

La modification du contrat de travail et l'exercice par l'employeur de ses pouvoirs

Résumé

Le contrat de travail se caractérise par cette antinomie existant entre le lien de subordination et la force obligatoire du contrat. En principe, toute modification du contrat émanant de l'employeur doit recueillir l'acceptation du salarié en vertu des articles 106 du Code civil et 63 de la loi 90-11 du 21-04-1990. En vérité, il y a lieu de distinguer entre les modifications substantielles et les modifications non substantielles du contrat de travail. L'accord préalable du salarié n'est requis qu'autant que la modification porte sur les éléments essentiels du contrat. En revanche, l'employeur peut, dans l'exercice de son pouvoir de direction, imposer unilatéralement des conditions de travail n'ayant pas une incidence notable sur le contrat. Comme il peut modifier substantiellement celui-ci sans l'accord préalable du salarié, lorsqu'il est reproché à ce dernier des fautes dans l'exécution de sa prestation de travail.

BOUANAKA Essaid
Faculté de Droit et des
Sciences Politiques
Université de Constantine
(Algérie)

Introduction

La modification du contrat de travail par l'employeur pose le problème du maintien de l'emploi à des conditions différentes de celles antérieurement convenues entre les parties. Elle vise la continuité du contrat et n'est pas le signe de sa rupture. A l'instar des contrats à exécution successive, le contrat de travail ne peut durer qu'en s'adaptant aux conditions nouvelles de travail non prévues initialement par les parties. Il est donc nécessaire d'organiser sa révision lorsque les besoins du service l'exigent. Il n'en demeure pas moins que c'est toujours le même contrat qui continue à produire ses effets, bien que son contenu se modifie progressivement.

Au fil du temps, on peut constater que les conditions de travail d'un salarié resté pendant un certain nombre d'années au service d'une entreprise, ont changé : les changements techniques lui ont imposé des tâches nouvelles, la dépréciation monétaire ou la croissance économique ont induit une majoration du salaire initialement convenu,

ملخص

يتسم عقد العمل بالتناقض القائم ما بين رابطة الخضوع وقوة العقد الملزمة، ومن حيث المبدأ، كل تعديل يدخله صاحب العمل يجب أن تقابله موافقة الأجير، وذلك احتكاماً إلى المادتين 106 من القانون المدني و 63 من القانون 90-11 الصادر بتاريخ 21-04-1990.

و لكن يجب في حقيقة الأمر التفرقة ما بين التعديلات الجوهرية والتعديلات غير الجوهرية لعقد العمل، حيث موافقة الأجير لا تكون إلزامية إلا بالنسبة للتعديلات الجوهرية دون سواها.

وبالمقابل يكون بوسع رب العمل في إطار ما يملكه من سلطة الإدارة ، أن يفرض من جانب واحد شروط عمل لا تؤثر بصفة جوهرية على مضمون عقد العمل كما يجوز له أن يعدل شروط هذا العقد و بصفة جوهرية ، في الأحوال التي يكون بوسعه فيها أن ينسب إلى العامل أمن خرق لعلاقة العمل.

l'environnement a été détérioré par des nuisances nouvelles ou amélioré par une meilleure adaptation de l'espace de travail. Tout cela se réalise progressivement sans accord explicite et individuel entre le travailleur et l'employeur, soit à la suite d'une concertation entre le chef d'entreprise et les représentants du personnel ou d'un accord collectif avec les syndicats, soit à la suite d'initiatives prises par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction.

Cependant, le maintien du lien contractuel ne doit pas dissimuler les modifications apportées au contenu de l'accord contractuel. Le travailleur doit être protégé par les principes du droit contractuel. Il n'est obligé d'accomplir que les tâches auxquelles il a consenti et, en contrepartie, il a droit à tous les avantages qui lui ont été promis. De ce fait, l'employeur ne saurait, sous couvert de l'exercice de son pouvoir de direction, modifier unilatéralement le contrat. Si des modifications s'avèrent nécessaires pour adapter le contrat à une nouvelle organisation du travail, elles doivent recueillir l'accord des deux parties. En d'autres termes, les projets de modification à l'initiative de l'employeur sont soumis à l'acceptation du travailleur. Tant que l'offre de modification n'a pas été acceptée, l'accord antérieur reste seul applicable.

L'accord de volontés des deux parties s'oppose donc à une modification unilatérale des éléments essentiels du contrat de la part de l'employeur. Il en résulte que la modification des clauses non substantielles du contrat de travail relève du pouvoir de direction, découlant de la subordination acceptée contractuellement par le travailleur. Même s'il est délicat de la mettre en œuvre, cette distinction entre modification des clauses substantielles et modification des clauses non substantielles du contrat ⁽¹⁾ se justifie par le souci de limiter l'étendue du pouvoir de direction de l'employeur : celui-ci n'est libre de l'exercer que dans la mesure où cela ne porte pas atteinte à ses engagements contractuels.

Mais la modification du contrat peut aussi résulter de l'application du droit disciplinaire dans l'entreprise. Il en est ainsi, notamment, de la rétrogradation ou de la mutation décidée par l'employeur pour sanctionner des fautes commises par le travailleur lors de l'exécution de sa prestation de travail. Les solutions admises pour l'exercice du pouvoir de direction sont-elles, alors, applicables en matière disciplinaire ? Sur ce point, force est de constater qu'il existe une antinomie entre le caractère unilatéral de la décision disciplinaire et la recherche d'un accord du salarié sur la sanction envisagée.

En tout état de cause, le contrat de travail se caractérise par cette antinomie latente entre le lien de subordination et la force obligatoire du contrat ⁽ⁱⁱ⁾. Aussi, il convient de distinguer les modifications unilatérales du contrat de travail qui relèvent de l'exercice normal des pouvoirs de l'employeur (I) de celles qui nécessitent l'accord préalable du travailleur (II).

I – Modification unilatérale du contrat de travail et pouvoirs de l'employeur

En application de l'article 106 du Code civil ⁽ⁱⁱⁱ⁾, le contrat de travail ne peut, en principe, être modifié que par consentement mutuel de l'employeur et du travailleur. Pourtant, il n'en a pas été toujours ainsi en Droit positif algérien.

En effet, le Droit du travail algérien a, d'abord, obéi à une logique institutionnelle ne laissant aucune place à l'autonomie de la volonté du travailleur en matière de révision du contrat de travail. Ensuite, la logique contractuelle a été consacrée par la loi n° 90-11 du 21-04-1990 ^(iv) qui a confirmé, en son article 63, la règle posée par l'article 106 du code civil précité.

A - L'absence totale de consensualisme dans le cadre de la législation antérieure à la loi 90-11 du 21-04-1990

Sous l'empire du Statut Général du Travailleur (SGT) et du décret 22/302 du 11-09-1982 ^(v), l'organisme employeur pouvait modifier unilatéralement le contrat de travail dans le cadre de l'organisation de son activité ou dans le cas où les besoins du service l'exigeaient. C'est le cas, notamment, de la mutation du travailleur à un autre poste de travail ou de sa rétrogradation à un poste inférieur à celui qu'il occupait auparavant ^(vi). Nonobstant le détournement de pouvoir (sanction déguisée) ou de procédure (non respect des procédures légales et réglementaires), le chef d'entreprise avait toute latitude pour modifier la relation de travail en recourant à l'idée de nécessité de service ou d'intérêt général, le travailleur étant tenu d'accepter une telle mesure unilatérale.

Certes, celle-ci ne doit pas, dans la mesure du possible, porter atteinte à l'équilibre du contrat initialement conclu. Ainsi, l'employeur est tenu d'affecter le travailleur qui a fait l'objet d'une mutation, à un poste correspondant à sa qualification. De même, s'il s'agit d'une rétrogradation pour insuffisance professionnelle, elle ne peut être décidée par l'employeur qu'en cas d'impossibilité d'assurer au travailleur une formation professionnelle qui aurait permis d'adapter son niveau de qualification aux exigences du poste de travail occupé. Mais toutes ces dispositions de la loi ^(vii) visant à protéger le travailleur contre ces modifications unilatérales du contrat ne sont pas efficaces dans la mesure où l'employeur pourra toujours invoquer l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'assurer au travailleur une formation professionnelle ou à lui proposer un poste de travail équivalent à celui qu'il occupait précédemment.

En tout état de cause, le pouvoir de direction tel qu'il est consacré par l'article 22 du décret 82/ 302, permettait au chef d'entreprise de modifier des éléments essentiels du contrat de travail comme le poste ou le lieu de travail sans recueillir le consentement du travailleur à moins que celui-ci n'invoque un détournement de pouvoir dont la preuve est souvent délicate à rapporter.

B - Pouvoir de direction de l'employeur et modification non substantielle du contrat de travail dans le cadre de la loi 90/ 11 du 21-04-1990

La loi 90/ 11 a consacré une conception contractuelle des rapports de travail au dépens de la conception institutionnelle qui ne laissait aucune place à l'expression d'une volonté autonome du travailleur, notamment en matière de modification du contrat de travail. Aux termes de l'article 63 de la loi 90/ 11, celle-ci ne peut avoir lieu que par la volonté commune du travailleur et de l'employeur.

En application de cet article, la jurisprudence ne considère plus la nécessité de service comme condition suffisante pour justifier une mesure unilatérale par laquelle l'employeur pouvait modifier le contrat de travail. Certes, l'employeur est en droit de prendre des mesures qu'il estime nécessaires ou utiles pour son entreprise dans le cadre de son pouvoir de direction, mais ces mesures ne doivent pas porter atteinte à ce qui, du point de vue du travailleur, a été fondamental dans la conclusion du contrat ^(viii). Seule toute mesure sans incidence sur l'une des clauses substantielles du contrat de travail peut être décidée par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction et d'organisation et ne nécessite pas, pour être régulière, l'accord du salarié.

1 - La notion de modification non substantielle du contrat de travail

La distinction entre modification substantielle et modification non substantielle du contrat de travail n'est pas aisée à établir ^(ix). Il appartient au juge d'apprécier objectivement si une mesure modifierait le contrat ou s'il ne s'agissait que d'un changement des conditions de travail qui s'impose au salarié.

Mais comment expliquer le droit reconnu à l'employeur de procéder à des modifications des conditions de travail sans le consentement du travailleur ? L'explication vient du fait que certaines modifications des conditions de travail ne constituent pas, en réalité, des modifications du contrat de travail, mais la simple application de celui-ci. En se plaçant sous la subordination de l'employeur, le salarié a, par avance, consenti à la fixation unilatérale par l'employeur des modalités d'exécution du travail. S'il refuse les modifications apportées aux conditions d'exécution du travail par l'employeur exerçant son pouvoir d'organisation et de direction (articles 7-1 et 3) ^(x), il manque à ses obligations contractuelles.

Ainsi, le licenciement est justifié lorsque le salarié refuse une mutation ou un changement de poste de travail n'ayant aucune incidence sur l'une des clauses essentielles du contrat de travail ^(xi). En réalité, la modification unilatérale des conditions de travail par l'employeur ne porte pas, alors, atteinte au principe de la force obligatoire des contrats puisqu'elle n'est que la conséquence du rapport de subordination dans lequel le travailleur s'est volontairement placé. On peut d'ailleurs remarquer, à juste titre, que le travailleur ne dispose, quant à lui, d'aucun droit de modification unilatéral des clauses secondaires du contrat. Ce qui prouve que le droit de modification de celles-ci ainsi reconnu au seul employeur, dérive directement de son pouvoir de direction.

2 - Conséquences du refus par le travailleur des modifications non substantielles du contrat de travail

Le refus du travailleur de poursuivre la relation de travail aux conditions nouvelles décidées par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, constitue un manquement à ses obligations contractuelles. L'employeur a, ainsi, la faculté d'user de son pouvoir disciplinaire en procédant au licenciement du travailleur. Le comportement du salarié, qui s'analyse comme un refus d'exécuter les instructions du chef d'entreprise est, en principe, constitutif d'une faute grave entraînant son licenciement sans indemnités ni préavis (article 73 de la loi 90/ 11).

Cependant, ce principe n'est pas absolu, car la faute grave doit s'apprécier de façon subjective en tenant compte, d'une part de la validité du refus opposé par le salarié à l'exécution des instructions liées à ses obligations professionnelles (article 73 de la loi 90/ 11 al. 3), et d'autre part, de certains critères posés par l'article 73/ 1 dans la détermination et la qualification de la faute grave commise par le travailleur ^(xii).

Le refus par le salarié d'accepter, par exemple, un changement de ses horaires de travail, ordonné par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, peut être légitime lorsque ce changement est incompatible avec des obligations familiales impérieuses ^(xiii). L'ancienneté du salarié dans l'entreprise peut aussi atténuer la gravité du manquement aux obligations contractuelles. La gravité du manquement à l'exécution du contrat s'apprécie donc en considération de la personne. Ainsi, si l'existence de certaines circonstances atténuantes peut écarter la faute grave, le licenciement en raison du refus d'un changement des conditions de travail peut, en revanche, être justifié : le

salarié ouvre alors droit à des indemnités de rupture. En effet, légalement le licenciement, en dehors de la faute grave, est possible, mais les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas fixées par la loi (article 73/5 de la loi 90/11).

Mais peut-on dire que les impératifs de la vie personnelle ou l'état de nécessité peuvent neutraliser la faute ? En l'état actuel des choses, l'impératif personnel ne l'emporte pas sur l'intérêt de l'entreprise ou le respect du contrat. Il ne fait, tout au plus, qu'atténuer la gravité de la faute. Mais il y a bien manquement au contrat que d'en refuser l'exécution. L'impératif personnel pourrait justifier seulement le versement de l'indemnité de licenciement^(xiv).

A l'instar des modifications non substantielles du contrat de travail, l'accord préalable du salarié n'est pas requis lorsqu'une sanction disciplinaire a pour effet de modifier substantiellement le contrat de travail.

C / Sanctions disciplinaires et modifications substantielles du contrat de travail

La loi 90/11, en son article 77/2 al. 2, permet au chef d'entreprise de prendre, dans la cadre du règlement intérieur, des sanctions contre les salariés à qui il reproche des fautes dans l'exécution de leur prestation de travail. Cela paraît incompatible avec la recherche d'un consentement mutuel du salarié à la sanction prononcée par l'employeur lorsque celle-ci a pour effet de modifier le contrat de travail.

1- Le caractère unilatéral des sanctions disciplinaires

Si l'on se réfère à l'article 63 de la loi 90/11, on peut s'interroger sur le caractère intangible des éléments qui forment le contrat auxquels se heurteraient le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de direction de l'employeur. Faut-il privilégier le respect par l'employeur des stipulations du contrat au dépens de la faculté qui lui est accordée, par ailleurs, par la loi, de sanctionner le salarié fautif ? En réalité, il convient de distinguer le pouvoir de direction du pouvoir disciplinaire qui relèvent, certes, tous deux de l'autorité du chef d'entreprise, mais ils n'en demeurent pas moins profondément différents par leur nature. Si, comme on l'a vu, il convient, pour l'exercice du pouvoir de direction, de déterminer la place respective du pouvoir de l'employeur et du contrat conclu par les parties, il en va autrement en matière disciplinaire.

Le chef d'entreprise est habilité à exercer son pouvoir de sanctionner lorsque le salarié a enfreint ou méconnu les instructions que celui-ci pourrait lui donner dans le cadre de son pouvoir de direction et dans les limites que lui assignait le contrat souscrit. Ce pouvoir de sanctionner reconnu par la loi au chef d'entreprise, se caractérise par son essence répressive. De ce fait, le salarié n'a pas à accepter ou refuser ce pouvoir puisqu'il y est soumis. Il ne peut que le subir. Lorsque la faute du travailleur est consommée, il ne reste plus à l'employeur qu'à la sanctionner, s'il le juge opportun, sans que les stipulations du contrat puissent y faire obstacle.

Ainsi, la sanction disciplinaire est, avant tout, une mesure unilatérale décidée par l'employeur. Elle s'impose donc au salarié. Certes, ce pouvoir de sanctionner n'est pas sans limites. Mais ces limites sont à rechercher non pas dans les stipulations contractuelles, mais dans la réglementation légale de ce pouvoir. En effet l'article 77 al. 2 impose à l'employeur de fixer dans le règlement intérieur "*la qualification des fautes professionnelles, les degrés des sanctions correspondants et les procédures de mise en œuvre*". Celles-ci ne sont explicitées par la loi qu'en cas de licenciement à caractère disciplinaire. Mais la lecture d'un certain nombre de règlements intérieurs fait ressortir que l'employeur doit aussi respecter une procédure disciplinaire pour sanctionner les fautes d'une certaine gravité, notamment celles qui entraînent des modifications substantielles du contrat de travail (rétrogradation, mutation, mise à pied). Cette

procédure comporte le respect du principe du contradictoire puisque la sanction doit être précédée d'un entretien avec le salarié qui a la possibilité de se faire assister par un collègue de travail (^{xv}). A cette occasion, l'employeur doit informer le travailleur du motif de la sanction et écouter ses explications. Mais tout cela ne change rien au caractère unilatéral de la décision disciplinaire. De même, la possibilité ouverte au salarié de contester judiciairement la sanction n'empêche pas celle-ci d'être exécutoire sans l'accord préalable du salarié qui en est l'objet.

2 - Les effets du refus par le salarié d'une modification substantielle prononcée à titre disciplinaire

Les conséquences du refus de se soumettre à une modification du contrat de travail prononcée à titre disciplinaire, sont plus lourdes pour le salarié qu'en l'absence de faute. Son refus ne peut être assimilé à une volonté de démissionner, mais il sera constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement lorsque la sanction initialement prononcée n'est ni injustifiée ni disproportionnée. Il peut même s'agir d'une faute suffisamment grave pour justifier le licenciement sans indemnités du salarié.

Cependant, le salarié peut refuser une sanction entraînant une modification du contrat si une telle sanction est disproportionnée ou injustifiée. Au jour du prononcé de la sanction, on ne sait pas si elle est justifiée ou pas, disproportionnée ou pas. Il appartient au juge d'apprécier *in concreto* au regard du règlement intérieur.

Le refus en tant que tel, n'est pas un droit reconnu au salarié lorsque la sanction a pour effet de modifier le contrat. Il n'est légitime que si la sanction est injustifiée ou disproportionnée.

A l'occasion d'une rétrogradation ou d'une mutation prononcée à titre disciplinaire, deux hypothèses peuvent se présenter :

Première hypothèse : Le salarié refuse d'exécuter ses nouvelles tâches.

Suite à ce refus, l'employeur peut, alors, prendre une décision de licenciement sans indemnités, en invoquant la faute grave du salarié dont s'est rendu coupable ce dernier en refusant d'exécuter les instructions du chef d'entreprise. Le juge saisi doit apprécier, en fonction des éléments et arguments qui lui sont présentés par les deux parties, si la sanction était justifiée ou pas, disproportionnée ou pas. Cette appréciation devrait permettre de savoir si le salarié n'était pas en droit de refuser la mesure initiale ou si, au contraire, elle était abusive.

Deuxième hypothèse : Si le travailleur accepte d'exécuter ses nouvelles tâches tout en introduisant un recours contentieux devant le tribunal siégeant en matière sociale, le fait de rejoindre le nouveau poste de travail ne vaut pas acceptation de la part du salarié.

Mais si la modification unilatérale du contrat de travail est possible lorsqu'elle ne porte que sur ses éléments secondaires, ou lorsqu'une faute est reprochée au salarié, l'accord préalable de celui-ci est requis pour les autres cas de modifications bien que ce consentement peut faire illusion en raison du rapport inégalitaire existant entre employeur et travailleur.

II – Modification consensuelle du contrat de travail et pouvoir de l'employeur

A – La notion de modification substantielle du contrat de travail

Le salarié est en droit de refuser la modification de son contrat. Mais, d'une part, des incertitudes peuvent être relevées dans la détermination des éléments essentiels du contrat de travail et, d'autre part, la hantise de la perte de l'emploi peut rendre douteux le consentement du salarié à une modification substantielle de son contrat.

1 / Les incertitudes dans la détermination des éléments essentiels du contrat de travail

La jurisprudence tente d'établir une distinction cohérente entre ce qui relève du contrat dont la modification suppose l'accord du salarié, et ce qui relève du pouvoir de direction, c'est-à-dire tout changement dans les conditions d'exécution du travail imposé au salarié ^(xvi). Cette approche objective des situations semble écarter la recherche de l'intention des parties lors de la conclusion du contrat ou en cours d'exécution. En effet, la qualification de la mesure dépend exclusivement de la nature de l'élément qu'elle affecte. Si celui-ci est compris dans le champ contractuel, il s'agit d'une modification substantielle du contrat de travail ; si, au contraire, il est extérieur au contrat, il s'agit d'un simple changement des conditions de travail.

Cependant, l'imprécision du contenu du contrat de travail et sa modulabilité sont souvent des facteurs d'interférence entre les domaines respectifs du pouvoir et du contrat. Dès lors, à défaut d'un contrat de travail écrit, comment déterminer les éléments essentiels qui ont donné lieu à un accord à l'exclusion des autres ?

De même, si le contrat est écrit, l'acceptation du salarié est-elle requise quel que soit l'élément contractuel modifié, ou doit-on tenir compte de son caractère essentiel ou non ?

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

Ceux-ci participent de l'essence du contrat de travail : la rémunération, les fonctions, le lieu de travail et le temps de travail. A ceux-ci peuvent s'ajouter d'autres éléments essentiels de par la volonté des parties, c'est-à-dire qui font l'objet d'une clause spécifique leur conférant sans équivoque cette qualité.

Cependant, tout droit ou obligation du salarié peut, selon les circonstances, être considéré comme un élément essentiel du contrat ou comme simple condition de travail.

Ainsi, la rémunération est présentée comme un élément essentiel du contrat de travail. Mais elle peut être fixée au SNMG ou résulter exclusivement de la convention collective ou d'un accord collectif, ou encore d'un engagement unilatéral de l'employeur. De même, en cas de difficultés économiques de l'entreprise, le salarié peut se voir imposer une réduction de sa rémunération résultant de son emploi à temps partiel sans qu'il y ait modification du contrat ^(xvii). La rémunération n'est donc pas un élément contractuel par nature.

De la même façon, le lieu de travail est ou n'est pas un élément essentiel du contrat de travail selon qu'il a fait l'objet ou non d'une clause de mobilité, à condition que celle-ci n'entraîne pas un changement de qualification ou une réduction de sa rémunération.

L'horaire de travail n'est pas, en principe, un élément du contrat de travail. Cependant, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit constitue une modification du contrat et non pas un simple changement des conditions de travail.

Enfin, les mêmes remarques peuvent être formulées à propos des attributions du salarié. Il n'y aurait modification qu'en cas de modification de la position hiérarchique ou de rétrogradation.

Cependant, ces incertitudes dans la détermination des éléments essentiels du contrat de travail n'ont de raison d'être qu'autant que celui-ci ne contient de clauses précises relatives à la rémunération, au lieu de travail, aux attributions du salarié, à la durée et à l'aménagement du temps de travail.

Ainsi, lorsque le contrat détermine dans les différents domaines les obligations et les droits du salarié, l'employeur ne peut pas modifier unilatéralement les règles contractuelles.

Cependant, il faut bien convenir que la règle selon laquelle toute modification substantielle du contrat suppose l'accord non équivoque du salarié est, en réalité, illusoire en raison du rapport d'inégalité existant entre le salarié et l'employeur.

2 – Les limites du consensualisme en matière de modification substantielle du contrat de travail

Il est, pour le moins, illusoire de voir dans le contrat de travail « *un bloc de stabilité qui protège l'emploi salarié* »^(xviii) quand on mesure l'inégalité des parties lors de sa conclusion. Hormis quelques cas exceptionnels, c'est l'employeur et non le salarié, qui décide de l'insertion de toutes sortes de clauses dans le contrat de travail.

Ainsi, pour éviter d'être lié par les clauses contractuelles qui l'empêcheraient de modifier les conditions initiales du contrat, l'employeur intègre dans celui-ci des clauses de mobilité. Cette mobilité peut être géographique ou professionnelle, le salarié acceptant, par avance, de travailler dans un établissement autre que celui prévu initialement dans le contrat ou de changer de fonction à condition que sa rémunération ne soit pas diminuée. Le salarié ne peut, de la sorte, s'opposer à cette mutation, car un refus de sa part entraînerait un licenciement justifié.

Toutes les clauses sont présentées comme indispensables pour le bon fonctionnement de l'entreprise et répondent à l'intérêt de celle-ci. Cet intérêt lui commande de s'adapter aux exigences du marché et d'être toujours performante. Ce qui a pour effet d'exposer les salariés à des changements fréquents et souvent importants. L'exécution de ces clauses ne porte pas atteinte à la force obligatoire du contrat puisque, justement, ces clauses de mobilité sont des clauses contractuelles. Les cas de recours à la théorie de l'abus de droit ou à la nullité des conditions potestatives pour autoriser les salariés à refuser les changements que l'employeur entend imposer par application d'une clause de mobilité, sont assez rares^(xix). En définitive, dans la majorité des cas, les salariés sont obligés d'accepter une mutation dans un lieu éloigné ou une modification de leurs attributions.

Par ailleurs, dans la mesure où ces clauses de variabilité ne sont pas toujours efficaces, les employeurs préfèrent ne pas donner trop de précision dans le contrat. Ils prennent la précaution d'accorder des augmentations de salaires ou des primes en recourant à un engagement unilatéral. Celui-ci peut être librement dénoncé par l'employeur qui sera, après un délai de prévenance, complètement libre des obligations qu'il avait pu prendre. N'ayant pas à solliciter l'accord des salariés pour supprimer des avantages qu'il avait accordés mais qui peuvent désormais lui sembler trop lourds en raison de la conjoncture économique.

Enfin, dans la réalité, on peut mesurer les limites du consensualisme. Dans le cas des modifications substantielles du contrat de travail proposées par l'employeur, le refus du salarié se traduit le plus souvent par la rupture du contrat. A l'évidence, la volonté initiale de l'employeur n'était pas une volonté de rupture, mais souvent la menace de rupture se profile derrière la modification du contrat émanant de l'employeur. Comme, souvent, le salarié tient à être maintenu dans son emploi, d'autant plus qu'il a moins de chances de trouver un autre emploi dans une conjoncture difficile, il accepte les

modifications proposées par l'employeur. En réalité, la modification du contrat, même acceptée par le salarié, est souvent une modification imposée unilatéralement par l'employeur. De la sorte, la révision du contrat par accord de volonté des deux parties, risque d'être une illusion recouvrant le pouvoir de l'employeur d'imposer ses conditions.

C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de faire peser sur l'employeur qui menace le salarié de la rupture du contrat en cas de refus par celui-ci des nouvelles conditions de travail, le risque d'avoir à supporter les mêmes charges qu'en cas de licenciement.

Pour cela, il convient d'examiner les conséquences du refus par le travailleur des modifications proposées par l'employeur.

– Les conséquences du refus par le travailleur des modifications substantielles du contrat de travail

En cas de refus du salarié d'accepter la proposition de modification du contrat, l'employeur dispos d'une option :

- Soit il maintient le contrat dans ses formes et conditions initiales. Il renonce ainsi à la proposition de modification en présence du refus du travailleur. Comme il peut, d'ailleurs, retirer son offre tant que le salarié n'a pas fait connaître son acceptation.

- Soit il prend la responsabilité de la rupture en procédant au licenciement du travailleur. Ce licenciement n'est pas disciplinaire puisque le refus du salarié est légitime et dès lors que la cause de la modification n'est pas elle-même disciplinaire.

Les indemnités de licenciement sont dues, ainsi que le préavis qui doit être exécuté selon les conditions initiales. Pour avoir droit à l'indemnité de préavis, le travailleur doit avoir été empêché par l'employeur de poursuivre l'exécution du contrat aux conditions initiales. Le droit du salarié à l'indemnité de licenciement dépend également de l'imputabilité de la rupture. Si l'employeur a voulu imposer des modifications substantielles du contrat qui ont été refusées par le salarié, ce dernier a droit à l'indemnité de licenciement puisque la rupture est imputable à l'employeur.

Le licenciement comme alternative au maintien du contrat dans son état initial n'est fondé que si le motif de la proposition de modification est lui-même justifié par une cause réelle et sérieuse telle que l'utilité, pour le bon fonctionnement de l'entreprise, des modifications proposées au salarié. Dans ce cas, le salarié n'obtiendra pas une indemnité de rupture abusive.

Mais si le travailleur a la possibilité de refuser une modification substantielle du contrat de travail comme le lui permettent l'article 106 du Code civil et l'article 63 de la loi 90-11, peut-il s'opposer à l'application d'une sanction disciplinaire entraînant une telle modification ?

– L'exception d'inapplicabilité des règles contractuelles en matière disciplinaire

En France, la jurisprudence se fonde sur l'article 1134 du Code civil pour décider qu'une sanction disciplinaire modifiant le contrat de travail ne peut être imposée au salarié. En Algérie, la jurisprudence consacre l'autonomie du droit disciplinaire par rapport au droit contractuel.

En effet, en permettant à l'employeur de prendre, dans le cadre du règlement intérieur, des sanctions pouvant affecter la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, la loi a autorisé, en quelque sorte, une cause de modification ou de rupture du contrat par la volonté unilatérale de l'employeur. Cela constitue une exception légale au principe exigeant le consentement mutuel des parties

pour la modification ou la rupture de leur contrat. Il n'y a donc pas de raison de faire prévaloir la logique contractuelle sur la logique disciplinaire lorsqu'il s'agit de certaines sanctions considérées comme portant seules atteinte à l'accord contractuel. D'ailleurs, même en admettant cette distinction entre sanctions en fonction de leurs incidences sur le contrat, la logique contractuelle aurait normalement conduit à considérer les sanctions violant les engagements contractuels comme nulles. Ce qui a pour effet de rendre inopposable la sanction au salarié qui l'a refusée sans qu'il ait besoin d'en demander l'annulation par le tribunal siégeant en matière sociale.

En réalité, l'exercice du pouvoir disciplinaire ne saurait en aucun cas interférer avec les dispositions du contrat. La force obligatoire du contrat ne saurait donc faire obstacle à l'exercice du pouvoir disciplinaire. L'employeur tient la prérogative de prendre les sanctions de la loi. On imagine mal comment il n'aurait pas le pouvoir de les infliger.

Conclusion

En définitive, il est toujours difficile de construire une théorie juridique séparant ce qui relève des pouvoirs de l'employeur de ce qui est du domaine du contrat. Les litiges particuliers s'accommodent mal des distinctions théoriques. Comme on vient de le voir, dans un litige, tel élément essentiel du contrat de travail requérant pour sa modification l'accord préalable du travailleur, peut ne pas l'être dans un autre cas d'espèce. En matière disciplinaire, si on ne peut pas faire de distinction entre les sanctions selon leur incidence plus ou moins grave sur le contrat de travail, il faudrait peut-être limiter la durée de la rétrogradation ou de la mutation, car il faut bien convenir que de telles sanctions prononcées pour une durée illimitée sont une atteinte flagrante et définitive au contrat initialement conclu par les parties. Le salarié devrait pouvoir réintégrer son poste de travail d'origine après avoir purgé sa "peine".

Notes

1. P. Naquet, "La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail", RJS, 12-1996, pp 791 et ss.
2. A. Surlot, *Critique du droit du travail*, Ed. Quartrige PUF, 2002, p 125.
3. Ordonnance n° 75-78 du 26-09-1975, J.O n° 78.
4. JORA n° 17 du 25-04-1990.
5. Loi n° 78-12 du 05-08-1978 et décret du 11-09-1982, J.O n° 37.
6. Article 22 du décret du 11-09-1982 précité.
7. Articles 20 et 21 du décret du 11-09-1982 précité.
8. M. Chorfi, *Revue judiciaire de la Cour suprême*, N° spécial n° 02, 1997, pp 65 et ss.
9. J. Pelissier, "Difficulté et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail", *Mélanges P. Couvrat*, PUF, 2001, p 101.
10. Loi 90-11 du 21-04-1990.
11. Cour suprême, arrêt du 20-12-1997, dossier n° 115129, *Revue Judiciaire*, n° spécial n° 2, 1997, p 164.
12. Article 73-1 : «... L'employeur devra tenir compte, notamment des circonstances dans lesquelles la faute s'est produite, de son étendue et du degré de gravité, du préjudice causé ainsi que de la conduite que le travailleur adoptait jusqu'à la date de sa faute envers le patrimoine de son organisme employeur.»

13. A. Mazeaud, *Droit du travail*, Précis Donnat, pp 363 et ss, 2003.
 14. A. Mazeaud, op. cit. pp 363 et ss.
 15. Article 73-2 al. 2.
 16. Chambre sociale de la Cour de cassation française, 10-07-1996. RJS 8-9-1996, n° 900.
 17. Décret législatif n° 94-09 du 24-05-1994, art. 7 et 8.
 18. P. Wagner, op. cit.
 19. J. Péliissier, op. cit. p. 106.
-

