intéressement dépend de la conjoncture et est déterminé en fonction d'une formule de calcul défini par un accord collectif. Différentes possibilités sont envisageables, soit le montant est calculé à partir d'éléments financiers ou comptables se fondant uniquement sur la rentabilité économique ou financière de l'entreprise, soit le montant dépend des objectifs collectifs de performance atteints, soit enfin le montant peut résulter de la combinaison de plusieurs critères collectifs tels que la productivité, la qualité ou l'absentéisme.

¹⁰⁶⁰ Versement volontaire ou déblocage.

¹⁰⁶¹ Article L.3312-1 du Code du travail.

818. Ensuite, en vertu de l'article L.3322-2 du Code du travail, toute entreprise d'au moins 50 salariés est tenue de mettre en place un système de participation. Depuis la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001¹⁰⁶², cette obligation s'impose également aux unités économiques et sociales employant au moins 50 salariés qu'elles aient été reconnues par convention ou accord collectifs ou par une décision de justice. Le mécanisme est le suivant : une fraction des bénéfices annuels réalisés par l'entreprise est affectée à la participation. Cette réserve spéciale de participation est répartie, en principe, en proportion de leurs salaires à tous les salariés. L'alimentation de ces plans par les salariés est facultative et peut être encouragée par l'entreprise, sous la forme d'un abondement. Obligatoire dès lors que l'entreprise dégager un bénéfice fiscal suffisant, la participation, vise à redistribuer aux salariés une partie des bénéfices qu'ils ont, par leur travail, contribué à générer. En vertu de l'article L.3324-10 du Code du travail, les droits ainsi constitués ne sont négociables ou exigibles qu'à l'expiration d'un délai de 5 ans, contraignant ainsi le salarié bénéficiaire à épargner. Mais depuis la loi du 3 décembre 2008¹⁰⁶³ en faveur des revenus du travail, les salariés ont désormais le choix, entre bénéficier du versement immédiat des sommes perçues au titre de la participation ou de maintenir la période d'indisponibilité.

819. Enfin, la loi portant sur la réforme des retraites du 21 août 2003¹⁰⁶⁴ a créé, le plan d'épargne retraite collectif qui génère pour les salariés dans un cadre collectif une épargne accessible au moment de la retraite sous forme de rente viagère ou, si l'accord le prévoit, sous forme de capital.

820. D'une manière générale, la loi sur l'épargne salariale renforce le caractère collectif des systèmes d'épargne en leur conférant, parfois, un caractère semi-institutionnel (inclusion dans les accords de branche¹⁰⁶⁵, consultation périodique des actionnaires sur l'ouverture du capital à l'actionnariat salarié, intégration de l'épargne salariale dans l'obligation annuelle de négocier...)¹⁰⁶⁶; néanmoins, il subsiste, dans ces mécanismes, certaines règles qui conduisent à y voir un dispositif d'accès à l'actionnariat de l'entreprise, plus particulièrement destiné aux cadres.

¹⁰⁶² Loi n°2001-159 du 19 févr. 2001 sur l'épargne salariale, (JORF n°43 du 20 février 2001 p.2774).

¹⁰⁶³ Loi n°2008-158 du 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail, art. 11 -IV, (JORF n°0282 du 4 décembre 2008 p. 18488).

¹⁰⁶⁴ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, (JORF n°193 du 22 août 2003 p. 14310).

¹⁰⁶⁵ Art. L.3312-8 du Code du travail, « Un régime d'intéressement peut être établi au niveau de la branche. Les entreprises de la branche qui le souhaitent bénéficient de ce régime. Elles concluent à cet effet un accord dans les conditions prévues à l'article 3312-15 du Code du travail ».

¹⁰⁶⁶ MABILEAU (R.), L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise, préc, p.302.

821. S'agissant de la participation et de l'intéressement, le principe du partage entre tous les salariés de l'entreprise, justifiant d'une période minimale de 3 mois d'ancienneté s'effectue, désormais, selon les mêmes règles, en matière de participation et d'intéressement. La formule de droit commun consacre une répartition proportionnelle aux salaires, mais les accords peuvent prévoir, soit une répartition égalitaire, soit une répartition proportionnelle à la durée de présence au cours de l'exercice, soit une répartition combinant plusieurs critères¹⁰⁶⁷. Pour chaque bénéficiaire, le plafond de répartition, applicable dans chacun des dispositifs, est égal à un demi-plafond annuel moyen de la Sécurité sociale.

822. Le système de répartition de droit commun, proportionnel aux salaires, est le plus fréquemment utilisé, encourageant les cadres, car ils ont les rémunérations les plus élevées. En outre, grâce à l'exonération d'impôt sur le revenu des sommes ainsi perçues (exonération automatique pour la participation et possible pour l'intéressement, s'il est versé sur un plan), l'économie fiscale réalisée, qui résulte du barème proportionnel de l'impôt sur le revenu, est beaucoup plus significative pour les contribuables à revenus élevés.

823. Par ces effets cumulés, les fruits nets de la participation et de l'intéressement sont donc plus significatifs pour la population-cadre que pour les autres salariés.

824. Pour l'intéressement, le principe est celui de la liberté du bénéficiaire, qui a le choix entre la perception immédiate des sommes lui revenant, sur lesquelles il acquittera un impôt sur le revenu, et le versement sur un plan d'épargne d'entreprise, qui, en raison de l'indisponibilité qu'il entraîne, lui permettra d'échapper à la fiscalité.

825. Ce dernier choix, de transformer l'intéressement en produit d'épargne défiscalisé, est, une fois encore, et pour les raisons déjà évoquées, particulièrement favorables aux hauts revenus, qui, grâce à leur pouvoir d'achat, peuvent plus aisément, renoncer à un revenu immédiat, surtout avec une incitation fiscale forte et avec les avantages supplémentaires que prennent les mécanismes de plan d'entreprise.

826. S'agissant ensuite des plans d'épargne d'entreprises ou PEE, ils sont mis en place en vertu d'un accord avec le personnel ou, à la seule initiative de l'employeur, après consultation du CE ou des délégués du personnel, le PEE⁵⁴⁷ est défini par l'article L.3332-1

¹⁰⁶⁷ Il faut remarquer que la loi sur l'épargne ne reprend pas, pour la participation, les dispositions de l'article L.3314-1 du Code du travail, permettant de faire varier les critères selon les établissements ou les unités de travail.

du Code du travail comme « *un système d'épargne collective ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières* ».

827. Le système peut être alimenté par le bénéficiaire, au moyen des fonds lui revenant au titre de la participation, ou de l'intéressement, ou au moyen de versements personnels, ainsi que par des versements provenant de l'entreprise, dénommés abondements. Les versements effectués par l'entreprise ne peuvent excéder le triple des versements opérés annuellement par le salarié (les versements du salarié incluant les versements spontanés ainsi que les sommes prélevées sur l'intéressement), et ils sont plafonnés à 3003,84 euros par an¹⁰⁶⁸. En ce qui concerne le bénéficiaire du plan, ses versements annuels ne peuvent excéder le quart de sa rémunération annuelle ou de son revenu professionnel imposé à l'impôt au titre de l'année précédente.

828. Les sommes versées sur le PEE peuvent être investies soit en valeurs mobilières émises par l'entreprise employeur, soit en valeurs mobilières diversifiées (FCP-SICAV). Lorsque l'épargne recueillie sur le plan est destinée à l'acquisition de valeurs mobilières émises par l'entreprise, la gestion peut être assurée en direct par cette dernière, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un FCP¹⁰⁶⁹.

829. En pratique, les salariés qui font le choix d'investir en actions de l'entreprise sont peu nombreux, hormis dans certaines sociétés cotées, en raison du risque lié à une absence de diversification des placements ; toutefois, au sein de cette minorité, les cadres dirigeants sont majoritaires, car, de par leur formation, et par l'accès privilégié dont ils disposent sur les perspectives de l'entreprise, ils sont particulièrement bien placés pour connaître ses potentialités de développement et de performances financières."

830. Enfin, s'agissant du P.E.R.C.O, ou plan d'épargne pour la retraite collectif, c'est un complément du P.E.E. avec un mode de fonctionnement très voisin. Les principales différences résident dans les modalités de sa mise en place¹⁰⁷⁰ et dans la durée de son indisponibilité, puisqu'il conduit à bloquer les fonds jusqu'au départ en retraite du bénéficiaire,

¹⁰⁶⁸ L'entreprise peut majorer son abondement de 80% du montant maximum en cas d'acquisition par le salarié d'actions ou de certificats d'investissement émis par l'entreprise.

¹⁰⁶⁹ Fonds Communs de Placement d'Entreprise.

¹⁰⁷⁰ Art. L.3334-5 du Code du travail « Le plan d'épargne pour la retraite collectif ne peut être mis en place que si les salariés et les personnes mentionnées à l'article L.3332-2 ont la possibilité d'opter pour un plan de durée plus courte régi par cet article ou par le plan d'épargne interentreprises ».

sauf décès, invalidité, expiration des droits à l'assurance chômage, situation de surendettement, ou achat de la résidence principale. L'alimentation du plan s'effectue de la même manière que celle du P.E.E., toutefois, le virement des fonds de la participation, s'il s'effectue plus de cinq ans avant l'expiration du PERCO, ouvre droit à abondement¹⁰⁷¹.

831. Pour conclure, une étude a démontré que les cadres sont les premiers bénéficiaires de ces dispositifs¹⁰⁷², même si le législateur a toujours eu comme ambition d'en faire bénéficier à une grande majorité de salariés sans aucune distinction de ces mécanismes. Pour illustration en 2010, 63% des cadres sont couverts par un accord contre 44% des ouvriers et 42% des employés. Ces dispositifs sont en réalité plus fréquents dans les entreprises où la part des cadres est plus élevée et dans celle offrant des salaires plus élevés. De plus, les montants des primes perçues par les cadres sont supérieurs au montant perçu par les autres catégories de salariés. Ainsi, la moitié des cadres bénéficiaires a reçu une prime inférieure à 2500 euros tandis que la moitié des ouvriers a perçu une prime inférieure à 935 euros. Ce résultat s'explique en raison de la rémunération du salarié, car le montant individuel des primes est souvent indexé sur le salaire. En effet, la grande majorité des entreprises ont retenu comme critère de répartition la proportionnalité du salaire ; 84% des entreprises pour la participation et 71% pour l'intéressement.

832. Un certain nombre de dispositions s'appliquent donc au cadre de manière spécifique, ce régime apparaissait comme étant relativement cohérent. On savait par exemple que le cadre pouvait se voir bénéficier ou imposer des indemnités contractuelles de licenciement conséquentes ou alors des clauses de non-concurrence, des clauses de dédit formation. Mais l'absence de définition de la notion de cadre rend difficile l'appréhension de cette catégorie hétérogène.

¹⁰⁷¹ En témoigne la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, préc. en supprimant l'écart entre le nombre d'actions attribuées à chaque salarié qui ne pouvait être supérieur à un rapport de un à cinq lorsque l'attribution porte sur moins de 10 % du capital ou moins de 15 % pour les sociétés non cotées. Il s'agit, selon l'exposé des motifs du projet de la loi, « de ne pas freiner les AGA (attribution gratuite d'actions) à l'ensemble du personnel en dessous de ces seuils

¹⁰⁷² AMAR (E.) et PAURON (A.), Direction de l'animation de la recherche des études et des statistiques (Dares), « Participation, intéressement et plans d'épargne salariale : accès et répartition », éd Francis Lefebvre, BS 8 -9/13, étude p. 383.

Conclusion de la 2^{ème} partie

833. Le régime des cadres peut apparaître comme étant inadapté en raison de sa complexité, de son instabilité, nous l'avons vu dans le domaine de la durée du travail et notamment avec la jurisprudence qui porte sur les conventions de forfait en jours, mais aussi s'agissant de l'application du principe d'égalité de traitement aux différences catégorielles remettant en cause le régime spécifique des cadres et révélant la fragilité de la distinction cadre et non- cadre, mais surtout nous a permis de comprendre l'intérêt du maintien d'un régime spécifique. En effet, pourquoi maintenir dans l'entreprise une représentation spécifique, avec une représentation syndicale qui leur est réservée si *in fine* le régime particulier des cadres est susceptible de contestation. Les juges ont aligné la jurisprudence sur l'égalité de traitement et les distinctions catégorielles, sur l'évolution légale de la représentativité syndicale.

834. S'agissant des relations individuelles, le statut de cadre n'apparaît pas comme déterminant dans le Code du travail. Pourtant, dans les conventions collectives ils peuvent faire l'objet d'un traitement spécifique lorsqu'il s'agit des avantages accordés à cette catégorie. Ainsi, lorsqu'il s'agit des clauses contractuelles le législateur reste muet alors que dans les pratiques de l'entreprise les cadres sont les bénéficiaires de certaines clauses, mais les réserver uniquement au cadre n'aurait aucun intérêt si ce n'est apporté une forme de rigidité là où elle n'est pas nécessaire.

835. Une tendance semble émerger les cadres semblent faire l'objet d'essai lorsqu'il s'agit d'introduire dans le Code du travail des nouvelles formes de travail tel que le CDD à objet défini ou le portage salarial, le forfait en jours. Or si ces nouvelles formes de travail qui s'affranchissent des règles fondamentales du droit du travail à savoir le décompte horaire du travail ou alors les frontières entre travail subordonné et travail indépendant semblent justifiées lorsqu'il s'agit des cadres dotés de la compétence, des responsabilités, et de l'autonomie. Elles peuvent apparaître comme remettant en question les fondements du droit du travail, lorsqu'elles sont étendues à d'autres catégories de salariés. En effet, le législateur en introduisant des nouvelles formes d'organisation du travail, oublie, l'essentiel donner une définition commune de la catégorie des cadres. Le législateur n'a pas défini la catégorie des cadres non dirigeants renvoyant à la catégorie de cadre sans autres précisions ou alors renvoyant à la définition donnée par les partenaires sociaux contribuant à la sectorisation de la définition des cadres. La

difficulté naît non pas de l'absence de définition mais dans l'absence d'homogénéité dans les renvois opérés par le législateur.

836. Les cadres dirigeants font parfois l'objet d'exclusion lorsqu'il s'agit de la durée du travail, où ils sont parfois assimilés à l'employeur en matière électorale, on ne comprend pas l'intérêt du maintien des cadres dirigeants dans le giron du droit du travail alors même que le lien de subordination l'un des critères de définition du contrat de travail fait défaut. En effet, comment déterminer un lien de subordination lorsque le cadre dirigeant participe à la direction de l'entreprise.

Conclusion générale

837. Compétences autonomes responsabilités semblent ne plus être des critères spécifiquement réservés au cadre, pris individuellement. La distinction des cadres avec les autres salariés paraît parfois très difficile, Monsieur Paul BOUFFARTIGUE écrivait d'ailleurs que « *la prise de distance des cadres à l'égard des directions d'entreprise et les progrès de leur conscience salariale ne font aucun doute* »¹⁰⁷³. Pourtant pour que cette catégorie conserve un intérêt elle doit être restreinte, car l'élargissement de la notion contribue à la banalisation du statut de cadre.

838. « *Le fossé s'est accru entre une élite de cadres dirigeants, toujours aussi étroitement sélectionnés à partir d'une poignée de grandes écoles, et la masse des autres cadres* »¹⁰⁷⁴. En effet, s'agissant du cadre dirigeant qui n'est pas titulaire d'un mandat, sa position de salarié peut être contestable. Rappelons qu'il est exclu des dispositions sur la durée du travail, il ne peut représenter les salariés dans l'entreprise, ils ont la qualité d'électeur employeur au conseil des prud'hommes. De plus, le cadre dirigeant s'apparente à l'employeur il recrute, licencie, sanctionne, souvent une partie de sa rémunération est fonction des performances de l'entreprise, alors comment le considérer comme un salarié puisque le cadre dirigeant apparaît être l'égal de l'employeur, plus spécialement lorsqu'il s'agit d'un chef d'entreprise, le lien de subordination étant absent. La prise en compte de l'économie, la volonté de garantir la liberté d'entreprendre a conduit à intégrer les cadres dirigeants dans le salariat, au mépris de la définition de salarié. Cette intégration lourde de conséquences et source d'insécurité juridique, elle doit être remise en question.

839. Ainsi apparaît la nécessité de sortir les cadres dirigeants du droit du travail. Les cadres dirigeants disposent d'une liberté d'action qui les affranchit des contraintes inhérentes au travail commandé et contrôlé. L'article L.3111-2 du Code du travail dispose que le cadre dirigeant dispose d'une grande indépendance. Les cadres dirigeants se situent en effet au sommet de la pyramide hiérarchique. Ils se voient confier dans l'entreprise des pouvoirs et des responsabilités, comme nous l'avons vu précédemment, dignes des plus hautes fonctions

¹⁰⁷³ BOUFFARTIGUE (P.), *Cadres : la grande rupture*, éd. La Découverte, 2001 *Les cadres, Fin d'une figure sociale*, éd. La dispute, 2001, spéc.p.299.

¹⁰⁷⁴ BOUFFARTIGUE (P.), *Les cadres, Fin d'une figure sociale*, éd. La dispute, 2001, spéc. p. 9.

sociales et ils exercent sans nul doute un « rôle d'employeur », d'ailleurs le Code du travail n'hésite pas à assimiler les cadres dirigeants à l'employeur dans certains cas. Le Droit du travail conçu et construit comme un moyen de défense du salarié, en situation de faiblesse et de dépendance juridique envers l'employeur, n'est pas adapté à cette situation. De plus, toute médaille a son revers et le cadre subit d'autres contraintes, d'autres asservissements, où la protection du droit du travail s'avère illusoire, notamment s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression. Le Code du travail, régissant les relations entre employeurs et salariés, ne donne pas de définition du salariat ni même du contrat de travail. Cependant, cette lacune a été comblée par la doctrine et le contrat de travail peut se définir comme « *la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* »¹⁰⁷⁵. Le lien de subordination est, alors, l'élément déterminant pour identifier un salarié face à son employeur. L'analyse de la jurisprudence révèle que « *le lien de subordination est une obligation de déférer aux injonctions de l'employeur* »¹⁰⁷⁶ qu'il 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* »¹⁰⁷⁷.

840. Pour autant, il existe des travailleurs en état de subordination juridique et à ce titre salariés pour lesquels l'équilibre est susceptible d'être effectif dans les relations contractuelles, permettant ainsi au contrat de faire seul la loi des parties. Ceux-là exercent non une profession, mais des fonctions, et leur degré d'autonomie est très élevé. Une distinction s'impose alors, l'autonomie n'est que la possibilité de s'administrer librement dans un cadre déterminé tandis que l'indépendance invoque l'idée de liberté, même si celle-ci est nécessairement limitée pour préserver la sphère des autres. Par voie de conséquence, s'il existe des degrés plus ou moins élevés d'autonomie, cette nuance ne se retrouve pas dans la

¹⁰⁷⁵ AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), Droit du travail, Précis Dalloz, 2016, 30^{ème} éd., spéc n°192, p.23, V.également DOCKÈS (E.), « Notion de contrat de travail », Dr.soc.2011, p.546 ; GÉNIAUT (B.), « Le contrat de travail et la réalité », RDT 2013, p. 90, RADÉ (C.), « Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », Dr.soc. 2013, p.202.

¹⁰⁷⁶ PUIGELIER (C.), Droit du travail, les relations individuelles, Armand Colin, Coll. Compact droit, 3^{ème} éd., 2001, p. 49 ; SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 3^{ème} éd. 2015, p 165 ; VACARIE (I.), « Travail subordonné, travail indépendant : question de frontières ? », in Les frontières du salariat, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 1996, p. 103.

¹⁰⁷⁷ Cass.soc. 13 novembre 1996, Sté Générale c/URSAFF, Bull. civ. V n°386 ; *JCP éd. E* 1997, II, 911 note BARTHELEMY (J.) ; *RJS* 12/96, n°1320 obs. X ; DUPEYROUX (J.-J.), « à propos de l'arrêt Société générale », *Droit social.*, 1996, p. 1067 ; Cass.soc. 23 avril 1997, Fédération des églises adventistes du septième jour du sud de la France c/M. Garcia, *Bull.civ.* V n°142 ; *Droit social* 1997, p. 642, obs. SAVATIER (J.) *JCP* 1997, II, 22 961 note PIQUET-CABRILLAC (S.) ; *Gazette du Palais* 1997, n°287, p. 9. concl. CHAUVY (Y.) ; *RJS* 6/97, n°645 obs. X.

conception juridique de l'indépendance. En effet, on ne peut pas être plus ou moins indépendant.

841. De ce constat découlent des conséquences importantes sur le plan du droit du travail. On en voit la manifestation avec l'exclusion des cadres dirigeants de la législation sur la durée du travail. C'est du reste cela qui va permettre que la rémunération soit indépendante de tout horaire. Ce contexte fait que l'équilibre contractuel est alors aisé à établir entre l'employeur et le cadre dirigeant et que, par voie de conséquence, la protection du droit du travail conçue sur le fondement de la qualité de « mineur social » du travailleur ne s'impose pas. Pour autant, la dépendance économique pourrait justifier l'application de certaines normes d'ordre public absolu, spécialement celles liées à la protection de la santé et celles qui consacrent les libertés fondamentales du citoyen. D'éminents auteurs¹⁰⁷⁸ ont donc appelé de leurs vœux que l'on puisse créer un droit de l'activité en faisant bénéficier le travailleur économiquement dépendant d'un certain nombre de garanties, notamment en matière de protection sociale. Mais la création d'un droit de l'activité professionnelle ne gommara pas les particularités du travailleur salarié, du travailleur indépendant et du travailleur économiquement dépendant. En réponse à ces critiques, certains ont proposé la création d'une catégorie juridique intermédiaire entre travail salarié et travail indépendant. Comme nous l'avons déjà démontré, le tissu salarial est en pleine mutation, les salariés sont de plus en plus autonomes, le statut du « para subordonné » s'appliquerait à d'autres catégories de salariés. On assisterait donc à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle, regroupant tous les travailleurs du plus indépendant au plus subordonné, différencié par des degrés d'autonomie, donc de responsabilité. Ce droit aurait un tronc commun de principes juridiques tels que le droit à la sécurité sociale, le droit à la formation professionnelle permanente, le droit de la participation à la définition de l'objet du travail et à ses conditions d'exécution et du droit à la stabilité des contrats professionnels¹⁰⁷⁹.

842. Mais la création d'une troisième catégorie qualifiée de travailleur « parasubordonné »¹⁰⁸⁰, ou de « travail indépendant économiquement subordonné », présente

¹⁰⁷⁸ ANTONMATTEI (P.-H.) et SCIBERRAS (J.-C.), *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008 ; BARTHELEMY (J.), « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, juin 2008, p. 35 ; V. SUPIOT (A.) « *Les nouveaux visages de la subordination* », *Dr.soc.*, 2000, p. 131.

¹⁰⁷⁹ TRENTI (B.), *ibid.*

¹⁰⁸⁰ V. BARTHELEMY (J.), « Parasubordination », *Les Cahiers du DRH*, mai 2008, p. 27. PESKINE (E.), « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT*, 2008, p. 371.

l'inconvénient sérieux « *de remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant* »¹⁰⁸¹. Le maintien des cadres dirigeants dans le droit du travail nous amène à repenser la distinction travailleurs dépendants et travailleurs indépendants.

843. Ainsi, si l'exclusion des cadres dirigeants du salariat contribuerait à une plus grande homogénéité de la catégorie des cadres. Aujourd'hui, il nous semble essentiel de légiférer sur la notion de cadre, de définir de manière claire et précise ce qu'est un cadre. D'aucuns considèrent que la négociation collective est la mieux à même de traduire les intérêts en présence. On ne peut occulter le fait que la prédominance de la négociation collective constitue un gain de flexibilité, un moyen d'établir un régime spécifique mieux adapté par des acteurs plus proches et plus à même d'évaluer les difficultés et les solutions adéquates. Toutefois, la place grandissante de la négociation collective est source d'insécurité. Elle participe à la complexité de la réglementation composée d'un nombre important de source. Ce manque de clarté nuit à l'application du régime ; le droit conventionnel est un droit variable qui consacre des dérogations. Lorsque le niveau de la négociation est celui de l'entreprise le rapport de force et les connaissances juridiques ne sont pas aussi équilibrées qu'à l'occasion de la négociation d'une convention de branche. On notera également que le dynamisme de la négociation collective s'inscrit dans un contexte où la représentation syndicale se fragilise. Nous ne pouvons que constater que les cadres font l'objet d'essai, ils constituent parfois le « cheval de Troie » de la flexibilisation du droit du travail. Le régime juridique des conventions de forfaits en jours mais aussi le portage salarial qui ont été étendus à d'autres catégories de salariés que les cadres, en sont une illustration. Il est donc nécessaire que le législateur pose des garanties, qu'il pose un encadrement juridique clair.

¹⁰⁸¹ BARTHÉLEMY(J.) « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, juin 2008, p. 35, spéc. p. 36.

BIBLIOGRAPHIE

1. Traités, ouvrages et manuels :

AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), Droit du travail, Dalloz, Coll. Précis, 30^{ème} éd. , 2016.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) , DEBOISSY (F.), Droit des sociétés, Litec, Coll. Manuel, 28 éd., 2015.

BOULOC (B.) , Droit pénal général, Dalloz, Coll. Précis, 25^{ème} éd. , 2017.

CAMERLYNCK (G.-H.), LYON-CAEN (G.), Droit du travail, Dalloz, Coll. Précis, 11^o éd., 1982.

CORNU (G.), Droit civil – introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 11^o éd., 2003.

COUTURIER (G.) :

-Droit du travail, Tome 1 – les relations individuelles de travail, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^o éd., 1996.

-Traité de droit du travail, Tome 2 – les relations collectives de travail, PUF, Coll. Droit fondamental, 1^o éd., 2001.

DESPAX (M.), Traité de droit du travail, tome 7- Négociations conventions et accords collectifs », éd. 1966.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), Les obligations, Tome 1, L'acte juridique, Armand Colin, Coll. U. Droit, 19^e éd., 2002.

GAUDU (F.) et VATINET (R.), Les contrats de travail, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, éd. 2001.

JAVILLIER (J.-C.), Droit du travail LGDJ, Coll. Manuel, 7^e éd., 1999.

LYON-CAEN (G.), PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), Droit du travail, Dalloz, Coll. Précis, 21^eed, 2002.

MABILEAU (R.) , L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise, Université de Nantes, 2004.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), Le raisonnement juridique, PUF, 1^{er} éd. 2001.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), Droit du travail, Dalloz, Coll. Précis, 21^e éd., 2002.

RADE (C.), Droit du travail, Montchrestien, Coll. Focus droit, 3^e éd., 2004.

RAY (J.-E.), Droit du travail, Droit vivant, Liaisons, 12^e éd., 2003.

RIVERO (J.), SAVATIER (J.), Droit du travail, PUF, Coll. Thémis droit privé, 13^e éd., 1993.

SAINT-JOURS (Y.), Le droit de la Sécurité sociale, Tome, 1, LGDJ, 2^{ème} éd.1984.

TERRÉ (F.), SMILER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), Les obligations, 11ème éd., Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 2013.

2. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies :

AGLIETTA (M.), Les dérives du capitalisme financier, éd. Albin Michel, 2004.

AZKENAZY (P.), Les désordres du travail. Enquêtes sur le nouveau productivisme, éd. Seuil, coll. La République des idées, 2004.

BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, la Documentation Française, 2013.

BARTHELEMY (J.), Droit de la durée du temps de travail – aménagement – 35 heures, Litec, Coll. Pratique sociale sous la direction de Bernard TEYSSIE, 2° éd. 1998.

BEFRE (P.), La liberté d'expression, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013

BENSOUSSAN (M.), L'engagement des cadres, éd. L'Harmattan, 2010.

BENTO DE CARVALHO (L.), L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique, Université de Bordeaux , 2015.

BOLTANSKI (L.), Les cadres, la formation d'un groupe social, Les éditions de minuit, éd.,1982.

BOUFFARTIGUE (P.), Les cadres, fin d'une figure sociale, éd. La dispute, 2001.

CASAUX-LABRUNÉE (L.), La pluriactivité : étude juridique et pratique, LGDJ, éd. 1993

COUSIN (O.), Les cadres à l'épreuve du travail, collection Le sens social, PUR, 2008

DESPAX (M.), PELISSIER (J.), Gestion du personnel, Tome 2, les relations de travail dans l'entreprise, Cujas, éd. 1974.

DOUBLET (J.) et PASSELECQ (O.), Les cadres, coll. Que sais-je ? PUF, éd.1973.

FALCOZ (C.), Bonjour les managers, adieu les cadres, éd. d'Organisation, 2002.

FAVENNEC-HERY (F.), Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? Liaisons, Coll. Droit vivant, éd. 2003.

FRANÇOIS (F.) , de FONDREVILLE (E.), MARLANGE (A.), Dirigeant de société, éd. Delmas, coll. Encyclopédie Delmas, 3^{ème} éd.2015, p. 25.

FROMONT (M.), Introduction au droit allemand, Tome 3,droit privé, CUJAS, éd. 1991.

GABLLIERI (B.), Le régime complémentaire de retraite et de prévoyance des cadres, Institution du droit économique, Université de Nice, 1987.

GADÉA, (C.), Les cadres en France, une énigme sociologique, éd. Belin « Perspectives sociologiques », 2003.

GOGOS-GINTRAND (A.), Les statuts des personnes. Etude de la différenciation des personnes en droit, éd. IRJS, 2011, tome 30.

GROUX (G.), Les cadres, éd. La découverte/Maspéro, 1983

JUES (J.-P.), Les cadres en France, PUF, Coll. Que sais-je ?, éd. 1999.

LE BAYON (A.), Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée, LGDJ, Bibliothèque de droit social, Tome 13, éd. 1971.

LEFEBVRE (F.), Espagne, juridique, fiscal, social, Francis Lefebvre, coll. dossiers internationaux, 5^e éd. 2002.

LYON-CAEN (G.), Le salaire, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, éd. 1981.

MALTERRE (A.), La confédération générale des cadres. La révolte des mal aimés, éd. 1972

OLSZAK (N.), Histoire du droit du travail, éd. PUF, 1999.

PERELMAN (C.), Usage et abus des notions confuses, in Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique, LGDJ BDP, vo.29, 1984.

PEYRON-BONJAN (C.), Force et logique du discours, éd. PUAM 1991.

PIOTET (F.) (dir.), La révolution des métiers, éd. PUF « Le lien social », 2002

PILLON (T.) et VATIN (F.), Traité de sociologie du travail, éd. Octares, coll. Travail et activité humaine, 2003.

PLANE (J.-M.), Théorie des organisations, 4 éd. Dunod, coll. Topos, 2004.

PUIG (P.), La qualification du contrat d'entreprise, Panthéon-Assas, Droit privé, éd. 2002.

RADE (C.),

- Droit du travail et responsabilité civile, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 282, éd. 1997.

- Discriminations et égalité de traitement dans l'entreprise, éd. Liaisons, 2012.

RAY (J.-E.), Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, Liaisons, Coll. Droit vivant, 3^o éd., 2003.

REBERIOUX (A.), V. AGLIETTA (M.).

RIEG (A.), V. FROMONT (M.).

RIFKIN (J.), La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde, titre original The third industrial révolution, éd. Les liens qui libèrent pour la traduction française, 2012.

RIVOAL (O.), Les cadres en entreprise « Dialectique de la diversité et de l'unité des cadres dans l'entreprise », Université de Rennes I, 2004.

ROBINE (C.), V. VILLA (M.).

ROCHFELD (J.), Les grandes notions de droit privé, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd., 2013.

SUPIOT (A.), Critique du droit du travail, PUF, 3^{ème} éd. 2015.

TOURNAUX (S.), L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé, LGDJ, éd. 2011.

VACARIE (I.), « Travail subordonné, travail indépendant : question de frontières ? » in Les frontières du salariat, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 1996.p. 103

VILLA (M.), ROBINE (C.), Le droit social en Italie, Lamy, coll. Lamy Europe, éd.1992

3. Articles, chroniques et fascicules :

ANTONMATTEI (P.-H.) :

- « A propos du développement de la négociation collective », Dr. soc. 1997.164,
- « Contrat de travail. Conclusion », J.-Cl. Travail, 1997, fasc. 17-12,
- « Des 35 heures à la refondation sociale : brèves observations », JCP 2000, Actualité, p. 995.
- « Le droit pénal du temps de travail : quelques tendances », Dr. soc. 2000.976.
- « Les cadres et les 35 heures : de la règle de trois à la règle de quatre ! », Dr. soc. 2000.159.
- « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois ! (Premières lectures de l'article 5 du projet de loi) », Dr. soc. 1999. p. 996.
- « Le motif de licenciement : les limites du contrôle judiciaire », RJS 2/01 Chron. p. 95.
- « Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire », Liaisons soc. novembre 2000, p. 74.
- « Les éléments du contrat de travail », D. 2004.571.
- « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », Dr.soc. 2008, p. 771.

- « Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis », Dr.soc. 2011, p. 89.

- « À propos des périmètres de négociation de l'entreprise après la loi El Khomri », SSL 2016, n° 1751, p. 3.

- « Réforme du droit du travail : en avant, marche ! », Sem. Soc. Lamy n° 1781 du 11 septembre 2017, p. 3.

ANTONMATTEI (P.-H.), JOURDAN (D.), MIR (J.-M.), MORAND (M.), « Les conséquences oubliées du forfait cadre en jours », Sem. soc. Lamy n° 975 du 3 avril 2000 p. 5.

AUBREE (Y.), « Cadres », J.-Cl. Travail, 2001, fasc. 2-12.

AUBRY (E.), « L'annulation partielle par le Conseil d'Etat du décret du 31 janvier 2000 fixant le contingent 'heures supplémentaires », Sem. Soc. Lamy n° 1023 du 9 avril 2001, p. 7.

AUZERO (G.),

- « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : favoriser une culture du dialogue et de la négociation (titre II), Lexbase Hebdo, éd.soc. n° 650 du 7 avril 2016.

- « Ordonnances réformant le droit du travail : mise en place et suppression du CSE », Lexbase Hebdo, éd.soc. n° 712 du 21 septembre 2017.

- « Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : commentaire des articles 1 et 4 », Lexbase Hebdo, éd.soc., n°706 du 13 juillet 2017.

AUZERO (G.), FERRIER (N.), « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », Rép. Trav. Dalloz, janv. 2010.

AYMERIC (N.), « Groupes de sociétés et direction des sociétés », *Droit et patrimoine* 2017, n° 269, p.45.

BARTHELEMY (J.), « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr.soc.* n° 9 p.734.

BERAUD (J.-M.), « Le contrat nouvelles embauches et la convention n° 158 de l'OIT », *RJS* 2008 n° 10 p. 775.

CHAMPEAUX (F.), « Cinq ordonnances censées soigner les maux du Droit du travail », *Sem. Soc. Lamy* n° 1781 du 11 septembre 2017 p. 2.

CETTE (G.), « Réforme du code du travail, Première partie : Projets », *Dr. Soc.* 2016

COLLIN (F.), « Le droit social du dirigeant d'entreprise. (La problématique du contrat de travail du dirigeant social), *Dr. Des sociétés*, 2005, p. 29.

CORRIGNAN-CARSIN (D.), « Le contrat de travail à durée déterminée (Contrat de projet) », *Rép.trav.Dalloz*, septembre 2012, p.5.

BARADEL (S.), « Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité », *Dr.ouvr.* 2012, p. 190.

BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RDT civ.* 2016, p. 247.

BARTHELEMY (J.), COURSIER (Ph.), FABRE (D.), «Le temps de travail des cadres», *JCP éd. E* 1997, I, 662, p. 255.

BARTHELEMY (J.),

- « La notion de durée du travail et la civilisation de l'information », JCP 1998, I, 114 .
375.

- « La notion de temps de travail », TPS, mars 1998, p. 6.

- « Le professionnel parasubordonné », JCP éd. E. 1996, I, 606.

- « Le régime de la preuve en matière d'heures supplémentaires », TPS, avril 1999, p. 6.

- « Le soi-disant forfait tous horaires », JCP éd. E 1999.610.

- « Les relations du salaire et des temps de travail », Dr. soc. 1997, p. 581.

- « Le temps de travail et de repos : l'apport du droit communautaire », Dr. soc. 2001,
p.76.

BAUER (D.), « Ordonnances Travail : les entreprises sont-elles prêtes ? », LPA 20 octobre
2017, n°210, p. 4.

BECKERS (M.), « La réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité », RDT
2017, n° 4, p. 4.

BORENFREUND (G.),

- « Regards sur la position commune du 9 avril 2008.Syndicats : le défi de l'audience
électorale », RDT 2008, p. 360.

- « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion
dans la représentation », RDT 2017, p.608.

BORENFREUD (G.) et FAVENNEC –HÉRY (F.), « Le renforcement de la légitimité des
accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle », RDT 2016, n° 5, p.
309

BOUDIAS (Ph.et L.),

- « Garantie de retraite : la thèse des droits acquis est-elle remise en cause ? », SSL.2004, p.6.

- « Les retraites « chapeau » ou les limites de certaines formes d'ingénierie juridique », SSL.2000. n°998, p.8.

BOUFFARTIGUE (P.), BOUTEILLER (J.), « Réduire le temps sans réduire la charge ? Les cadres et les 35 heures », Travail et emploi n° 82, avril 2000, p. 37.

BROUSSOLLE (Y.), « Les principales dispositions de l'ordonnance du 2 avril 2015 relative au portage salarial », LPA 19 juin 2015, n° 122, p. 4.

CAMERLYNCK (G.-H.), « L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de dies incertus », in Études du droit du travail offertes à A. Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p. 49

CANUT (F.),

- « Le nouvel ordonnancement juridique, Dr.soc. 2010, p. 379.

- « Portage salarial : les enjeux de la qualification de contrat de travail quant à l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au travailleur porté », Dr.ouvr. 2015, n° 803, p. 328.

CAYGNY (Ph.), « Crise de la retraite des cadres : des solutions bonnes ou mauvaises (Cass.soc. 23 novembre 1999, AGIRC) ».

CATALA (N.), « De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité au travail », JCP éd. CI 1976, 12010.

CATALA (N.), SOYER (J.-C.), « La loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail », JCP 1977, I, 2868.

CASAUX-LABRUNÉE (L.), « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », Dr.soc. 2007, p.58.

CHAMPEAUX (F.),

- « Retour sur le forfait en jours », SSL 2011, n° 1500, p. 11.
- « Le mécano du comité social et économique », SSL 1782 du 18 septembre 2017, p.2.
- « La "grande transformation" », SSL n° 1783 du 25 septembre 2017 p. 2.
- « Muriel Pénicaud justifie les axes de sa réforme », SSL n° 1783 du 25 septembre 2017, p. 3.

COLLIN (F.), « Aspects pratiques de la suspension du contrat de travail, lorsque le salarié devient dirigeant social », Dr. Sociétés, 2009, Etudes 13, p.7.

COSTA (P.), HANET (D.), MARCHIKA (C.), MENGER (P.-M.), « Travailler par mission qui et comment ? Le cas du portage », Dr.soc. 2007, p.46.

COEURET (A.) et DUQUESNE (F.), « Une année d'évolutions jurisprudentielles » , SSL 2003, n° 1110, p. 6.

COUTURIER (G.),

- « La faute lourde du salarié », Dr. soc. 1991.105.
- « La rémunération, élément du contrat de travail (Cass.soc. 28 janvier 1998, Systia informatique – Cass.soc. 3 mars 1998, Herzberg) », Dr. soc. 1998.523.
- « Les techniques civilistes et le droit du travail », D. 1975 Chron. p. 151.
- « Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail », Dr. soc. 1998.878.
- « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », Dr. soc. 1988.407.

DANIEL (J.) « Différences de traitement entre catégories professionnelles : la justification n'évite pas le soupçon », *JCP S*, n° 7-8 , 2015, 1054

DEL SOL (M.) « Caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire : il est (enfin !) venu le temps du décret », *Lexbase éd.soc.n° 472* du 9 février 2012.

DELTEIL (V.), DIEUDE (P.), « Mutations de l'activité et du marché du travail de cadres : l'emprise croissante des connaissances », *Revue de l'IRES n° 37-2001/3*, p.59.

DOCKÈS (E.), « Les ambiguïtés de la Charte du travail », in *Mélanges en l'honneur de DAVID (M.)*, éd. Calligrammes, 1991, p. 106.

DESPAX (M.),

- « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982.11.

- « La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques », *JCP* 1962, I, 1719.

DOMERGUE (B.), « Prévisibilité et sécurisation des relations de travail : apports du texte définitif », *D.* 2017, n°33, p. 1917.

DUPEYROUX (J-J.),

- « Les exigences de la solidarité », *Dr.soc.*1990. p. 741.

- « Un nouveau regard sur la notion de rémunération ? (Cass.soc. 28 mars 1996, Lyonnaise des eaux) », *Dr.soc.* 1996. p. 506.

- « Le roi est nu », *Dr.soc.* 2007, p. 81

EVERAERT-DUMONT (D.), « Durée du travail-Forfait sans référence horaire d'un cadre dirigeant et portée du formalisme conventionnel », JCP S 2011, n° 21, 1254.

ENJOLRAS (L.), « Le portage salarial ne sort-il de l'ambiguïté qu'à ses dépens ? (A propos de l'ordonnance du 2 avril 2015) », Rev. Lamy Droit des affaires 2015, n° 107, p. 37.

FANTONI (S.), VERKINDT (P.-Y.), « Charge de travail et qualité de vie au travail », Dr.soc. 2015, p.106.

FAVENNEC-HERY (F.),

- « Les 35 heures : injonction ou incitation ? », Dr. soc. 1997. p.1073.
- « Temps de repos : une notion à géométrie variable », Liaisons soc., novembre 1999, p. 64.
- « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », RJS 12/99 Chron. p. 819.
- « Vers la relativité de la notion de faute grave ? », RJS 9-10/00 Chron. p. 603.
- « Le temps vraiment choisi », Dr. soc. 2000.295.
- « Epargne salariale, principe de transparence et de non-discrimination », RJS 1/02, Chron. p. 2.
- « Tempête sur la clause de non-concurrence », Sem. Soc. Lamy n° 1094 du 21 octobre 2002 p. 6.
- « Le forfait jours : une dérogation générale au droit de la durée du travail ? », Sem. Soc. Lamy n° 1106 du 20 janvier 2003, p. 8.
- « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 6/03 Chron. p. 459.
- « Mutations dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2003. p.33.
- « La représentativité syndicale », Dr.soc. 2009, p. 630.
- « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », Dr.soc. 2016, p. 892.

- « Déconstruction, reconstruction, refondation du droit du travail », Sem. Soc. Lamy n° 1775 du 26 juin 2017 p. 3.

- « Ordonnances Macron : un changement de système ? », Sem. Soc. Lamy n° 1782 du 18 septembre 2017 p. 3.

FAVENNEC-HERY (F.), GRASSI (B.), « Rigueur et incertitudes du principe du repos dominical », Dr. soc. 1993.336.

FRANCOIS (J.), « Organisation du dialogue social : apports du texte définitif », D. 2017, n°33, p.1918.

FROUIN (J.-Y.),

- « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », Dr.soc. 2016, n°9, p. 696.

- « Les conditions du regroupement des branches », SSL 2017, n° 1757, p. 9.

GAURIAU (B.) « Stratégie et dialogue social adapté », JCP S 2015, 1354.

GÉA (F.), « Les soubassements de la réforme », RDT 2017, n°10, p.593.

GOURGUES, (G.), « Démocratie, le fond et la forme : une lecture "politique" des ordonnances Macron », RDT 2017, n°10, p. 625.

GUILMET (L.) et SAPENE (E.), « le point sur les conventions de forfait en jours et le droit à la déconnexion », Lexbase Hebdo, éd.soc., n°689 du 2 mars 2017.

HENRIOT (P.), « Ne rien changer (ou presque) pour que tout change. Que reste-t-il de la prud'homie ? », RDT 2017 n° 2 p. 143.

ICARD (J.), « L'alerte individuelle en droit du travail », Dr.soc.2017, n° 6, p. 645.

JACOTOT (D.), FIN-LANGER (L.), « La loi Macron et le droit social », Rev. des procédures collectives 2015, n° 5, p. 19.

JEAMMAUD (A.),

- « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail (à propos de l'arrêt Labbane) », Dr. soc. 2001.227.

- « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », Dr. soc. 1999.115.

- « Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation », Dr. soc. 1998.744.

JEAMMAUD (A.), FAVEREAU (O.), « Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ? », RDT 2017, n°10, p.576.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », Dr. soc. 2001, p.417.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.) et LYON-CAEN (A.), « L'ordonnancement des relations du travail », D. 1998, Chron. p. 359.

JEANSEN (E.), PAGNERRE (Y.), « Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction », JCP S 2012, n°31-35, 1338.

JOFFREDO (Th.),

- « Temps de travail des cadres et loi AUBRY », JCP éd. E 1998.737 ?

- « Temps de travail des cadres : quelle réforme au 1er janvier 2000 ? », JCP éd. E 1999.1767.

JOURDAN (D.),

- « Permanence, astreintes et temps de travail effectif », JCP E 1999.800.

KANTOROWICZ (B.), « Le portage salarial, un dispositif régulièrement encadré », JCP S 2016, n° 37, p. 27.

KERBOURC'H (J.-Y.), « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à un accord plus large », Dr.soc. 2008, p. 834.

KOVAC (J.), « Caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire », JCP E 2014, n° 31-34, 1422.

LAFUMA (E.), « Charge de travail et représentant du personnel », Dr.soc. 2011, p. 758

LAHALLE (T.), « La désignation des conseillers prud'hommes », JCP S 2016, n° 42, 380.

LAIGRE (Ph.),

- « Nature des contributions des employeurs au financement des régimes de retraite d'entreprise (à propos de l'arrêt Lyonnaise des Eaux) », RJS 11/96, Chron.p.737.

- « La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 », Dr.soc.1995.411.

LANGLOIS (Ph.),

- « La hiérarchie des salariés », Mél. G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, éd. 1978, p. 185.

- « La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail », D. 1997, Chron. p. 45.

- « Les nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence », D. 2002. p.2269.

LATINA (M.), « apprécier la réforme », RDT Civ. 2016, p. 615.

LAVALLART (J.-M.), « Le contrôle de la Cour de cassation sur la notion de cadre dirigeant », Option Finance 2016, n°1374, p. 28.

LEDERLIN (E.), « Le travail numérique à l'épreuve du droit social : l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité », JCP S 2015, n° 47, p. 10.

LE FRIANT (M.), v. JEAMMAUD (A.).

LECOHU (P.), « La réduction du temps de travail pour les cadres », Petites affiches n° 105, 2 septembre 1998, p. 1.

LEFRANC-HAMONIAUX (C.), « Le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective », JCP 1999, II, 10126 p. 1305.

LE TOURNEAU (Ph.),

- « De bonne foi », Rép. Civ. Dalloz, éd. 1995.

- « De l'évolution du mandat », D. 1992 Chron. p. 157.

- « Mandat », Rép. Civ. Dalloz, éd. 1992.

LOKIEC (P.),

- « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », Sem. Soc. Lamy n° 1781 du 11 septembre 2017, p.6.

- « Vers un nouveau droit du travail ? », D. 2017, n°36, p. 2109.

LUTTRINGER (J.-M.), « La réforme de la formation professionnelle », Dr.soc. 2014, p. 968.

LYON-CAEN (A.),

- « Le droit et la gestion des compétences », Dr. soc. 1992, p.573.

- « De l'égalité de traitement en matière salariale (à propos de l'arrêt Ponsolle, Cass.soc. 29 octobre 1996) », Dr. soc. 1996.1013.

- « Le droit et les classifications », Travail et emploi 1988 n° 38, p. 21.

- « Branches », RDT 2016, n° 11, p. 653.

- « Réforme 2017 », RDT 2017, n°10, p.571.

LYON-CAEN (A.), v. JEAMMAUD (A.).

LYON-CAEN (G.),

- « Les cadres », D. 1961 Chron. XXI, p. 112.

- « Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage) », Dr. soc. 1963.87.

- « Quand cesse-t-on d'être salarié ? (Le salarié-employeur) », D. 1977 Chron. XIII, p.109.

MAZEAUD (D.), « Les clauses pénales en droit du travail », Dr. soc. 1994. p. 343.

MEHREZ (F.), « Projets d'ordonnances : rôles respectifs des accords de branche et d'entreprise », D. 2017, n°30, p. 1713.

MEKKI (M.), « Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D. 2016, p. 494.

MEUNIER (M.), « La notion de cadre », Dr. soc. 1951, p.678.

MIELLET (D.), « Le statut de dirigeant », Gaz.Pal. 1998, p.1272.

MINÉ (M.), « Le droit du temps de travail à la lumière de la Charte sociale européenne », SSL 2011, n° 1475, p. 7.

MOREAU (M.-A.),

- « Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail », RJS4/00 Chron. p. 247.

- « Temps de travail et charge de travail », Dr.soc. 2000, p. 263.

- « Les forfaits-jours et la charte sociale européenne », JCP S 2011, n° 19, p. 10.

MOULY (J.), « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux, une condamnation de mauvaise augure pour la « réforme Macron » », Dr.soc. 2017 n° 9, p.745.

MORAND (M.),

- « Le temps du travail dans la loi El Khomri », JCP E 2016, n° 39, p. 55.

- « Loi Travail et temps de travail », SSL 2016 n°1742, p.13.

- « Les accords type branche », SSL 2017, n° 1757, p. 13.

MORIN (M.-L.), « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise », Dr.soc. 2011, p. 62.

MORVAN (P.),

- « Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », Dr. soc. 2000.p.987.

- « Droit pénal de l'accident du travail », Dr. soc. 2001.p.654.

- « Notation des salariés : polémique autour du “ranking” (Tribunal de Grande Instance Grenoble 23 mai 2002, Hewlet Packard) », JCP éd. E 2002.1135.

- « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », RJS 4/01 Chron. p. 283.

- « Le « déflocage » de la faute inexcusable », RJS 6/02, Chron. p. 495.

- « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », Dr.soc. 2006.279.

- « Éloge juridique et épistémologique du portage salarial », Dr.soc. 2007, p. 607.

NADAL (S.), « Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, n° 10, p. 652.

PACTET (C.), « La loi du 18 janvier 1979 et les ressortissants de la section de l'encadrement », Dr.soc. n° spéc. mai 1980.

PAGNERRE (Y), « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », Dr.soc. 2016, p.727.

PAULIAT (H.), « Réforme du Code du travail : cinq ordonnances pour dynamiser l'emploi ? », JCP A. 2017, n°40, p. 19.

PÉCAUD –RIVOLIER (L.),

- « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », Dr.soc. 2010, p. 821.

PEREIRA (S.), « Jurisprudence sur les avantages catégoriels : vers la fin de la négociation collective », *JCP S* 2011.

PETIT (B.), « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », Rep. Trav. Dalloz, 1995, n° 115.

PIGNARRE (G.), « Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique », *RDT* 2017, n°10 p.647.

PLATEL (B.), « Le financement des régimes de protection sociale complémentaire : l'apport du décret du 9 mai 2005 », *Gaz.Pal.* 2005 n°181, p.13.

PUIGELIER (C.),

- « Les incidences du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : de trop nombreuses incertitudes », *JCP E* 1992, I, p. 188.

- « Le président du conseil d'administration devenant salarié et vice versa », *JCP E*, 1994, I, p. 358.

PONTIF (V.) « Transformation numérique et vie au travail » : les pistes du rapport Mettling », *RDT* 2016, n° 3, p. 185.

PORTA (J.),

- « Égalité, discrimination et égalité de traitement, à propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », 1^{er} partie, *RDT* 2011, p. 290 ;

- « Égalité, discrimination et égalité de traitement à propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », 2^{ème} partie, *RDT* 2011, p. 354

- « Le travail à l'épreuve du numérique », *RDT* 2016, n° 5, p. 328.

QUENANDON de (R.), « Mandat. Définition et caractères distinctifs », *J.-Cl. Civil*, 1999, Art. 1984 à 1990, fasc. 10.

RADÉ (C.),

- « A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique (Cass.soc. 16 juin 1998, Sté Hôtel Le Berry) », Dr. soc. 1999.3.
- « Droit social et responsabilité civile », Dr. soc. 1995.495.
- « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable (Cass.soc. 26 octobre 1999, Sté Silvallac c/ Seyfet Ariti) », Dr. soc. 2000.381.
- « La figure du contrat dans le rapport de travail », Dr. soc. 2001.802.
- « Les limites de l'immunité civile du préposé », JCP Responsabilité civile et assurances, octobre 2000 p. 6.
- « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Dr. soc. 2002 p.26.
- « Chaud et froid sur la protection du principe « à travail égal salaire égal » », Lexbase, Hebdo, éd.soc. n° 295 du 6 mars 2008.
- « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », Dr.soc. 2010, p. 821.
- « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008, liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », Dr.soc. 2011, p. 1234.
- « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », Dr.soc, 2013, p. 197.
- « Formation professionnelle, emploi et démocratie sociale : les nouvelles règles de représentativité des organisations patronales », Lexbase Hebdo, éd.soc. n° 563 du 20 mars 2014.
- « Loi « Rebsamen » : interdiction des agissements sexistes (art.20), négociation en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise (art. 21), réformes des IRP (art.22) et de la représentativité des organisations patronales, Lexbase Hebdo, éd.soc. n° 624 du 10 septembre 2015.
- « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la « refondation « du Code du travail », Lexbase hebdo, éd.soc., n° 650 du 7 avril 2016.

- « Projet d'ordonnances réformant le droit du travail : le droit de la négociation collective après l'ordonnance n° 4 relative au renforcement de la négociation collective, Lexbase Hebdo, éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017.

RAY (J.-E.),

- « Fidélité et exécution du contrat de travail », Dr. soc. 1991. p.376.

- « De Germinal à Internet, une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », Dr. soc. 1995. p. 634.

- « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur », Dr. soc. 1996.121.

- « Et toujours la clause de non-concurrence », Liaisons soc., mars 1998, p. 71.

- « Temps de travail des cadres et 35 heures, un tournant à négocier collectivement », Dr. soc. 1998.p. 979.

- « Les astreintes, un temps du troisième type (A propos de l'arrêt M. Taxis c/ Sté Brink's, Cass.soc. 9 décembre 1998) », Dr. soc. 1999. p. 250.

- « Les forfaits entre jurisprudence et loi Aubry II », Liaisons soc., septembre 1999, p. 72.

- « La fin des "yes man" ? », Dr. soc. 2000. p.165.

- « Le droit du travail au XXI^e siècle », Liaison soc., janvier 2000 p. 54.

- « La modification des contrats entre loi Aubry II et jurisprudence », Liaisons soc., mars 2000 p. 62.

- « Changements d'horaires (A propos de quelques arrêts récents) », Dr. soc. 2001.p.7.

- « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2 », Dr. soc. 2001.p. 244.

- « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle », Dr. soc. 2002.939.

- « Temps professionnel et temps personnels », Dr. soc. 2004, p. 58.

RAY (J.-E.), « Les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 sont parues : où est "l'inversion des normes" partout dénoncée ? », JCP éd. G. 2017, n°42, p. 1914.

RÉMY (P.), « Regards "étrangers" sur les ordonnances », RDT 2017, n°10, p.669.

REYNAUD (J.-D.), « la régulation dans les organisations : régulation de contrôle et régulation autonome », Rev. Française de sociologie, n° 1, 1988, p. 5.

RIVERO (J.), « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », D., 1951, Chron.p.23.

ROUX-COCHERIL (R.), « À propos de deux questions que pose la réforme des conseils de Prud'hommes », Dr.soc., n° spéc., mai 1980, p. 32.

SABATTÉ (M.), « La Loi Travail et la réforme du droit des obligations : un nouveau paradoxe du droit du travail », JCP G 2017.

SAGLIO (J.), « Les arrêtés Parodi sur les salaires : un moment de la construction de la place de l'état dans le système français de relations professionnelles », Travail et Emploi, Ministère du travail et de la participation, 2007, p.53.

SAURET (A.), « Durée du travail : les propositions du projet de loi El Khomri révolutionnent peu », Gaz. pal. 14 juin 2016, n° 22, p. 53.

SAVATIER (J.),

- « L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle de l'entreprise », Dr. soc. 1995, p.43.

- « Effets d'une clause contractuelle de reprise d'ancienneté sur le calcul de l'indemnité de licenciement », Dr. soc. 1995, p.479.

- « L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation », Dr. soc. 1995, p.178.

- « Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi », Dr. soc. 1991, p.413.
- « La protection de la vie privée des salariés », Dr. soc. 1992, p.329.
- « Sur l'application, par un organisme de Sécurité sociale, d'un usage plus avantageux que la convention collective agréée », Dr. soc. 1996, p.1046.
- « Un voyage touristique au cours d'un congé de maladie est-il une faute justifiant le licenciement du travailleur ? », Dr. soc. 1998, p.1000.
- « Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé », RJS 10/98 Chron. p. 707.
- « Nature juridique des contrats de retraite « chapeau Art. 39 » et conséquences sociales », JCP 1996, Ed E, n°18, p 183.
- « Le renouveau des retraites chapeau », Dr.soc. 2003, p.977.
- « Le statut juridique des cadres dirigeants », Dr. soc. 1982, p.70.
- « Les forfaits de salaire », JCP 1960, I, 1586.

SAYAG (A.), « Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions », Rev.sociétés 1981, I, n° 22.

SERIZAY (B.) « Protection sociale complémentaire : trop c'est trop ! », JCP S 2014, n°44, 1413.

SEVERIN (E.), « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de la maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », RDT 2016, n°10, p.634.

SILHOL (B.) « Branches et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », Dr.soc. 1997, p. 937.

SINAY (H.), « Le statut juridique des cadres dirigeants », Dr.soc. 1982, p. 70.

SUPIOT (A.),

- « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000.131.

- « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe (Conclusions du rapport) », *Dr. soc.* 1999, p.431.

TEISSIER (A.),

- « Le droit de la durée du travail des cadres au forfait jours », *JCP éd. E.* 2002.1860.

- « La validité de la délégation de pouvoirs (Le choix du délégataire) », *RJS 7/03, Chron.* p. 551.

TEYSIE (B.),

- « Les cadres », *JCP E* 1995, I, 514, p. 506.

- « Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales », *JCP G.* 2017, n°41, p. 1829.

TISSANDIER (H.),

- « L'avenir s'éclaire pour la CFE-CGC », *RDT* 2011 n° 9 p. 513.

- « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? – Les rapports entre accords collectifs », *RDT* 2016, n°12, p. 794.

TOURNAUX (S.)

- « La (quasi) disparition de la rupture amiable du contrat de travail », *Lexbase Hebdo, éd.soc.* n°589 du 6 novembre 2014.

- « Loi « Travail » : le nouveau régime des conventions de forfait et le rôle central du suivi de la charge de travail », *Lexbase Hebdo, éd.soc.*, numéro spécial sur la loi « Travail », n°666 du 1^{er} septembre 2016.

- « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : dispositions relatives au temps de travail (titre I) », *Lexbase hebdo, éd.soc.*, n°650 du 7 avril 2016.

- « Ordonnances réformant le droit du travail : règles générales relatives au licenciement et rupture d'un commun accord collective », Lexbase Hebdo éd.soc. n°712 du 21 septembre 2017.

VACHET (G.), « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche, : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Dr.soc. 2009, p. 896.

VAN CRAEYNEST (B.), Président de la CFE-CGC et MASSON (P.), Collectifs « Droits et libertés » de l'Ugict-CGT, « Comment réglementer le temps de travail des cadres ? » RDT 2011, p. 474.

VATINET (R.),

- « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », Dr. soc.1998, p. 534.

- « La société anonyme et ses salariés. Essai de problématique », Rev. Sociétés 2000.161.

- « Quelques incertitudes du régime juridique des stock-options (Cass.soc. 15 janvier 2002, Sté Go Sport) », Dr. soc. 2002. p. 690.

- « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio (Cass.soc. 10 juillet 2002) », Dr. soc. 2002. p.949.

- « Le clair-obscur des stock-options à la française », Rev. Sociétés 2007, p.31.

- « Les cadres dirigeants » in Les Mélanges GERMAIN (M.), éd. LGDJ, 2015, p. 84.

VERDIER (J-M), L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail, in *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989.

VERICEL (M.), « Une nouvelle architecture des règles en matière de temps de travail », RDT 2016 n°12, p.824.

VERKINDT (P.-Y.), « Les conventions de forfait », Dr.soc. 2010, p.387.

WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : Faut-il tuer les catégories juridiques ? », in Mélanges en l'honneur de DABIN (J.), Tome II, Bruxelles et Paris, Etablissements Emile Bruylant et Sirey, 1963.

WAQUET (Ph.),

- « En marge de la loi AUBRY : travail effectif et vie personnelle du salarié », Dr. soc. 1998.p. 963.

- « L'évaluation des salariés », Sem. soc. Lamy n°1126 du 10 juin 2003, p. 7.

- « La Cour de cassation et les droits fondamentaux », Gaz. Pal. 20-21 décembre 2000 p. 15.

- « Le juge et l'entreprise », Dr. soc. 1996 p. 472.

- « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99 Chron. p. 383.

- « Le temps de repos », Dr. soc. 2000.288.

- « Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation », Dr. soc. 1998, p.62.

- « Les libertés dans l'entreprise », RJS 5/00 Chron. p. 335.

- « Les objectifs », Dr. soc. 2001.p.120.

WAQUET (Ph.),

- « Quelques réflexions sur l'arrêt SAT en particulier et sur le licenciement économique en général », RJS 7/01 Chron. p. 567.

- « Tableau de jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », Dr. soc. 1999.p. 566.

WICKER (G.), « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », D. 2016, n°33, p. 1942.

4. Commentaires, décisions de justice, conclusions et avis :

4.1 – Notes et observations

AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.),

- note sous décision du comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010, RDT 2011, p.233.

- note sous Cass.soc. 29 juin 2011 n°09-71.107, JCP S 2011, n°28, p. 11.

ALOUR (C.), note sous Cass.soc. n°02-44.778, Lexbase hebdo, éd.soc. n°141 du 18 novembre 2004.

ANTONMATTEI (P.-H.),

-obs. sous Cass.soc. 29 janvier 1994, Mutuelle du Mans et autres c/ Syndicat C.F.D.T. des assurances de la région du Mans, JCP 1995, I, 3817, n°7.

-obs. sous Cass.soc. 9 mars 1999, MM. Dugard c/ Sté Normandie Decap, Dr. soc. 1999.630.

- obs sous Cass.soc. 14 mai 2014, n°12-35.033, Dr.soc. 2014, p. 687.

AUBERT-MONPEYSSSEN (Th.),

-obs. sous Cass.soc. 27 octobre 1998, Schroeder c/ GIE Services pour la caisse des dépôts et consignations, D. 1999 Somm. p. 172.

-note sous Cass.soc. 14 décembre 1999, M. Pierre c/ SNC Sanijura, JCP éd. E 2000.902.

-obs. Sous Cass.soc. 10 juillet 2002, Syndicat libre des exploitants de chauffage c/ Sté Dalkia et autres, D. 2002.3110.

AUZERO (G.),

-note sous Cass.soc. 27 octobre 1998, Schroeder c/ GIE Services pour la caisse des dépôts et consignations, JCP 1999, II, 10040 et JCP éd. E 1999.822.

- note sous Cass.soc. 21 novembre 2013, n°11-10.829, RDT 2013, p. 29.

- note sous Cass.soc. n°11-20.985, lexbase hebdo, éd.soc., n°576. Du 26 juin 2014.

BARTHELEMY (J.),

-note sous Cass.soc. 13 novembre 1996, Sté Générale c/ URSSAF, JCP éd. E 1997, II, 911.

-obs. sous Cass.soc. 10 novembre 1998, Mlle Eloise Errera c/ Sté Foir'fouille diffusion, Dr. soc. 1999.89.

-obs. sous Cass.soc. 8 mars 2000, Sté Bordas-Morenviliez c/ Consorts Barres, Dr. soc. 2000.548.

-obs. sous Cass.soc. 18 décembre 2001 Pica c/ SA segi propreté, Dr. soc. 2002.548.

-obs. sous Cass.soc. 19 mars 2003, Mme Praneet Cesao c/ Sté Intrans Route International, Dr. soc. 2003.766.

- obs. 31 octobre 2007, n°06-43. 876, SSL 2007, n°1327, p. 10.

CARBONNIER (J.),

-note sous Cass.soc. 5 janvier 1945, Vincent c/ Régie autonome des Pétroles, Dr. soc. 1946.37.

-note sous Cass. civ. sect. soc., 27 novembre 1958, Sté des Forges sté-phanoises c/ Blanchard et autres, RTD civ. 1959.753.

CARTIER (M.-E.), note sous Cass.crim. 11 mars 1993 (5 arrêts), Bull. Joly 1993.666.

CORRIGAN-CARSIN (D.),

-note sous Cass.soc. 25 novembre 1997, Sté Le discount du meuble c/ Foveau, JCP 1998, II, 10032 et JCP éd. E 1998.999.

-note sous Cass.soc. 16 juin 1998, Genovese c/ Sté Ley's, JCP 1998, II, 10145 et JCPéd. E 1998.1501.

-note sous Cass.soc. 21 mars 2000, Mme Marchand c/ Sté Axys Consultants, JCP 2000, II, 10341 et JCP éd. E 2000.1481.

-note sous Cass.soc. 24 avril 2001, Syndicat de copropriétaires 33 av. Foch c/ Mme Malyani, ép. Nekkrouche, JCP 2001, II, 10594 et JCP éd. E 2001.1582.

-note sous Cass.soc. 20 mars 2002, Jami c/ Fédération nationale des syndicats indépendants et autonomes UFT des activités diverses et a., JCP 2002, II, 10093 et JCP éd. E 2002.1047.

-note sous Cass.soc. 10 juillet 2002, Salembier c/ SA La Mon-diale, Cass.soc. 10 juillet 2002, Barbier c/ SA Maine Agri, Cass.soc. 10 juillet 2002, M. Mo-line c/ Sté MSAS Cargo International, JCP éd. E 2002.1511.

COURSIER (Ph.), obs. sous Cass.soc. 15 février 1995, Dulac et Kriegel c/ Association mai-son de retraite Saint-Martin, JCP éd. E 1996, I, 517 n°7.

COUTURIER (G.), obs. sous Cass.soc. 19 novembre 1996, Martinez c/ Auto Service 34, Dr. soc. 1997.95.

DEJOURS (C.), LAULOM (S.), MAZARS (M.-F.), note sous Cass.soc. 29 juin 2011, n°09-71.107, RDT, 2011, p. 481.

FABRE (A.) , note sous Cass.soc. 12 mars 2014, n°12-29.141, Lexbase Hebdo, éd.soc. n°566 du 10 avril 2014

FAVENNEC-HERY (F.),

- obs. sous Cass.soc. 25 novembre 1997, Sté Le Discout du meuble c/ Foveau, Dr. soc. 1998.82.

- obs. sous Cass.soc., 13 janvier 2009 , n°06-46.206, JCP S 2009, 1096.

GAMET (L.), note sous Cass.soc. 12 février 2015, n°13-17.516, Dr.soc. 2015, p. 447.

GLOVENAL (O.), obs.sous Cass.soc. 17 décembre 2014 n°13-22.890 et n°13-23.230, JSL 2015, n°381, p. 10.

HALIMI (G.), DECHAUMET FRIES (S.)

- obs. sous. Cass.soc. 7 septembre 2017, n°15-24725, JSL 2017, n°440, p. 8.

HAUTEFORT (M.),

- note sous Cass.soc. 31 octobre 2007, n°06-43.876, JSL 2007, n°222, p. 8.

- obs. sous Cass.soc. 27 juin 2012, n°10-28649, JSL 2012, n°329, p. 8.

- obs sous Cass.soc. 14 mai 2014, n°12-35.033, JSL 2014, n°368, p. 12.

- note sous Cass.soc. 22 juin 2016, n°14-29.246, JSL 2016, n°415, p.3.

- obs. sous Cass.soc. 15 avril 2015, n°13-21306, JSL 2015, n°389, p. 8.

JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.), note sous Ass. plén. 18 juin 1976, CPAM de la Côte-d'Or et autres c/ SA Hebdo-presse, D.1977.173.

JOURDAIN (P.),

-obs. sous Ass. plén. 25 février 2000, Costedoat, RTD civ. 2000.582.

-obs. sous Ass. plén. 14 décembre 2001, Cousin, RTD civ. 2002.109.

-note sous Cass.soc. 28 février 2002 (7 arrêts), RTD civ. 2002.310.

KOCHER (M.), obs. sous Cass.soc. 15 avril 2015, n°13-21306, RDT 2015, n°9, p. 541.

LALANNE (F.) , obs.sous 30 novembre 2011, n°09-67.798, JSL 2012, n°313, p. 19.

LAULOME (S.), obs sous les décisions du comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010, RDT 2011, p. 298.

LE CANNU (P.),

-note sous Cass.soc. 1er juin 1978, Auberty c/ Sté téléphériques de la Grande Motte, Rev. Sociétés 1979.79.

-note sous Cass.soc. 21 juillet 1981, SARL Cédi c/ Kauffman, Rev. Sociétés 1982.74.

-note sous CA Paris 13 novembre 1991, Delille c/ Sté Adine, Bull. Joly 1992 p. 62.

-note sous CA Paris 27 février 1992, Dhers c/ Sté Delattre Levivier, Bull. Joly 1992 p. 509.

-note sous Cass.soc. 18 novembre 1992, Rivet c/ Sté Pavailer, Bull. Joly 1993, p. 101.

-note sous Cass.soc. 6 octobre 1993, ASSEDIC de l'Oise c/ Ungemach, Bull. Joly 1993, p. 1242.

LHERNOULD (J.-P.), note sous Cass.soc. 2 juillet 2014, n°12-19.759 ; JSL 2014, n°372, p.17.

LOCKIEC (P.),

- obs. sous Cass.soc., 13 janvier 2009, n°06-46.208, D.2012, p. 1167.

-obs. sous Cass.soc. 31 janvier 2012, n°10-24. 412, RJS 5/ 2012, p. 347.

- obs. sous Cass.soc. 22 juin 2016, n°15-12.894, Lexbase hebdo, éd.soc. n°662 du 7 juillet 2016.

LYON-CAEN (A.),

-obs. sous Cass.soc. 25 février 1992, Sté Expovit c/ Dehaynain, D. 1992 Somm. p. 294.

-obs. sous Cass.soc. 24 novembre 1993, Latgé et Puginier c/ Sté ISS, D. 1993 Somm. p. 318.
obs. sous Cass.soc. 28 février 2002 (7 arrêts), Dr. soc. 2002.445.

LYON-CAEN (G.),

-obs. sous Cass.soc. 30 janvier 1980, Lemaire c/ ancienne fondation Pe-reire, JCP 180, II, 19433 et JCP éd. CI 1980, II, 13337.

-concl. sous Cass.soc. 17 juillet 1996, SNCF c/ Boj et a. Dr. soc. 1996, p.1049.

MARGUENAUD (J.-P.) et MOULY (J.),

-note sous Cass.soc. 12 janvier 1999, Spileers c/ SARL Omni Pac, D. 1999.645.

-note sous CEDH 29 février 2000, Fuentes Bobo c/ Espagne, D. 2001.645.

MAZARS (M.-F.), FLORÈS (P.), note sous Cass.soc, 29 juin 2011, n°09-71.107, SSL 2011, n°1499, p. 5.

MAZEAUD (A.),

-obs. sous Cass.soc. 13 janvier 1998, M. Schaming c/ M. Barfsch, Dr. soc. 1998.281.

-obs. sous Cass.soc. 16 juillet 1998, Sté La Parisienne assurances c/ M. Darcy et ASSEDIC de Paris, Dr. soc. 1998, p.950.

-obs. sous Cass.soc. 10 mai 2001, Sté Metropolight c/ Mme Harter, Dr. soc. 2001, p.889.

MAZEAUD (D.), note sous Ass. plén. 14 décembre 201, Cousin, D.2002.1317.

MAZEAUD (H.), note sous Cass. civ., sect. soc., 27 novembre 1958, Sté des Forges stéphanoises c/ Blanchard et autres, RTD civ. 1959.731.

MORAND (M.),

- obs. sous Cass.soc., 13 janvier 2009 , n°06-46.206, RJS 5/2012, p.347.
- note sous Cass.soc. 29 juin 2011, n°09-71.107, JCP S 2011 n°28, p. 14.
- note sous Cass.soc. 21 novembre 2013, n°11-10.829, JCP S 2013, 1069.
- note sous Cass.soc. 24 avril 2013, n°11-28.398, JCP S 2013, n°23, p. 25.
- obs. sous Cass.soc. 11 mai 2017, n°15-27.118, JCP S du 27 juin 2017 n°25, 1211.

MORVAN (P.),

- obs. sous Cass.soc. 10 juillet 2002, M. Moline c/ Sté MSAS Cargo Interna-tional, JCP 2003, I, 130 Chron. p. 769.
- obs. sous Cass.soc. 22 janvier 2003, Sté Travaux hydrauliques et bâtiments c/ M. Tavarès, JCP éd. E 2003.1089.
- obs. sous Cass.soc. 30 avril 2009, n°07-40.527, JCP E, 2009, 1558

MOULY (J.),

- note sous Cass.soc. 6 juillet 1976, Sté carrelage varois c/ Lauricella, D 1978.274
- note sous Cass.soc. 6 mai 1997, Dearman c/ Ass. Montpellier Basket, JCP 1997, II, 22972 et JCP éd. E 1997.1023.
- note sous Cass.soc. 27 octobre 1998, Schroeder c/ GIE Services pour la caisse des dépôts et consignations, D. 1999.186.
- obs. sous Cass.soc. 4 janvier 2000, Mme Henri c/ Sté Coulet et fils, Dr. soc. 2000.550.
- obs. sous Cass.soc. 21 mars 2000, Mme Marchand c/ Sté Axys Consultants, Dr. soc. 2000.651.
- obs. sous Cass.soc. 18 avril 2000, Sté Rehau industrie c/ Mme E. Klein, D. 2001.263.
- obs. sous Cass.soc. 11 juillet 2000, Marchal c/ Pimouguet, Dr. soc.2000.1141.

PASQUIER (T.) ; obs. sous Cass.soc., 13 janvier 2009 , n°06-46.206, D.2009, p. 1931

PELISSIER (J.),

-obs. sous Cass.soc. 16 décembre 1980, Comité d'établissement de l'usine automobile Peugeot de Sochaux et autre c/ Delubac, D. 1981, IR p. 264.

-note sous Cass.soc. 29 novembre 1990, Mme Fertray c/ SA établissement R. Wagner, D. 1991.190.

-note sous Ass. plén. 8 décembre 2000, SAT c/ Coudière et autres, D., 2001.1125.

-obs. sous Cass.soc. 18 septembre 2002, Sté GAN-vie c/ M. Suire, D. 2002.3111.

PEIRRERA (S.), note sous Cass.soc. 24 septembre 2014, M. M. c/ Association pour adultes et jeunes handicapés (APAJH), JCP S 2011 n°40, 1436.

PETIT (B.),

-note sous Cass.soc. 2 mai 1989, Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS) et autres c/ Salomonovitch et autres, Rev. Sociétés 1989.657.

-note sous CA Paris 27 février 1992, Dhers c/ Sté Delattre Levivier, Rev. Sociétés 1992.745.

PETIT (B.) et REINHARD (Y.), obs. sous CA Agen 1er mars 1994, Sté Audevard c/ Fou-cher, RTD com 1994.735.

PETIT (F.),

-note sous Cass.soc. 6 mai 1997, Dearman c/ Ass. Montpellier Basket, D. 1998.294.

-note sous Cass.soc. 15 mars 2000, Joubertie c/ SA Equipement électrique Aquitaine, JCP 2000, II, 10346 et JCP éd. E 2000.1144.

-note sous Cass.soc. 14 novembre 2000, Ders c/ Affichage Giraudy, JCP éd E 2001.574.

-note sous Cass.soc. 10 juillet 2002, M. Moline c/ Sté MSAS Cargo International, JCP 2002, II, 10162.

PETIT (S.), note sous Ass. plén. 14 décembre 2001, Cousin, Gaz. Pal. 2002, doct. p. 1209.

PIGNARRE (G.), note sous Cass.soc., 13 janvier 2009, n°06-46.206, RDT, 2012, p.1167.

PONTIF (V.), obs.sous Cass.soc.27 mars 2013, n°11-19.734, RDT 2013, p. 491

PUGELIER (C.),

- note sous Cass.soc. 23 novembre 2010, n°09-41.552, JCP S 2011, 1122.

- note sous Cass.soc. 17 mai 2006, n°05-43.265, JCP S 2006, 1563

RADE (C.),

-obs. sous Cass.soc. 2 février 1999, Sté Castorama c/ Andrieu et autres, Dr. soc. 1999.417.

-obs. sous Cass.soc. 9 mars 1999, Hecq c/ Sté Rond Royal Sablons, Dr. soc. 1999.522.

-obs. sous Cass.soc. 9 mars 1999, Vidalenc c/ Pailler et a., Dr. soc. 1999.524.

-obs. sous Cass.soc. 4 mai 1999, M.J. Fortunade c/ Sté Lorraine TP ete a., Dr. soc. 1999, 731.

-obs. sous Cass.soc. 4 mai 1999, Mme L. Morel c/ AIPA, Dr. soc. 1999.732.

-obs. sous Cass.soc. 18 janvier 2000, Sté Ameg c/ M. Martinez, Dr. soc. 2000.344.

-note sous Ass. Plén. 25 février 2000, Costedoat, Resp. civ. et assur. 2000, n°10, p. 6.

-obs. sous Cass.soc. 18 avril 2000, Sté Rehau industrie c/ Mme E. Klein, Dr. soc. 2000.646.

-obs. sous Cass.soc. 21 novembre 2000, CUMA de l'Herminie c/ M. Joël Le Roy, Dr. soc. 2001.317.

- obs. sous Cass.soc., 13 janvier 2009, n°06-46.206., Dr.soc. 2009, p. 611.
- obs. Cass.soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07 42.675, *Lexbase Hebdo*, éd. Soc. n° 359, 16 juillet 2009.
- obs. sous Cass.soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725, n°-11.933, n°10-13.663, *Lexbase Hebdo éd.soc. n° 444* du 16 juin 2011.
- obs. sous Cass.soc. 6 février 2013, n° 11-26.604, Dr.soc.2013, p.378
- obs. sous Cass.soc. 24 septembre 2014, n°13-15.074, *Lexbase Hebdo éd.soc. n°586* du 9 octobre 2014.
- note sous Cass.soc. 27 janvier 2015 cinq arrêts, n° 13-22.179, n° 13-25.437, n° 13-14.773, n° 13-23.818, n° 14-13.569, *Lexbase Hebdo éd.soc. n° 600* du 5 février 2015.
- obs sous la décision de la Cass. QPC du 14 décembre 2016 n° 16-40.242, *Lexbase Hebdo*, éd.soc. n° 683 du 12 janvier 2017.
- obs. sous Cass.soc. 27 septembre 2017, n° 15-28.216 ; *Lexbase Hebdo n° 715* du 12 octobre 2017.

RAY (J.-E.),

- note sous Cass.soc. 30 septembre 1997, Sté Onet c/ Mme Nedjar, Dr. soc.1997, p.1094.
- note sous Cass.soc. 12 janvier 1999, Spileers c/ SARL Omni Pac, Dr. soc. 1999, p.287.
- note sous Cass.soc. 4 mai 1999, M. Hezyszyn c/ Sté Paul Jacottet, Dr. soc. 1999, p.737.
- note sous Cass.soc. 14 décembre 1999, M. Pierre c/ SNC Sanijura, Dr. soc. 2000, p.165.
- obs. sous Cass.soc. 16 mai 2000, M. Haselbauer c/ Sté Goldengerg, Dr. soc. 2000, p.776.
- obs. sous TGI Paris 19 décembre 2000, Fédération française des syndicats C.F.D.T. des banques et des sociétés financières c/ Sté DIAC, Dr. soc. 2001, p.248.

SAINTOURENS (B.),

- obs. sous Cass.soc. 27 février 2013, n°11-21354, Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly 2013, n°6, p. 392.

SAVATIER (J.),

- note sous Cass.crim. 23 janvier 1975, MM. Balaayrie et Turco, D. 1976.375.

-note sous Cass.crim. 21 octobre 1975, MM. André et Blumenthal, Bull. crim. n°22, D. 1976.375

-note sous Cass.soc. 17 juillet 1996, SNCF c/ Boj et a., Dr. soc. 1996.1049.

-obs. sous Cass.soc. 17 décembre 1996, Sté Bar Ferabd c/ Prestat, Dr. soc. 1997.196.

-obs. sous Cass.soc. 4 février 1997, Mmes Besnard et Baudet c/ SCP Tom-beck – Gascon, Dr. soc.197, p.413.

-obs. sous Cass.soc. 23 avril 1997, Fédération des églises adventistes du septième jour du sud de la France c/ M. Garcia, Dr. soc. 1997, p.642.

-obs. sous Cass.soc. 6 mai 1997, Lossois et autres c/ SA Transports George-lin, Dr. soc. 1997, p.734.

-obs. sous Cass.soc. 18 décembre 1997, Sté Doutaves N. Bernard c/ M. Heuby, Dr. soc. 1998, p.194.

-obs. sous Cass.soc. 2 décembre 1998, Sté Paluel Marmont c/ Tolini, Dr. soc., 1999.305.

-obs. sous Cass.soc. 13 mars 2001, Mme Cousin c/ Sté Bally France, Dr. soc. 201.557.

-obs. sous Cass.soc. 9 avril 2002, Capella c/ Sté GMA, Dr. soc. 2002.668.

-obs. sous Cass.soc. 21 mai 2002, Sté Flandre Air c/ M. Constant, Dr. soc 2002.902.

-obs. sous Cass.soc. 22 janvier 2003, Sté Travaux hydrauliques et bâtiments c/ M. Tavarès, Dr. soc. 2003, p.433.

-obs. sous Cass.soc. 3 juin 2003, Sté Résoserv c/ Mme Queniat, Dr. soc.2003, p.884.

TEYSSIE (B.), obs. sous Cass.soc. 9 octobre 1985, Chanoine c/ Rumiz, JCP éd. E 1986, I, 15273, n°14.

TISSANDIER (H.), note sous Cass.soc. 16 mai 2007, n°05-41.14, RDT 2007, n°9, p. 535.

TOURNAUX (S.) :

- obs. sous Cass.soc. 13 janvier 2009 n°06-46.208, Dr.soc. 2009 p. 422.
- note sous Cass.soc., 12 janvier 2010, n°08-42.835, Lexbase hebdo n°380 du 28 janv. 2010.
- note sous Cass.soc. 29 juin 2011, n°09-71.107, Lexbase hebdo n°447 du 7 juillet 2011.
- note sous Cass.soc. 31 janvier 2012, n°10-19. 807, Lexbase, éd.soc. n°473 du 9 février 2012.
- note sous Cass.soc. 26 septembre 2012, n°11-14.540, Lexbase Hebdo, éd.soc. n°501 du 11 octobre 2012.
- note sous Cass.soc. 17 décembre 2014, n°13-22.890, Lexbase Hebdo, éd.soc. n°597 du 15 janvier 2015.
- note sous Cass.soc. 15 avril 2015, n°13-21.306, « Efficacité de la clause de garantie d'emploi : le cas du salarié harcelé », Lexbase Hebdo éd.soc. n°612 du 14 mai 2015.
- obs. sous Cass.soc. 11 mai 2017 n°15-27.118, Lexbase hebdo, éd.soc. n°700 du 1^{er} juin 2016.
- obs. sous Cass.soc. 22 juin 2017, n°16-11762, Lexbase hebdo, éd.soc. n°705 du 6 juillet 2017.
- obs. sous Cass.soc. 7 septembre 2017, n°15-24725, Lexbase hebdo, éd.soc. n°713 du 28 septembre 2017.

VACHET (G.), note sous Cass.soc. 10 juillet 2002, Syndicat libre des exploitants de chauff-fage c/ Sté Dalkia et autres, D. 2003.935.

VATIET (R.), obs. sous Cass.soc. 18 septembre 2002, GAN-vie c/ M. Suire, Dr. soc. 2002.1007.

VINEY (G.), note sous Cass. com. 12 octobre 1993, SA Parfums Rochas c/ Mme Duchesne et autres, D. 1994.124.

WAQUET (Ph.), obs. sous Cass.soc. 20 octobre 1998, Mme Bonimond c/ Sté Maille souple, Dr. soc. 1998.1045.

-obs. sous Cass.soc. 14 novembre 2000, Ders c/ Affichage Giraudy, Dr. soc. 2001.99.

X,

-note sous Cass.crim, 28 juin 1902, Sieur Guichard, D. 1903, I, 585.

-note sous Cass.crim, 6 janvier 1938, Proc. Gén. Près la CA de Madagascar c/ Paoli, DP, 1938, H, 151.

-note sous Cass.crim. 30 novembre 1944, Veuve Boyé, D.1945.161.

-note sous Cass.soc. 5 janvier 1945, Vincent c/ Régie autonome des pétroles, Gaz. Pal. 1945, 1, 117.

-note sous Cass.crim. 28 février, Widerkehr, D.1956.391.

-note sous Cass.soc. 5 février 1959, Ollivier c/ Sté Bahuaud et Cie, D. 1959.107.

-note sous Cass.soc. 18 janvier 1961, Domergue c/ Chancel, D. 1961, Somm. p. 64.

-note sous Cass.soc. 5 mai 1971, Sté Bachkine c/ Ducher, D. 1971.575.

-note sous Cass.soc. 1er juin 1972, Sté Jacob c/ Clément, JCP 1972, II, 17024 et JCP éd. CI 1972, II, 10760.

-note sous Cass.soc. 22 novembre 1972, De Traversay c/ Sté Hallmark cards France, D. 1973, Somm. p. 4.

-note sous CA Paris 22 mai 1989, Hivart et autres c/ Ministère Public, Gaz. Pal. 1989, 2, 559.

-obs sous Cass.soc. 29 novembre 1989, M. Chamarande c/ Sté Euravie, RJS 1/90 n°2.

-obs sous Cass.soc. 13 décembre 1989, Compagnie Nationale Air France c/ M. Landragin, RJS 1/90 n°38.

-obs sous Cass.soc. 16 mai 1990, Bazillet c/ Ets Rosa, RJS 7/90, n°562.

-obs sous Cass.soc. 31 mai 1990, SARL Sobraques et fils c/ Toffoli, RJS 7/90, n°548.

-obs sous Cass.soc. 14 juin 1990, Cann c/ Theffo, RJS 10/90 n°775.

-obs sous Cass.soc. 29 novembre 1990, Laborie c/ Sté Sodisroy, RJS 1/91 n°17.

obs sous Cass.soc. 29 novembre 1990, Mme Fertray c/ SA établissements R. Wagner, RJS 1/91 n°16.

-obs sous Cass.soc. 11 décembre 1990, Ets Camus c/ Mme Cheilan, RJS 2/91 n°168.

-obs sous Cass.soc. 17 avril 1991, M. Scarline et autres c/ Sté Lalau, RJS 5/91 n°640.

-obs sous Cass.soc. 29 mai 1991, M. Chevrier et autres c/ M. Madeira, RJS 7/91 n°861.

-obs sous Cass.soc. 17 juillet 1991, Jourdan c/ Sté Fidal, RJS 10/91, n°1702.

-obs sous Cass.soc. 20 octobre 1991, SNC Cogesti et Cie c/ Klaine, RJS 11/91, n°1252.

- obs sous Cass.soc. 20 novembre 1991, Librairie Gibert c/ Couret et autres, RJS 1/92 n°59.

-obs sous Cass.soc. 20 novembre 1991, M. Léger c/ Sté SPS, RJS 1/92, n° 3.

- obs sous Cass.soc. 27 novembre 1991, M. Buffet c./ M. Lecornu, RJS 2/92, n° 141.

-obs sous Cass.soc. 22 janvier 1992, Rossard c/ Sté Robuchon, RJS 3/92 n° 247.

- obs sous Cass.soc. 20 février 1992, Guitton c/ SA pompes funèbres, RJS 4/92, n° 419.

-obs sous Cass.soc. 25 février 2002, Sté Expovit c/ Dehaynain, RJS 4/92 n° 421.

5. Conventions collectives :

CCN de l'audio-vidéo-informatique du 29 mai 1996, IDCC 1937, (Brochure JO n° 3296). Étendue par arrêté du 19 juillet 1999 (JORF 30 juillet 1999).

CCN Banque, (Brochure JO n° 316).

CCN des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil (brochure JO n° 3018).

CCN des cadres des travaux publics, (Brochure JO n°3005T4).

CCN de commerces de gros, (Brochure JO n°3044).

CCN Industrie de la fabrication des ciments (Brochure JO n°3280).

CCN pour les industries de produits alimentaires élaborés, (Brochure JO n°3127).

CCN des ingénieurs et cadres de la métallurgie (brochure JO n°3025),

CCN des industries de l'habillement, (Brochure JO n°3098).

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes.

A

- accord d'entreprise*, 95, 97, 108, 155, 165
- accords collectifs de travail*, 85, 86, 98
- agents de maîtrise*, 14, 87, 106, 270
- arrêtés Croizat-Parodi*, 59, 86, 89, 90, 102
- arrêtés Parodi-Croizat*, 85, 87
- autonomie*, 20, 53, 54, 55, 87, 97, 105, 108, 123, 136, 139, 292
- autorité*, 14, 26, 55, 116, 306
- avantages catégoriels*, 221
- avantages en nature*, 57, 346, 352
- Contrat de travail à durée déterminée*, 280, 282
- CDD à objet défini*, 280, 282
- CFDT*, 252
- CFE-CGC*, 188, 189, 252, 258, 269
- CFTC*, 252, 262
- CGT*, 188, 252, 261
- CGT-FO*, 252
- charge de travail*, 170
- CHSCT*, 213
- classification*, 13, 85, 87, 95, 97
- clause*, 325
- clause de mobilité*, 334
- clause de non-concurrence*, 328
- clauses de garanties d'emploi*, 338
- clauses de résultat*, 336
- comité d'entreprise*, 50, 51, 251, 261, 262, 264, 266, 308
- comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*, 51
- Comité européen des droits sociaux*, 160, 161, 181, 188
- cadre autonome*, 129
- cadre dirigeant*, 42, 44, 46, 49, 52, 54, 59, 60, 63, 65, 67, 69
- cadre supérieur*, 52
- cadres dirigeants*, 24, 44, 54, 56, 57, 60, 369
- cadres intégrés*, 125, 126
- cadres supérieurs*, 41, 42, 369
- catégorie*, 15, 17, 20, 21, 52, 53,
- cause réelle et sérieuse de licenciement*, 336, 342

commandement, 14, 22, 89, 116, 117
compétences, 97, 105

congés, 94, 156, 164, 168, 206

contrat de chantier, 28

convention de branche, 96, 97

convention de forfait en heures sur l'année, 154

convention de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois, 184, 185

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 188

convention individuelle de forfait, 109, 167, 185

conventions de forfait en jours, 154, 162, 188, 196

cumul contrat de travail mandat social, 21, 67, 68, 69, 71, 75, 76, 77

D

Déclaration universelle des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations Unies, 217

délégation de pouvoirs, 305, 306, 307

responsabilité, 22, 49, 53, 117, 136

dirigeant social, 62, 65, 67, 69, 70, 71, 80

droit à la déconnexion, 200, 211, 213, 214

droit au repos et à la santé des salariés, 161

droit d'alerte, 240, 243

droit d'expression, 119

droit du travail, 15, 17,

droits fondamentaux, 188, 216, 217, 231, 327, 328, 335

durées maximales de travail, 167, 173

E

égalité de traitement, 110, 217, 219, 220, 221, 222, 224, 293, 304, 353, 377

épargne salariale, 300, 377

F

faute grave, 238, 338

formation, 89, 95, 97, 116, 117, 171

G

golden parachutes, 355

grève, 179

H

heures supplémentaires, 163, 168, 181, 184, 205, 206

I

immunité, 47, 48, 320

indépendance, 49, 53, 54

institutions représentatives du personnel, 241, 267

intéressement, 57, 300, 377

J

juridiction prud'homale, 108

L

l'horaire collectif, 127, 129, 141

la convention collective, 85, 86, 95, 97, 106, 108, 224

la durée du travail, 136, 159

lanceur d'alerte, 239, 242

conseils de prud'hommes, 268

liberté d'expression, 231, 232

libertés fondamentales, 232

licenciement, 106, 108, 169, 338, 355

M

management, 27, 52, 117

mandat social, 62, 67, 68, 69, 72, 76, 81

N

nouvelles technologies de l'information et de la

communication, 26, 248

P

parachutes dorés, 355

PEE, 380

PERCO, 381

portage salarial, 289, 298, 301

préposé, 48, 311, 312, 314, 321

président du conseil d'administration, 66, 72

prévoyance, 19, 20, 106, 227, 228

Q

qualification, 22, 52, 60, 89, 97, 104, 106, 107, 108, 109, 238

question prioritaire de constitutionnalité, 217, 253, 255, 366

R

réduction du temps de travail, 52, 136

rémunération, 56, 58, 60, 71, 106, 107, 108, 110, 177, 206, 344, 346, 374

repos, 159, 161, 163, 164, 167, 173, 179, 216

repos hebdomadaire, 159, 163, 164

repos quotidien, 163

responsabilité, 20, 21, 22, 24, 47, 48, 66, 89, 97, 104, 105, 307, 318, 321

responsabilité civile, 317, 320

retraite chapeaux, 363

retraites chapeaux, 70, 354

S

salaire minimum conventionnel, 158

section de l'encadrement, 117, 122, 268, 270, 271, 274

SMIC, 130, 176, 352

statut, 17

stock-options, 57, 70, 371

subordination, 64, 71, 72, 115

syndicat, 252, 254, 258, 263

syndicats catégoriels, 252, 254, 263

SYNTEC, 196, 197

T

*temps de travail, 22, 52, 81, 83, 95, 109, 118, 136,
161, 162, 176, 178, 184, 186, 207, 407*

travail à temps partagé, 303

travail au rendement ou à la tâche, 176

V

vie personnelle, 172, 200, 231, 232, 244, 333, 335

vie privée, 216, 244, 335

vie professionnelle, 245

W

whistleblowers, 239

TABLE DES MATIÈRES

TABLES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	7
Sommaire	10
Introduction	13
Partie 1 : Les cadres, une catégorie hétérogène	35
Titre 1 : Les cadres par nature	39
Chapitre 1 : Les cadres par nature, une notion en apparence circonscrite.....	41
Section 1. Les fonctions élevées du cadre dirigeant.....	42
I. Les responsabilités du cadre dirigeant, un concept flou.....	43
A. La notion de responsabilité.....	44
B. Le paradoxe de l'employeur salarié.....	47
II. Le critère de l'autonomie renforcée.....	50
A. Le degré d'indépendance des cadres dirigeants dans l'organisation de l'emploi du temps.....	50
B. La large autonomie dans la prise de décision	51
Section 2. La rémunération spécifique du cadre dirigeant.....	52
I. Les systèmes de rémunération critère d'identification du cadre dirigeant	52
A. La rémunération en tant qu'élément de référence	53
B. L'absence de définition de la notion de système de rémunération	54
II. Le niveau élevé de la rémunération des cadres dirigeants.....	56
Chapitre 2 : Les ambiguïtés de la distinction cadre dirigeant et dirigeant social.....	57
Section 1. L'affaiblissement des critères de distinction entre les notions de cadre dirigeant et de dirigeant social.....	57
I. L'insuffisance du critère formel.....	58
II. L'inadaptation des critères fonctionnels.....	59
Section 2. Les rapprochements discutables du cadre dirigeant et du dirigeant social	61
I. Le rapprochement par cumul du contrat de travail et du mandat social, source de confusion	62
A. L'encadrement strict du cumul contrat de travail et mandat social.....	62
1. L'exercice d'une fonction technique distincte.....	63
2. L'existence d'une rémunération distincte.....	64
3. L'existence d'un lien de subordination.....	65
B. Les conséquences du non-respect des conditions de cumul	69
II. Le rapprochement par substitution source d'insécurité.....	71
A. La disparition du contrat de travail.....	71
B. La suspension du contrat de travail	72

Titre 2 : Les cadres par extension	77
Chapitre 1 : Une catégorie morcelée.....	79
Section 1. Une approche inadaptée des sources originaires.....	80
I. Les déficiences des sources historiques.....	80
A. Des critères dépassés.....	80
B. Des critères inadéquats.....	83
II. Une approche multiforme des cadres par les conventions et accords collectifs de travail.....	84
A. L'approche sectorielle des conventions et accords collectifs de travail.....	85
1. L'inflation des conventions collectives de branches.....	86
2. Décentralisation de la négociation collective.....	88
B. Des critères conventionnels multiples.....	91
1. Les critères objectifs.....	91
a. Le critère de la formation.....	91
b. Le critère du commandement.....	93
2. Des critères subjectifs.....	94
Section 2. L'approche pragmatique des juges.....	95
I. Les critères déterminants de la qualité de cadre : importance des fonctions réellement exercées.....	95
A. L'exigence d'un haut niveau de qualification.....	96
B. La nécessité d'exercer des fonctions à responsabilité.....	97
C. Les critères non déterminants de la qualité de cadre.....	98
II. La primauté du contrat de travail sur la réalité.....	99
Chapitre 2 : Une catégorie fragilisée.....	103
Section 1. La crise d'identité des cadres.....	105
I. Les mutations du tissu salarial.....	105
II. La mutation de la fonction d'encadrement.....	107
Section 2. L'absence de définition générale de la catégorie de cadre.....	109
I. Imprécision de la notion de cadre.....	110
II. Des critères d'identification des cadres insuffisants.....	112
Section 3. L'incohérence des interventions législatives.....	115
I. La multiplication des interventions législatives.....	115
A. Les cadres intégrés, une catégorie en voie de disparition.....	116
1. Le critère de la nature des fonctions.....	117
2. L'effacement du critère « temps ».....	118
B. La définition ambiguë des cadres autonomes.....	119
1. L'absence de critères positifs.....	120
2. L'extension du pouvoir de qualification des partenaires sociaux.....	122
II. L'instabilité de la notion de cadre.....	126
A. L'abandon par le législateur de la distinction originale.....	127
B. La nouvelle distinction des cadres par extension.....	127

1. Les cadres sous conventions de forfait en heures sur l'année : une catégorie insaisissable	128
2. Les cadres sous conventions de forfait en jours : une catégorie élargie.....	129
Conclusion de la première partie	131
Partie 2 : UN RÉGIME JURIDIQUE INADAPTÉ	135
Titre 1 : La complexification du régime juridique des cadres	139
Chapitre 1 : L'éclatement du temps de travail des cadres.....	141
Section 1. L'application des forfaits aux cadres.....	143
I. Les conventions de forfait sur l'année	144
A. Les cadres sous conventions de forfait en heures sur l'année.....	144
1. La place grandissante de l'accord d'entreprise	145
2. L'appauvrissement des garanties offertes par les conventions de forfait en heures sur l'année.....	147
B. Les cadres sous convention de forfait en jours	150
1. Abolition des références horaires	151
2. La primauté de la technique conventionnelle	154
a. L'accord collectif	155
b. Les Conventions individuelles de forfait	156
3. Les garanties insuffisantes.....	158
a. Le difficile contrôle de la charge de travail.....	158
b. Les effets oubliés des conventions de forfait en jours sur l'année	166
II. Vers l'élargissement du droit spécial du temps de travail	170
A. L'application du droit spécial du temps de travail à d'autres catégories de salariés	170
B. La banalisation de l'utilisation des forfaits.....	171
Section 2. La sauvegarde du dispositif des conventions de forfait en jours.....	174
I. La difficile conciliation des conventions de forfait en jours avec l'impératif de protection de la santé et de la sécurité au travail.....	175
II. La préservation du dispositif des conventions de forfait en jours par le juge.....	179
A. Les incertitudes quant au contenu des accords	180
B. Les précisions du juge quant à l'articulation des sources.....	188
C. Sanctions en cas de non-respect des dispositions conventionnelles et individuelles	190
III. La sauvegarde du dispositif des conventions de forfait en jours par le législateur	193
A. Les précisions apportées par le législateur.....	194
B. La persistance des imperfections du dispositif des conventions de forfait en jours	197
Chapitre 2 : L'érosion du statut des cadres.....	202
Section 1 : Le principe d'égalité et les cadres	205
I. Les conséquences de l'application du principe d'égalité de traitement sur les avantages catégoriels	207
A. L'application du principe d'égalité de traitement source d'incertitude	207
B. Une présomption de légitimité des avantages catégoriels d'origine conventionnelle.....	210
II. L'égalité de traitement écarté par le juge de la sphère de la prévoyance.....	212

Section 2. Les droits fondamentaux et les cadres.....	216
I. La liberté d'expression du cadre vers l'allègement des contraintes.....	217
II. La délicate protection de la vie personnelle du cadre.....	228
Titre 2 : L'existence d'un statut particulier des cadres	232
Chapitre 1 : Une spécificité identifiée en matière collective.....	234
Section 1. L'insuffisance de la représentation spécifique des cadres dans les entreprises.....	235
I. Une représentation syndicale préservée.....	235
II. Une représentation institutionnelle imparfaite.....	247
Section 2. Une représentation spécifique imprécise au sein du conseil des prud'hommes.....	251
I. L'existence d'une section spécifique.....	252
II. L'assimilation discutable candidat et justiciable	255
Chapitre 2 : Une spécificité identifiable en matière individuelle.....	259
Section 1. Des formes de travail atypiques.....	259
I. Les contrats de travail spéciaux	260
A. Le contrat de travail à objet défini, un dispositif propre aux cadres	260
1. Un régime discutable.....	262
a. L'exigence d'un accord préalable au contenu flou.....	262
b. Encadrement discutable de la durée du CDD	264
c. Le formalisme spécifique du CDD à objet défini	265
2. Les cas de rupture du CDD à objet défini source de difficultés.....	266
B. Le contrat de chantier ou d'opération	268
1. Ambivalence du contrat de chantier ou d'opération.....	268
2. L'insuffisance de l'encadrement juridique du contrat de chantier ou d'opération.....	269
II. Le portage salarial, un dispositif controversé.....	270
A. La consécration du portage salarial	272
B. Un régime juridique spécifique inédit.....	276
III. Le travail à temps partagé.....	282
Section 2. Les sujétions pesant sur les cadres.....	285
I. Le cadre face à la délégation de pouvoirs.....	286
A. Les conditions de validité de la délégation de pouvoir.....	287
1. La délégation en matière pénale encadrée	288
a. L'acte de délégation	289
b. Conditions relatives au délégataire	292
2. La délégation en matière civile confortée.....	296
B. Les effets de la délégation de pouvoirs	297
1. Le transfert de la responsabilité pénale aux cadres	298
2. Le transfert de la responsabilité civile	301
3. Le cadre prisonnier de la délégation de pouvoir	302
II. Les clauses protectrices des intérêts de l'entreprise.....	304

A. La captation du cadre	305
1. Les clauses favorisant la fidélité du cadre durant l'exécution du contrat de travail	305
2. Les clauses favorisant la fidélité du cadre après la rupture du contrat de travail	308
B. Les clauses favorisant l'implication du cadre.....	310
1. Les clauses de mobilité.....	311
2. Les clauses de résultat.....	315
Section 3. Les avantages applicables aux cadres	316
I. Les clauses de garanties d'emploi.....	317
II. La diversification de la rémunération	323
A. La rémunération attachée à la performance du cadre	324
1. La rémunération en cours d'exécution du contrat de travail	325
a. Le strict encadrement de la rémunération variable	325
b. La fin des primes discrétionnaires	328
c. Les avantages en nature en péril ?	330
2. L'indemnisation du cadre lors de la rupture du contrat de travail.....	332
a. Les indemnités de rupture contractuelle de licenciement dans la tourmente.....	333
b. Les retraites chapeaux	340
B. La rémunération attachée à la performance de l'entreprise	345
1. Les dispositifs individuels : l'attribution des stock-options.....	346
a. Un régime juridique complexe	346
b. Un dispositif fondamentalement discrétionnaire.....	352
2. Les dispositifs collectifs	354
Conclusion de la 2^{ème} partie	359
Conclusion générale	361
BIBLIOGRAPHIE	366
INDEX.....	410
TABLE DES MATIÈRES	415