

15
16
17

JUIN

RIUESS

- XI^e RENCONTRES du RIUESS -
Réseau inter-universitaire de
l'économie sociale et solidaire

POITIERS
Faculté de Droit et des Sciences sociales
Faculté de Sciences économiques

L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE ET LE TRAVAIL

**Le sens du travail dans l'économie
sociale et solidaire
- approche juridique -**

Odile Levannier-Gouël
Maître de conférences en droit privé,
Université de Poitiers Institut de droit social et sanitaire

<http://www.riuess.org/>



Odile Levannier-Gouël

Maître de conférences en droit privé, Université de Poitiers
Institut de droit social et sanitaire

Le sens du travail dans l'économie sociale et solidaire
– approche juridique-

Voilà un concept « le sens du travail » étranger au juriste, lequel laisse l'objet de cette réflexion à d'autres disciplines, telles que la philosophie¹, la psychologie² ou la sociologie³, notamment.

Il faut d'abord s'entendre sur la signification donnée au concept. A cette fin, nous précisons la définition que nous retiendrons des mots qui le composent.

Le sens tout d'abord. Le sens est lui même un mot à multiples définitions⁴. Il permet de désigner la « fonction psychophysiologique » par laquelle un organisme reçoit des informations sur certains éléments du milieu extérieur de nature physique ; on évoque là les sens tels que l'ouïe ou l'odorat. Le mot sens – synonyme de définition- indique aussi la signification, l'idée ou ensemble intelligible d'idées que représente un signe ou un ensemble de signes ; ou plus simplement ce qu'un mot, une chose signifie. Le sens permet aussi de désigner le sens de la direction. Il peut enfin désigner la raison d'être, la finalité, ce qui explique ou justifie⁵.

Une première observation s'impose : le sens n'est pas une notion juridique. Son absence des dictionnaires juridiques en témoigne⁶.

Le travail est historiquement envisagé comme une activité supposant un effort d'ordre manuel ou intellectuel visant à la production ; rappelons que le tripalium, instrument de torture, est à l'origine du mot.

En droit du travail, la doctrine s'est assez peu intéressée à la définition du travail. Cette définition s'est en effet avérée longtemps inutile. Le travail salarié objet du droit du travail se caractérisant par un travail subordonné ; c'est la notion de subordination juridique⁷ qui a et

¹ En particulier, le célèbre ouvrage d'André Gorz, Métamorphoses du travail, Quête du sens, Galilée, 1988 ; D. Méda, Le travail, une valeur en voie de disparition, Aubier, 1995 ; Le travail, Que sais-je ?, Puf, 2004.

² En psychologie et ou management, en France : O. Vassal, Crise du sens, Défis du management, Paris village mondiale, 2005 ; D. Autissier, F. Wacheux, Manager par le sens : les clés de l'implication au travail, Paris, Eyrolles, 2006, T. Wellhof, Les valeurs : donner du sens, guider la communication, construire la réputation, Eyrolles, 2009 ; des études au Québec : not. Estelle Morin, Donner un sens au travail, 2006, HEC Montréal, Service de l'enseignement du management ; E. Morin et Ch. Gagné, Donner un sens au travail, rapport IRSST, 2009. le célèbre ouvrage d'André Gorz, Métamorphoses du travail, Quête du sens, Galilée, 1988.

³ B. Delay, La place et le sens du travail – une approche comparative entre jeunes et âgés, http://www.cee-recherche.fr/fr/sprew/art_%20tempos_jeunes_%20seniors_07_06.pdf ; F. Flipo, Valeur du travail , sens du travail, Paris, Albin Michel, 2008 ; G. Friedmann, Le travail en miettes, Gallimard, coll. Idées 1964.

⁴ Il est utilisé dans de nombreuses expressions courantes : « cela tombe sous le sens » se dit d'une chose claire et évidente, bon sens : capacité de juger raisonnablement, sens commun, etc.

⁵ L'ensemble de ces définitions sont proposées par le dictionnaire Larousse illustré.

⁶ V., notamment, G. Cornu, Vocabulaire juridique, 2007, 8^e éd., PUF.

⁷ La subordination juridique est définie par la Cour de cassation comme 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 le cas échéant de sanctionner leur non-respect, Cass. soc. 13 nov. 1996, Bull. civ., V, n° 386.

cristallise encore l'attention. L'essentiel ne réside pas dans l'objet ou la nature du travail. Ce que confirme la définition récemment donnée par la Cour de cassation de la prestation de travail à l'occasion de litiges portant sur le point de savoir si la participation à des émissions de « télé-réalité » pouvait être regardée comme une activité salariée. Selon les juges constitue une prestation de travail soumise au droit du travail « *l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, dès lors qu'elle est exécutée, non à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique* »⁸.

La question du sens qu'il faut donner au travail conduit certains auteurs à écarter la notion de travail lorsqu'il est question d'activités bénévoles⁹. Cependant on remarquera que la Cour de cassation n'a pas hésité à employer le mot « travail » pour désigner leur activité¹⁰. Dans le cadre de notre recherche nous retiendrons une acceptation large du « travail » afin de n'exclure a priori aucune des raisons qui peuvent motiver l'activité.

Afin d'entamer une recherche sur le sens du travail, et en l'absence de définition juridique de ce dernier, le juriste doit donc interroger d'autres disciplines sur ce concept.

Le sens du travail évoque immédiatement les travaux des philosophes et en particulier ceux d'André Gorz réunis dans son ouvrage « Métamorphoses du travail, Quête du sens ». Pour l'auteur le sens du travail c'est le but. Il proposait de distinguer trois types de travail¹¹:

- le travail hétéronome ou à but économique c'est à dire le travail pour les autres contre de l'argent,

- le travail pour soi, pour ses propres besoins existentiels,

- l'activité « autonome » qu'on réalise comme une fin en elle même, sans nécessité.

Les questions de santé mentale voire de bien-être au travail amènent psychologues et managers à s'interroger sur ce qui donne du sens au travail et comment l'organiser pour à la fois préserver la santé des travailleurs et maintenir leur motivation et « leur efficacité ». « *Le travail est avant tout une activité par laquelle une personne s'insère dans le monde, exerce ses talents, se définit, actualise son potentiel et crée de la valeur qui lui donne, en retour, le sentiment d'accomplissement et d'efficacité personnelle, voire peut-être un sens à sa vie* »¹².

Estelle Morin propose trois définitions du sens du travail. Il s'agit d'abord de la signification ou encore de la valeur du travail aux yeux de l'intéressé ; il s'agit ensuite de l'orientation, de ce que recherche le travailleur et les desseins qui guident son action ; enfin le sens correspondrait à l'effet de cohérence entre le sujet et le travail qu'il accomplit, cohérence entre ses valeurs, ses attentes et son travail au quotidien¹³.

Il est donc question « de la signification du travail », de la raison pour laquelle on travaille, du pourquoi « en un mot » ? **Le pourquoi en un mot** désigne la ou les raisons qui motivent la décision de travailler, celle de s'engager dans telle ou telle relation de travail.

⁸ Communiqué publié par la Cour de cassation après l'arrêt « l'île de la tentation », Cass. soc. 3 juin 2009, Bull. civ., n° 141. On croit reconnaître pour partie la définition du travail au sens économique retenue par André Gorz, Métamorphoses du travail, Quête du sens, préc., p. 173.

⁹ J.-E Ray, Droit du travail, Droit vivant, 2010-2011, Ed. Liaisons, 19 éd., n°7, p. 12.

¹⁰ Cass. soc. 29 janv. 2002, Association La Croix Rouge, Bull. civ., V, n° 38, p. 35 ; J. Savatier, La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association, Droit soc. 2002, p. 494.

¹¹ A. Gorz, Métamorphoses du travail, Quête du sens, préc., p. 168 et s.

¹² E. Morin, Donner un sens au travail, préc., p. 5.

¹³ E. Morin, Donner un sens au travail, préc., p. 7.

Ce pourquoi en un mot ne doit pas être confondu avec le « **pour quoi** » en deux mots c'est-à-dire pour quoi faire ? Le « pour quoi » en deux mots désigne l'objet de la prestation de travail. Néanmoins on peut déjà deviner un lien entre les deux. Le pour quoi en deux mots peut constituer une réponse à la première question : en effet l'objet de la prestation de travail peut constituer une raison voire la raison première de son engagement à travailler.

On cherchera en vain dans les travaux des juristes une étude portant sur le sens du travail. Même les études portant sur la qualification juridique de la relation de travail (saliariat, travail indépendant, bénévolat, volontariat) ne font pas intervenir, au moins explicitement, le « sens » du travail, le « pourquoi » ou le « pour quoi » de l'engagement.

Une recherche juridique sur le sens du travail suppose donc un rapprochement avec des notions juridiques connues. On pense alors à celle de cause¹⁴ telle que la connaît la théorie de l'acte juridique, du contrat en particulier¹⁵. Elle permet de répondre à la question « pourquoi est-ce dû » ? « Cur debetur ? »¹⁶ Pour quelle raison j'ai contracté, le but que j'ai poursuivi ? Des auteurs définissent la cause comme l'intérêt retiré du contrat¹⁷, définition censée mieux correspondre aux évolutions doctrinales et jurisprudentielles.

A la question de savoir pourquoi une personne s'est engagée, le juriste apporte habituellement deux réponses¹⁸.

La première raison, la raison « immédiate », tient dans la contrepartie attendue de son propre engagement. Par exemple, une personne paie le prix d'un bien parce qu'en contrepartie elle en devient propriétaire. On constate alors que cette cause est la même, qu'elle est commune aux personnes qui contractent tel type de contrat. Illustrons à nouveau : la raison précédemment décrite est la même pour tout acheteur dans un contrat de vente. Il suffit d'analyser le contrat, son objet pour découvrir cette cause. Le vocabulaire utilisé pour la désigner est varié : il est question de cause objective, de cause abstraite ou encore de la cause de l'obligation. Elle se distingue et même s'oppose aux motifs, individuels et différents d'un contractant à un autre.

La seconde raison, la raison « plus lointaine », tient dans des motivations propres, personnelles à chaque contractant, étrangères ou non directement liées à la contrepartie qu'il tire de son engagement. Cette cause variera donc non seulement d'un contrat à l'autre mais d'un contractant à un autre. Par exemple, telle personne acquiert une maison parce qu'une mutation professionnelle l'oblige à déménager. Elle est désignée comme la cause subjective ou cause concrète, ou encore la cause du contrat. Elle implique un contrôle plus approfondi pour rechercher quels ont été les mobiles profonds qui ont amené chaque partie à contracter.

¹⁴ S'interroger sur la cause en droit du travail peut paraître anachronique alors que l'avenir même de cette dernière en droit des contrats est incertain. On s'interroge sur sa possible disparition compte tenu de l'absence de consensus dans les projets de réforme du droit des obligations et qu'elle est ignorée en droit européen. La Cour de cassation elle-même considère qu'il paraît discutable de maintenir le concept. La commission européenne se rallie également à ces propositions. Des auteurs sont moins convaincus de sa disparition en particulier parce que rien ne permet en l'état actuel des réflexions de dire que d'autres concepts plus utiles et plus justes seraient susceptibles de lui être substitué, v., par exemple, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, L'acte juridique, 14^e éd., n°253 et n°270.

¹⁵ En droit de la responsabilité, la cause (lien de causalité) peut aussi désigner le phénomène qui en engendre un autre (cause efficiente).

¹⁶ Tandis que l'objet permet de répondre à la question « Quid debetur ? »

¹⁷ M. Fabre-Magnan, Les obligations, puf, Thémis, 2004, n°141, p. 631 ; v. aussi, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Les obligations, L'acte juridique, Sirey, 14^e éd., 2010, n°262, p. 244.

¹⁸ V., not., la présentation par F. Terré, Philippe Simler, Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 10^e éd., n°333, p. 352.

Mais, compte tenu de la diversité des motifs, seule est retenue la cause déterminante, le motif sans lequel la conclusion du contrat n'aurait pas eu lieu (aussi appelée cause impulsive et déterminante¹⁹).

Quel est le rôle, quelles sont les fonctions de la cause dans le droit des obligations ? Précisons immédiatement que les deux manières d'envisager la cause ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles ont même chacune un domaine d'application naturel qu'on découvre à travers leurs fonctions.

Le rôle principal de la cause est de s'assurer de la validité du contrat²⁰. L'absence de cause, la fausse cause ou la cause illicite est sanctionnée par la nullité du contrat.

Un contrat sans cause, un contrat dans lequel une partie s'engage sans contrepartie, n'est pas valable. Pour des raisons de sécurité juridique, il faut entendre strictement cette cause ; on ne peut, en effet, remettre en cause un contrat au motif que la raison subjective du contractant s'avère fautive ou être fautive. La cause objective est donc celle qui permet de s'assurer de l'existence de la cause. Prenons encore un exemple : une personne qui acquiert un appartement dans le but d'y loger son fils pendant ses études ne pourra pas obtenir l'annulation de la vente pour cette raison que finalement son fils décide d'abandonner ses études. Par contre cette même vente pourra être annulée si le prix fixé ne correspond pas au prix réellement fixé (dessous-de-table).

Cependant le contrôle judiciaire de l'existence de la cause laisse entrevoir « une subjectivisation de la cause ». Dans plusieurs arrêts la Cour de cassation a pris en considération l'intérêt, l'utilité du contrat pour le cocontractant victime de l'inexécution du contrat. Elle accorde une place à l'appréciation concrète de l'utilité et de l'équilibre des obligations contractuelles donc à une certaine subjectivisation de la cause. La contrepartie est alors appréciée par référence à l'économie du contrat²¹. Ainsi elle a considéré que la société Chronopost ne pouvait opposer une clause limitative de responsabilité à son client alors qu'elle avait manqué à son obligation de livrer dans un délai déterminé²².

La cause subjective quant à elle est la seule de nature à s'assurer de la licéité de l'engagement. Ainsi, on pourra s'assurer que le contrat n'est pas conclu pour des raisons contraires à l'ordre public : l'achat d'un appartement pour y développer une plantation de cannabis par exemple.

On reconnaît à la cause d'autres fonctions. Elle sert aussi à l'opération de qualification du contrat²³. Pour certains auteurs, dans les contrats synallagmatiques la cause aurait également un rôle au stade de l'exécution du contrat²⁴.

¹⁹ V., par exemple, Cass. civ. 1^{er} 24 juin 1970, Bull. n° 223 (croyance d'une paternité cause déterminante d'une libéralité).

²⁰ Le code civil (art. 1108) fait de la cause une condition de validité du contrat. L'article 1131 du Code civil précise que « l'obligation sans cause ou sur fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ». La sanction est la nullité du contrat. Traditionnellement, nullité totale. Mais des décisions admettent une nullité seulement partielle réputant non écrite une clause au motif qu'elle prive l'un des cocontractants de la contrepartie nécessaire qu'il était en droit d'attendre (Cass. civ., 1^{er}, 11 déc. 1990, JCP 1991, II, 21656, note J. Bigot). Longtemps nullité absolue, il est admis aujourd'hui qu'elle puisse être relative (Cass. 1^{er} civ. 9 nov. 1999, D. 2000, note Cristau).

²¹ F. Terré, Philippe Simler, Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 10 éd., n°333, p. 342.

²² Cass. com. 22 octobre 1996, Bull., com., n°261.

²³ V., not., Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux, thèse Bordeaux, LGDJ 1969 ; F. Terré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Thèse Paris 1957, LGDJ.

²⁴ Elle expliquerait le mécanisme de l'exception d'inexécution, la résolution pour inexécution ou encore la théorie des risques.

On remarque d'ailleurs que dans la dernière approche de la cause, « *la contrepartie est appréciée au regard de l'exécution du contrat. Le juge n'apprécie plus seulement l'existence de la cause au moment de la formation du contrat mais aussi en se projetant dans l'avenir de l'exécution du contrat pour apprécier l'opération et sanctionner un contrat déséquilibré* »²⁵.

Pour conclure, on peut dire que le droit des contrats retient une conception dualiste de la cause. Elle désigne la contrepartie en considération de laquelle une obligation est assumée d'un côté ; elle désigne le motif déterminant qui a été à l'origine de la décision de contracter²⁶ de l'autre.

Interroger le juriste sur le sens du travail, c'est d'abord l'interroger **sur la cause ou la raison** de l'engagement du travailleur. Le travailleur sera ici entendu « largement » afin de n'exclure a priori aucun statut juridique de l'activité. Ce qui permettra de confronter le sens du travail selon que le travailleur est salarié, volontaire, bénévole, indépendant, etc. Interroger le juriste sur le sens du travail, c'est ensuite l'interroger sur la cause de l'engagement de l'entreprise ou plus largement du bénéficiaire de la prestation de travail, de celui pour qui le travail est effectué. Au sens large encore pour englober tous les statuts juridiques : société, association, mutuelles et toucher ainsi le secteur de l'économie sociale et solidaire.

Alors que la notion de cause occupe une place importante dans le « droit commun des contrats, que sa définition et même son rôle ont fait l'objet de discussions doctrinales célèbres entre causalistes et anti-causalistes²⁷, elle n'est pas étudiée en droit du travail. Elle est soit ignorée par les manuels de droit du travail, soit évoquée rapidement par les auteurs avec les autres conditions de formation du contrat ; illustration que la cause est rarement source de contentieux²⁸.

L'absence de réflexion sur le sujet suscite des interrogations : est-ce à dire que les raisons de l'engagement des personnes dans une relation de travail est ignorée du droit positif ? Peut-on au contraire découvrir que les juges et la doctrine s'appuient sans l'exprimer sur la cause de l'engagement des parties à la relation de travail ?

C'est donc d'abord à une recherche de la place occupée par la cause en droit du travail en général et dans le domaine de l'économie sociale et solidaire en particulier²⁹ qu'il faut se livrer et c'est au travers de cette recherche qu'on peut espérer découvrir le sens du travail.

²⁵ La position n'est pas partagée de manière unanime. Néanmoins des auteurs remarquent que l'évolution de la jurisprudence récente pourrait faire jouer à la cause un rôle au delà de la formation du contrat (affaire Chronopost). Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, Droit civil – Les obligations 12 éd. 2010, Sirey, n°893 et s., spéc. n°894.

²⁶ J. Flour, J.-L. Aubert, L'acte juridique, préc., n°270.

²⁷ Pour une présentation de ces controverses, v. not., E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, Dalloz 2004, p. 111 et s. ; elles subsistent aujourd'hui portant sur le rôle exact joué par la cause et sur son utilité. V., not. pour les discussions modernes, D. Mazeaud La cause, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz 2004 ; J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006 ; Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, D. 2008, 2607.

²⁸ Quelques rares et anciennes décisions : Cass. soc. 8 janv. 1964, D. 1964, 267 ; Droit soc. 1964, p. 578 ; CA de Paris 30 nov. 1948, JCP 1949, éd. G., II, 4871.

²⁹ Michel Borgetto a déjà souligné la pauvreté des liens entre le droit et le secteur de l'économie sociale et solidaire (M. Borgetto, l'économie sociale et solidaire : quelle place pour le droit ? in Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire, Ed. La découverte, 2006, p. 205 ; cette pauvreté est ici accentuée par la pauvreté de liens entre le droit du travail et le concept « sens du travail ».

On cherchera le sens et le rôle de l'engagement dans une relation de travail lors de la conclusion du contrat conformément aux rôles qui sont habituellement reconnus à la cause (I). Mais la relation de travail étant une relation faite pour durer, la raison de l'engagement peut être mis à mal en cours d'exécution du contrat. Nous chercherons si le sens du travail est pris en considération lors d'évènements tels que la modification du contrat, le transfert et s'il peut être la cause de la rupture du contrat de travail (II).

I – Le sens de l'engagement lors de la conclusion du contrat

Le sens du travail (le sens de l'engagement du travailleur et de la structure qui l'accueille) sera recherché à travers les fonctions qui pourraient être les siennes en posant le postulat que la cause remplit les mêmes fonctions qu'en droit des contrats en général.

La cause peut d'abord impacter la validité de l'engagement ; nous verrons que cette fonction est peu développée en droit du travail. Cependant ceci n'est pas dû à la notion de cause mais davantage à la place peu importante qu'occupe les questions de validité du contrat en droit du travail. On explique qu'en droit du travail il y a peu d'intérêt à invoquer la nullité du contrat de travail en raison de l'existence de la période d'essai qui permet aux parties de mettre un terme au contrat, en particulier en cas d'erreur sur l'objet ou la personne. Cette observation doit nous conduire à nous interroger sur la place éventuelle de la cause dans la rupture de la période d'essai d'un contrat de travail (A).

Au stade de la conclusion du contrat, la question qui cristallise les difficultés est celle de la qualification de la relation de travail. C'est une question qui intéresse tout particulièrement le secteur de l'économie sociale et solidaire compte tenu de la diversité des cadres juridiques dans lesquels s'inscrit l'activité des travailleurs. La question posée est souvent celle de savoir si les parties sont engagées dans une relation de travail subordonnée et rémunérée classique ou s'il s'agit de bénévolat, ou encore de volontariat ou encore une autre forme particulière d'engagement pour l'insertion. Quelle place tient la cause de l'engagement lors de cette opération de qualification ? Si une place lui est accordée, quel sens est retenu de cette cause ? S'agit-il de la cause purement objective ou une place est-elle faite aux motifs personnels de l'engagement ? (B)

A – Cause de l'engagement et formation du contrat

Comme tout contrat, pour être valable le contrat de travail doit avoir une cause et celle-ci doit être licite (1). Cependant, l'intérêt du sujet ne réside pas ou peu a priori dans la question du caractère licite ou immoral de la cause et sa sanction la nullité du contrat. Il s'agit plutôt de s'interroger sur les raisons multiples et a priori licites qui conduisent les parties à s'engager dans une relation de travail. Celles-ci sont certainement plus à l'œuvre dans le cadre de la procédure de recrutement (2) et lors de la rupture de la période d'essai (3).

1. Cause et validité du contrat

Comme tout engagement l'engagement des parties dans une relation de travail, quelque soient ses modalités, n'est valable que si cet engagement repose sur un objet et une cause licite (art. 1108 du Code civil).

Force est de constater cependant que la question de la cause est ignorée ou presque des principaux manuels de droit du travail³⁰ modernes. La question est traitée en une ligne par le précis dalloz en ces termes « *au surplus, le contrat peut être déclaré nul en raison du caractère illicite ou immoral de la cause du contrat* »³¹.

Les arrêts sont rares et en général anciens. Il y est le plus souvent question de nullité du contrat en présence d'une cause illicite, contraire à l'intérêt général³². On constate alors que la notion de cause correspond à la cause subjective. Ont ainsi été sanctionnés le contrat de travail conclu pour des travaux ménagers avec le tenancier d'une maison de tolérance³³ ou celui conclu pour le maintien de relations adultères entre le salarié et la chef d'entreprise³⁴.

Plus intéressant est l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 26 octobre 1976³⁵ : pour tenter de faire échec à une opération d'absorption de trois organismes de Crédit mutuel par deux autres, un contrat est conclu avec le directeur des trois organismes concernés prévoyant en cas de licenciement le versement à ce dernier d'une indemnité égale à huit fois son salaire annuel brut global. Le montant important des indemnités devait faire échec à la réorganisation. Le contrat a été annulé. La cause qui est ici prise en compte est une raison subjective, qui en l'occurrence était commune au salarié et à ses employeurs.

Cet exemple retient l'attention pour deux raisons : d'abord parce qu'il met en jeu des acteurs de l'économie sociale et solidaire ; ensuite parce qu'il met en évidence le possible fort engagement du travailleur envers son « entreprise ». La question qui mérite d'être posée est en effet de savoir si le choix d'un travailleur de s'engager au sein d'une structure de l'économie sociale et solidaire par préférence à une entreprise qui n'appartient pas à ce secteur peut avoir un impact sur son engagement dans la durée ; nous reviendrons ultérieurement sur cette question.

Plus anecdotique certainement est cette affaire dans laquelle une personne s'était engagée dans une relation de travail salariée après avoir vendu des terrains à une entreprise ; cette vente expliquait en partie au moins que l'employeur ait embauché cette personne. En outre le contrat de travail contenait une clause par laquelle l'employeur s'engageait au départ du salarié à embaucher le successeur qui ce salarié lui désignerait, en l'occurrence son fils. Un tel engagement a été jugé licite par la Cour de cassation³⁶. Là encore il est question du motif personnel et déterminant du consentement.

³⁰ On ne trouve pas de développements particuliers touchant les conditions de fond de formation du contrat dans les manuels suivants : J.-E. Ray, *Droit du travail, Droit vivant*, préc. ; A. Coeuret, B. Gauriau, Michel Miné, *Droit du travail*, Sirey, 2009, 2^e éd. ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrétien, 7^e éd., 2010.

³¹ J. Pélissier, G. Auzéo, E. Dockès, *Droit du travail*, 25^e éd., 2010, n°302, p. 352.

³² Cass. soc. 64 : contrat conclu pour des travaux de ménage avec le propriétaire d'une maison de tolérance ; 1979 : le contrat est conclu pour le maintien de relations adultères, une condition même ;

³³ Cass.soc. 8 janv.1964, Bull., civ., V, n° 25.

³⁴ Cass. soc. 4 octobre 1979, Bull., n° 680 ; des précédents jurisprudentiels, Cass. soc. 8 févr. 1972, Bull., n° 109.

³⁵ Cass.soc. 26 oct. 1976, 75-40338, Bull. Civ., n° 522.

³⁶ Cass. soc. 14 janvier 2004, n° 01-45894, Bull, civ., V, n°10.

A la marge, il faut citer les cas de nullité de contrats de travail conclus pendant la période dite suspecte lorsqu'une entreprise est déclarée en cessation des paiements. Selon l'ancien article L 621-107 du code de commerce, sont nuls les contrats commutatifs faits par le débiteur après la date de cessation des paiements lorsque les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie. Sur le fondement de ce texte les juges ont pu annuler des contrats de travail³⁷ ou des contrats de qualification³⁸ au motif que ces derniers étaient déséquilibrés au détriment du débiteur.

Evoquons cette affaire dans laquelle une société embauche par contrat à durée déterminée de deux ans un directeur de restaurant afin de tenter de redresser sa situation. Les juges du fond ont estimé les prestations respectives déséquilibrées. Dans son pourvoi le salarié reprochait aux juges de ne pas avoir recherché si l'engagement de la société employeur n'était pas une nécessité pour l'entreprise, de telles sortes que les prestations auraient été équilibrées. La Cour de cassation n'apportera malheureusement pas de réponse à cette remarque car elle laisse aux juges du fond le soin d'apprécier le déséquilibre des prestations.

De telles annulations reposent-elles sur l'idée que l'engagement du débiteur n'a pas de cause puisqu'il est relevé un déséquilibre notable ? C'est implicitement sur l'existence d'une cause que s'appuyait l'argument du salarié.

S'agit-il alors d'une absence de cause objective, d'un déséquilibre entre les prestations telles que dans un contrat synallagmatique il met en évidence l'absence de cause pour l'un des contractants ? Les juges ont annulé le contrat aux motifs que la charge salariale supportée par la société en situation largement obérée n'était pas en proportion de l'activité dispensée à son profit par le salarié. Plutôt que de disproportion il s'agirait plutôt de charge difficile à supporter au regard des moyens de l'entreprise.

Si la cause dont il est question ici est la cause objective – la contrepartie attendue-, on relèvera avec intérêt que pour apprécier celle-ci le juge fait entrer des considérations personnelles au débiteur tenant à sa capacité financière.

Ces exemples jurisprudentiels renseignent assez peu sur le sens du travail. On retiendra néanmoins que **le motif personnel et déterminant de l'engagement du travailleur peut justifier que soit créé à la charge d'un employeur des obligations spécifiques ; qu'elle peut même limiter sa liberté d'embaucher.**

2. Cause de l'engagement et règles de recrutement

S'il y a une étape pendant laquelle les raisons qui motivent l'embauche par l'employeur de tel ou tel salarié peuvent s'exprimer c'est assurément au cours de la procédure de recrutement. On peut donc rechercher si les règles applicables à la phase de recrutement laissent une place à la cause, à la raison pour laquelle on s'engage.

Très rapidement cependant on constate que la recherche est vaine. L'employeur dispose en effet d'une marge d'appréciation qui lui permet de choisir le candidat qui lui paraît avoir le meilleur profil pour occuper le poste. Les motifs qui le conduisent à exclure tel ou tel candidat, sauf s'ils sont discriminatoires, ne font pas l'objet d'un contrôle ; l'article L 1221-6 du Code du travail restreint seulement les informations que l'employeur est en droit de

³⁷ Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-42337, inédit ;

³⁸ Cass. soc. 29 oct. 2002, n° 00-45612, Bull., civ., n°325.

demander aux candidats en exigeant qu'elles aient pour finalité l'appréciation de la capacité à occuper l'emploi proposé ou les aptitudes professionnelles.

Un contrôle plus approfondi du choix du candidat paraît envisageable lorsque l'employeur est tenu par une priorité de réembauche. Dans le cas particulier où plusieurs ex-salariés d'une entreprise avaient fait valoir leur priorité de réembauche à la suite d'un licenciement économique, la Cour de cassation a précisé que l'employeur n'avait pas à suivre un ordre déterminé et pouvait choisir le collaborateur en fonction de l'intérêt de l'entreprise, sauf à communiquer au juge en cas de litige les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix³⁹. On dispose de très peu de contentieux à ce sujet. Dans un arrêt du 12 janvier 1999, la Cour de cassation a clairement indiqué que le contrôle du respect de la priorité de réembauche relevait de l'appréciation par les juges du fond, refusant donc d'exercer un contrôle⁴⁰.

3. Cause de l'engagement et rupture de la période d'essai

La période d'essai est définie comme une période d'exécution du contrat qui, se situant au début de celui-ci, permet à chacune des parties de s'assurer que le contrat leur convient ; l'article L 1221-20 du code du travail indique qu'elle permet à « *l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ».

Au cours de la période d'essai sont mises à l'épreuve les raisons de l'engagement, qu'il s'agisse de celles de l'employeur ou qu'il s'agisse de celles du salarié. Un ou plusieurs des motifs qui ont conduit l'une des parties à contracter peut s'avérer manquer ou ne pas correspondre à ses attentes ; l'absence de la cause ou sa non conformité aux prévisions peut donc être à l'origine de la rupture de la période d'essai.

Cependant il est bien difficile d'en apporter la preuve. Comme la procédure de recrutement, la rupture de la période d'essai échappe largement au contrôle du juge. Il est en effet possible aux parties de mettre un terme à la période d'essai sans apporter de justifications réelles et sérieuses. La seule exigence imposée aux parties est l'absence d'abus. Cependant sont jugées abusives des ruptures dont la motivation par l'employeur n'a aucun lien avec les qualités professionnelles et le travail du salarié⁴¹.

Ne s'agit-il pas justement de rupture pour des raisons qui sont étrangères à la cause de l'engagement ? Pour quelles raisons en effet un employeur embauche-t-il une personne plutôt qu'une autre si ce n'est en raison de ses compétences professionnelles et de la prestation de travail attendue de l'intéressé ? Cependant actuellement les juges n'opérant aucun contrôle que celui imposé par l'abus du droit de rompre la période d'essai, il n'est pas possible de s'appuyer sur la jurisprudence pour expliciter le sens du travail.

³⁹ Cass. soc. 2 déc. 1998, Bull. civ., V, n° 531.

⁴⁰ Cass. soc. 12 janvier 1999, n°96-43422, inédit.

⁴¹ Cass. soc. 20 nov. 2007, n°06-41-212, Bull., civ., V, n° 194.

On peut penser qu'à l'avenir les juges seront amenés à préciser les motivations qui ont un lien avec la personne et le travail du salarié par opposition à celles qui y sont étrangères, précisant ainsi peu à peu les raisons pour lesquelles une entreprise engage un travailleur⁴².

Du côté du salarié, la définition légale de la période d'essai paraît étroite et ne prendre aucunement en considération les raisons pour lesquelles le salarié s'est engagé et dont l'absence pourrait expliquer son départ de l'entreprise pendant la période d'essai.

La référence aux fonctions occupées renseigne, si on en doutait, sur le fait que la rémunération n'est pas l'unique raison de l'engagement du travailleur. Les fonctions sont également motif déterminant. Faut-il y voir une cause objective ou subjective ? Il semble qu'on peut en avoir deux approches selon la définition du contrat de travail que l'on retient.

Habituellement le contrat de travail est défini comme celui par lequel une personne s'engage à fournir une prestation de travail sous la subordination d'une autre et moyennant rémunération.

Dans cette définition, la cause objective de l'engagement du salarié paraît principalement résider dans la rémunération. Le sens de son travail serait exclusivement le but économique.

Si la rémunération explique l'engagement d'un salarié, elle est aujourd'hui rarement la seule raison de l'engagement. Lorsque les salariés sont suffisamment qualifiés ils peuvent attendre de leur engagement des fonctions qui correspondent à leurs attentes professionnelles. Les fonctions occupées deviennent un motif de l'engagement, motif déterminant et le plus souvent indissociable de la rémunération. Néanmoins on doit à notre avis encore une cause objective même si elle varie d'un contrat de travail à l'autre parce que la prestation de travail est définie objectivement.

B – Cause (s) de l'engagement et qualification de la relation de travail

Devant la multiplicité des statuts encadrant l'activité professionnelle des individus, la question de la qualification de la relation de travail est un enjeu délicat autant pour les travailleurs que pour les structures qui les accueillent. Le secteur de l'économie sociale et solidaire est particulièrement concerné puisqu'il fait appel non seulement aux travailleurs salariés mais aussi aux personnes bénévoles ; il est également un des secteurs qui peut recourir à d'autres statuts particuliers exclusifs du salariat tels que le volontariat civique.

En droit l'opération de qualification consiste à déterminer la nature d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes. Partant d'une situation de travail concrète, il conviendra de dire quelle en est l'exacte nature juridique ; celle-ci déterminant les règles juridiques qui lui seront applicables. Il s'agit donc plus concrètement de dire si telle situation d'activité doit être regardée comme une activité bénévole, une activité salariée, une activité indépendante ou encore une activité relevant du volontariat civique, etc.

Dans cette opération de qualification, la cause, le but du travail joue-t-il un rôle ? Si oui, quelle est la notion de cause à l'œuvre : s'agit-il du but immédiat recherché et commun à

⁴² Avant la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 relative à la modernisation du marché du travail, aucune définition légale de la période d'essai n'apparaissait dans le code du travail.

toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire ; s'agit-il au contraire des motifs propres aux personnes impliquées ?

Pour la doctrine le rôle de la cause ne fait aucun doute dans l'opération de qualification du contrat en général⁴³.

Ainsi Jean-François Overstake a mis en évidence deux classifications : la première reposant sur l'objet caractéristique du contrat, l'objet de l'obligation principale ; l'autre d'après le but voulu par les parties⁴⁴. François Terré quant à lui pouvait affirmer « à une qualification donnée, nous avons dit que correspondait une cause donnée » ou cause type⁴⁵. L'auteur a montré que la volonté individuelle des parties pouvait influencer la qualification des contrats parce que par leur volonté les parties au contrat pouvaient accorder une place essentielle à un élément qui devient alors élément de la cause.

Etrangement lorsqu'on s'intéresse à la qualification d'une relation « de travail » la cause n'apparaît pas, au moins explicitement, comme un élément opérant. Faut-il s'en étonner ? La réponse est évidemment oui si on se rappelle la définition de la cause qui est le but de l'engagement. Comment ce dernier ne pourrait-il avoir une influence pour distinguer la situation de salariat, de bénévolat, de travailleur indépendant, etc. On est alors tenté de penser que la cause est bien présente implicitement, qu'elle joue un rôle. Mais il nous appartient de le montrer. Et ainsi avancer dans notre questionnement sur le sens du travail.

Quelques remarques générales préalables concernant cette opération de qualification et ses directives.

Rechercher quel est le statut du travailleur revient le plus souvent à rechercher si celui-ci est un salarié. Le statut de salarié est un statut d'ordre public auquel les parties et en particulier le salarié ne peuvent pas renoncer. Ordre public de protection du droit du travail mais également ordre public des règles d'organisation de la sécurité sociale.

En conséquence les parties n'ont pas le choix de la qualification de leur relation de travail. Cette règle est posée par la Cour de cassation dans de nombreux arrêts « *la seule volonté des parties est impuissante à soustraire l'intéressé au statut social qui découlait des conditions d'accomplissement de son travail* » (l'ordre public). « *L'existence du contrat de travail ne dépend ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention ni de leur prévisions contractuelles mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » (le réalisme). Il appartient donc au juge de donner à la situation de fait son exacte qualification.

Cette directive est naturellement applicable quelque soit le secteur de l'économie concerné. Le secteur de l'économie sociale et solidaire n'échappe donc pas à la règle. Citons des arrêts qui ont marqué ce secteur au cours de la dernière période. D'abord l'arrêt rendu le 9 mai 2001⁴⁶ connu sous le nom d'arrêt Emmaüs : un compagnon Emmaüs demande que soit reconnu l'existence d'un contrat de travail pour l'activité de récupération et de réparation

⁴³ F. Terré, Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications, préc., n°245 et s., p. 230 et s.

⁴⁴ J.-F. Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux, préc.

⁴⁵ F. Terré, Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications, préc., n°276, p. 259.

⁴⁶ Cass. soc. 9 mai 2001, n°98-46158, Bull., civ., V, n°155.

d'objet. Cette affaire sera l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler que « *l'existence d'une relation de travail salarié dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle* ». Ensuite l'arrêt Association Croix Rouge du 29 janvier 2002, à propos de la relation entre un bénévole et l'association, la Cour de cassation affirme « *La seule signature d'un contrat de bénévolat, entre une association et une personne n'ayant pas la qualité de sociétaire, n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail dès l'instant que les conditions sont réunies* ».

Sollicitée régulièrement les juges s'appuient sur la définition du contrat de travail pour distinguer l'activité salariée d'autres activités. Trois éléments doivent être réunis : une prestation de travail, un salaire, lequel doit permettre de distinguer l'activité bénévole de l'activité salariée, un lien de subordination juridique défini comme. La subordination juridique est aussi présentée classiquement comme l'élément clé de la qualification. Pourtant, à l'examen de la jurisprudence et des statuts particuliers créés par le législateur, ce critère de la subordination juridique ne suffit plus toujours à distinguer le salarié d'autres travailleurs dans une zone entre le bénévolat et le salariat constituée par des travailleurs subordonnés simplement indemnisés.

On peut alors légitimement s'interroger sur le point de savoir si d'autres considérations tels que le but de l'engagement du travailleur et ou celui de la structure qui l'accueille joue un rôle dans la qualification de l'opération. Les études menées par François Terré suggère une réflexion : si on assiste à un affaiblissement de la subordination juridique comme critère du contrat de travail, n'est ce pas que d'autres éléments relevant dans la cause de l'engagement sont pris en considération ?

Nous nous proposons de répondre à ces questions en introduisant la cause de l'engagement dans l'analyse de quelques unes de ces situations qui appartiennent à la zone grise « entre salariat et bénévolat ».

1. « Le compagnon Emmaüs »

Rappelons en quelques mots l'affaire : un compagnon d'Emmaüs réclame des bulletins de paie, un certificat de travail et une attestation ASSEDIC. Sa demande sera rejetée par les juges. Pourquoi ? Selon la Cour de cassation « *...en intégrant la communauté Emmaüs en qualité de compagnon, M. X... s'est soumis aux règles de vie communautaire qui définissent un cadre d'accueil comprenant la participation à un travail destiné à l'insertion sociale des compagnons et qui est exclusive de tout lien de subordination* »⁴⁷.

La solution n'a pas fait l'unanimité. Elie Alfandari a fait remarquer que l'appartenance à une communauté de vie n'exclut pas par elle même une communauté de travail⁴⁸. Il a aussi été constaté que, par ailleurs, la communauté d'Emmaüs recoure au contrat de travail pour le

⁴⁷ Cass. soc. 9 mai 2001, préc.

⁴⁸ E. Alfandari, Insertion et exclusion : l'insertion dans une communauté de vie exclut-elle le contrat de travail salarié ?, D. 2002, p. 1705.

travail d'encadrement. Certains n'ont pas hésité à voir dans la solution de l'arrêt Emmaüs une solution d'opportunité⁴⁹.

Il est aussi difficile de comprendre pourquoi la relation serait exclusive de subordination alors que le travail accompli par des personnes en difficulté auprès d'autres associations ayant également pour objet l'insertion sociale a été qualifié de travail salarié. On citera deux affaires en ce sens. La première affaire comparable a donné lieu à un arrêt du 20 septembre 2005 : l'association des compagnons bâtisseurs de Bretagne faisait travailler des personnes en difficulté pour la réhabilitation d'une église. L'association prétendait justement que « *la participation au sein d'une association à un travail destiné à l'insertion sociale ou professionnelle est exclusive de tout lien de subordination* ». Le moyen du pourvoi ne sera pas retenu⁵⁰. La seconde affaire mettait en cause l'association de l'abbaye Notre-Dame de Tarasteix (Hautes-Pyrénées) et des travailleurs chargés de travaux de réhabilitation de l'abbaye. Le président de l'association prétendait qu'il recueillait temporairement des personnes traversant une phase difficile de leur existence et dont les institutions officielles ne voulaient plus, dans une perspective de pure charité. L'argument sera également rejeté « *que les juges du second degré déduisent de ces éléments que les ouvriers concernés se trouvaient dans un état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant l'existence de contrats de travail et que, quelle qu'ait été l'intention des parties, il ne pouvait être dérogé à la réglementation définie par le décret du 8 janvier 1965, celle-ci étant d'ordre public*⁵¹ ». En l'espèce de la qualité de travailleur salarié dépendait l'application de réglementation en matière de sécurité au travail.

Précisons que l'affaire Emmaüs a encouragé le législateur à intervenir pour donner un cadre juridique à ce type d'activité. La communauté Emmaüs prétendait qu'il s'agissait d'un contrat sui generis, non encore connu et régi par le droit.

L'article L 265-1 du code de l'action sociale et des familles (L. n°2008-1249 du 1^{er} décembre 2008) écarte le statut du salariat lorsque des organismes assurant l'accueil et l'hébergement de personnes en difficultés donnent une activité à celles-ci. L'organisme d'accueil n'a pas à rémunérer l'intéressé seulement à lui garantir un soutien financier leur assurant des conditions de vie dignes.

Peut-on voir à l'œuvre dans ces solutions la notion de cause, de but de l'engagement ?

L'objectif « d'insertion sociale » du travail accompli souligné par la Cour de cassation a selon certains commentateurs (J Savatier) certainement joué un rôle dans la décision...pourquoi sinon en effet mentionné ce but ?

D'autres auteurs et notamment Elie Alfandari conteste la distinction et insiste sur le fait que l'insertion sociale peut se cumuler avec l'insertion professionnelle, voire même avoir pour but l'insertion professionnelle ; le contrat de travail en serait alors le meilleur moyen. Certaines associations, telle que l'Arche de l'Espoir, créé par l'Armée du Salut, ont donné aux

⁴⁹ L'inclusion dans le salariat et l'affiliation au régime général des compagnons d'Emmaüs, des bénévoles de la Croix rouge aurait fait peser sur ces organismes une charge financière qu'elles n'auraient peut-être pas pu assumer. Il y a peut-être une autre raison qui explique les différences de solutions dans des affaires similaires : alors qu'Emmaüs est reconnue et agréée comme une structure de l'insertion sociale, il n'est pas certain que les autres aient ce statut

⁵⁰ Cass. soc. 20 sept. 2005, n°03-30592, inédit

⁵¹ Cass. crim. 27 sept. 1989, N° de pourvoi: 88-81182, Bulletin crim., n° 332 p. 807.

personnes chargées de chercher et vendre des objets dans des brocantes parisiennes le statut de salarié⁵².

Dans les arrêts précités du 20 septembre 2005 et du 27 septembre 1989 malgré le but d'insertion sociale affiché la qualité de salarié a été retenue.

Si on s'intéresse à la cause de l'engagement du travailleur dans ces associations d'insertion, il est possible de soutenir que la raison de son engagement diffère de celle du salarié. Si le salarié fournit une prestation de travail c'est parce qu'il en attend une rémunération en contrepartie. S'il travaille de manière indépendante, le travailleur social cherchera également la rémunération de son travail. Le but d'une personne qui s'engage dans cette communauté Emmaus ne serait pas prioritairement une rémunération mais le moyen de se réinsérer socialement et professionnellement.

Cette proposition d'analyse n'explique cependant pas pourquoi certains de ces « travailleurs » demandent la reconnaissance de la qualité de salarié ? Pourquoi ont-ils le sentiment d'être salarié ? Est-ce parce qu'ils mettent leur force de travail à la disposition de l'institution comme le ferait n'importe quel salarié ?

Du côté du bénéficiaire de la prestation de travail, force est de constater qu'il n'y a de la part de ces associations aucun but lucratif. Elles ne cherchent pas à tirer profit de l'activité de l'intéressé, à la différence de l'employeur dans un contrat de travail. Au contraire leur but est faire profiter une personne en difficulté de conditions permettant leur réinsertion. L'objet de l'activité de la structure qui « profite du travail » est alors déterminante. Le travail fourni par cette structure l'est pour le public qu'elle accueille⁵³.

Si on décide d'accorder une place à la cause de l'engagement, il conviendrait de requalifier ces contrats particuliers en contrat de travail si les valeurs de l'association sont mises en cause, si la réalité de l'activité ne correspond pas à ses statuts. L'activité de certaines de ces structures d'insertion peut apparaître aux yeux de certains et en particulier des personnes qui y sont intégrées comparable à celle d'une entreprise expliquant qu'ils demandent, à l'instar du compagnon d'Emmaus la reconnaissance de la qualité de salarié ?⁵⁴

D'autres personnes en difficulté telles que le détenu, la personne handicapée reçoivent en retour de leur activité une aide à l'insertion. Le travail lui même constitue le premier pas de cette insertion : un travail en contrepartie d'une insertion professionnelle. La raison première pour laquelle on travaille n'est pas l'argent. Le sens de ce travail intervient-il dans la qualification de la relation de travail ?

Les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail. Il peut être dérogé à cette règle pour les activités exercées à l'extérieur des établissements

⁵² C'est aussi le cas désormais de l'association Emmaus défis.

⁵³ On peut croire que la difficulté de plus en plus grande à maintenir la frontière entre le soutien de personnes en difficultés et le travail salarié est à l'origine de la création par Emmaüs en 2007 d'Emmaüs Défi qui offre un contrat de travail aux personnes qui souhaitent reprendre une activité professionnelle. L'activité d'Emmaüs Défi est de collecter les collectes non assurées par l'association d'Emmaüs Paris.

⁵⁴ Rappelons la définition de la prestation de travail à l'œuvre dans le contrat de travail : l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, dès lors qu'elle est exécutée, non à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique. Faut-il exclure (encore) exclure Emmaus du « secteur économique »

pénitentiaires. Cette exclusion du salariat une fiction puisque un même travail à l'extérieur peut être qualifié de travail salarié (717-3 du Code de procédure pénale). Comment expliquer cette différence ? On peut à nouveau invoquer la cause : les établissements pénitentiaires qui font travailler un détenu n'ont a priori pas d'autres objectifs que de favoriser son insertion professionnelle. Ce n'est pas forcément le cas d'une structure extérieure dès lors qu'il s'agit d'une entreprise privée. Elle participe certes à la réinsertion de l'intéressé mais y trouve un intérêt économique aussi.

En ce qui concerne les personnes atteintes d'un handicap, est opérée une distinction selon que la personne est insérée en milieu dit ordinaire ou dans un établissement de travail protégé. L'article L 5213-14 du Code du travail prévoit l'application du Code du travail aux travailleurs handicapés salariés des entreprises adaptées et des centres de distribution de travail à domicile en plus naturellement du salarié embauché en milieu ordinaire. A l'inverse le travailleur handicapé en établissement ou service d'aide par le travail (ESAT) n'est pas considéré comme un salarié⁵⁵. Entre le premier et le second, il y a une différence de capacité de travail, la personne accueillie en ESAT voit sa capacité de travail ou de gain inférieure à 1/3 de celle d'une personne valide⁵⁶. On peut à nouveau voir ici à l'épreuve la notion de cause. L'ESAT participe à l'insertion sociale du travailleur handicapé, plus qu'à son insertion professionnelle au sens où on l'entend pour une personne valide. L'établissement ne cherche pas à développer une activité économique dans une démarche de profit.

Dans ces exemples, la notion de cause à l'œuvre est une cause objective. C'est le but immédiat recherché par le travailleur ou le bénéficiaire de la prestation de travail qui est pris en compte.

On remarque que cette cause là est définie par la loi ; elle ne dépend pas des motifs personnels du travailleur. On voit également que l'objet et le but de l'activité du prestataire joue un rôle : l'activité d'accueil et d'insertion de laquelle il ne tire aucun profit personnel.

De ces exemples, il semble également qu'on puisse dégager le sens du travail, sa valeur : le travail serait ici vecteur d'insertion sociale.

S'il on veut accorder à la cause sa place lors de la qualification de la relation de travail, le contrôle du juge devrait se déplacer. Le débat ne porte pas sur l'existence ou non d'un lien de subordination pour attribuer ou non le statut de salarié, mais sur l'objet et la cause de l'engagement. En conséquence, si une requalification est envisagée, elle suppose logiquement la preuve d'une prestation de travail subordonnée et surtout que la cause est absente ou n'est pas conforme au type de relations en cause

2. Du bénévolat (distinction d'avec le salariat)

L'économie sociale et solidaire est un secteur qui fait appel de manière significative au bénévolat compte tenu notamment de la présence de structures associatives.

⁵⁵ La circulaire 60AS du 8 décembre 1978 relative aux centres d'aide par le travail. « il n'y a pas de contrat de travail ni d'embauche au sens où l'entend le code du travail » ; solution retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mars 1997, n°94-41716, Bull. civ., V, n° 112, p. 81.

⁵⁶ Art. L 243-4 du CASF.

On peut définir le bénévole comme une personne qui donne de son temps (libre), qui accomplit une activité désintéressée⁵⁷. Le Conseil économique et social l'a défini en 1993⁵⁸ comme celui qui « *s'engage librement pour mener à bien une action non salariée en direction d'autrui, en dehors de son temps professionnel et familial* ». Le bénévolat est donc un don de temps librement consenti et gratuit⁵⁹ ; cette activité doit être rangée dans les activités autonomes, celles qu'on accomplit sans nécessité, selon la distinction proposée par André Gorz.

La distinction entre le travail salarié et l'activité bénévole habituellement assez nette s'estompe. Les critères de distinction perdent en efficacité.

D'abord l'absence d'engagement du bénévole. Le bénévole est une personne qui ne s'engage pas au sens juridique du terme ; il n'a aucune obligation de fournir la prestation ; on compte sur lui mais on ne peut pas le sanctionner pour manquement à son engagement « moral ». Or aujourd'hui on évoque des contrats bénévoles conclus par les associations pour fidéliser leur engagement. De tels contrats pouvant s'accompagner de la formalisation de contraintes en terme de jours, de durée etc...rapprochant encore un peu plus le bénévole du travailleur subordonné. Les pouvoirs publics eux mêmes voulant encourager le bénévolat officialise un certain engagement. On pense au passeport du bénévole. Passeport sur lequel la mission bénévole est clairement précisée et son utilité est visible et appréciable et utilisable dans le cadre d'une validation des acquis de l'expérience. N'assiste-t-on pas ici à une sorte de mise à disposition de son temps libre par le bénévole comparable à la mise à disposition de sa force de travail par le salarié, une collaboration suffisamment régulière pour être attendue de l'association ?

Le second critère de distinction mis en avant par certains auteurs ne fait pas l'unanimité. L'activité d'un bénévole ne serait pas un travail⁶⁰. On peut penser que c'est l'absence de compensation financière et le fait qu'il ne s'inscrive pas dans une perspective professionnelle qui ôte pour certains à l'activité du bénévole sa qualité de travail. De son côté la Cour de cassation n'a pas hésité à parler de travail pour l'activité des bénévoles au sein d'une association⁶¹ et, comme nous l'avons relevé à l'occasion des activités de télé-réalité, la jurisprudence a une conception large de la prestation de travail.

Enfin, l'activité bénévole présente un caractère désintéressé. Le travailleur bénévole exécute son travail « de manière absolument gratuite », « *l'espoir de gains suffit à écarter toute activité désintéressée* »⁶². L'existence d'une rémunération conduit le juge à reconnaître l'activité salariée⁶³, le simple remboursement de frais ne constituant pas une rémunération⁶⁴.

⁵⁷ A. Rouast, La prestation gratuite de travail,

⁵⁸ Conseil économique et social, avis du 24 février 1993.

⁵⁹ J. Bachelot-Narquin, Guide du bénévoles, « Bénévole, vos droits », 2007 ;

⁶⁰ J.-E Ray, Droit du travail droit vivant, n°7, p. 12.

⁶¹ Cass. soc. 29 janvier 2002 Association Croix rouge, Bull., civ., V, n°

⁶² Sylvie Moreau, L'activité désintéressée fiction ou réalité en droit social ?, RDSS, 1981, p. 507, spéc., p. 510 ; B. Amiel, Les travailleurs bénévoles et la sécurité sociale, DS

⁶³ Cass. soc. 17 avril 1985, n°83-15445, Bull. civ., V, n° 238, p. 171 ; une personne accompagne des enfants pendant un stage à la montage des enfants se blesse. Les juges relèveront qu'elle avait exercé les « fonction d'assistante sanitaire et avait bénéficié d'avantage en nature, de nourriture et de logement susceptible de constituer une rémunération enlevant à l'activité son caractère bénévole... Dans cet arrêt l'essentiel paraît résider dans la rémunération

⁶⁴ Cass. soc. 29 janvier 2002, préc.

Par contre, il semble bien que le critère de distinction ne réside pas dans l'existence ou non d'un travail subordonné. Dans son article consacré à l'activité désintéressée en droit social, Sylvie Moreau constatait « *il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre l'état de subordination et l'activité désintéressée* ». Ce qui lui permettait de conclure que la subordination ne serait pas le critère décisif. Un travail bénévole peut s'accomplir sous la direction et la surveillance d'un tiers bénéficiaire de l'activité. L'essentiel serait alors que le lien de subordination soit exempt de contrepartie financière.

Qu'en est-il de la position de la jurisprudence ? Il est assez délicat d'en rendre compte. D'un côté, il paraît évident que la Cour de cassation attache de l'importance au critère de la subordination juridique. Son existence ou au contraire son absence peut justifier l'exclusion du bénévolat ou au contraire celle du salariat, sans que soit réellement examinée la question de la rémunération. Premier exemple : sont bénévoles des personnes sans horaire de travail, gérant eux mêmes leur activité, choisissaient les activités et orientations à mettre en œuvre, ne recevaient aucune instruction pour leur travail et participaient aux activités selon leur bon vouloir et selon les modalités qu'ils déterminaient eux mêmes⁶⁵. Deuxième exemple : dans un arrêt du 17 février 1988,⁶⁶ le litige opposait le conservatoire international de la musique à l'une de ses membres pour l'activité de professeur de piano qu'elle avait exercée dans le cadre de l'association. En faveur de l'assujettissement au régime général de la sécurité sociale seront retenus l'obligation pour l'intéressée de justifier de ses absences, la dispense d'enseignement à des élèves qui n'étaient pas les siens, dans les locaux de l'association et dans le cadre d'un horaire défini par les parties selon un programme et une méthode établis par le Conservatoire. On ne met pas en avant la rémunération.

Ces décisions sont une illustration de positions qui ne reflètent cependant pas forcément la majorité des décisions. En général, c'est une appréciation globale à laquelle les juges vont se livrer⁶⁷.

Dans l'arrêt Association Croix Rouge rendu le 29 janvier 2002 la Cour de cassation a opéré une distinction qui a retenu l'attention.

*« Si dans le cadre d'une association, les membres adhérents de celle-ci peuvent accomplir, sous l'autorité du président de l'association ou de son délégataire, un travail destiné à la réalisation de l'objet social, en ne percevant, le cas échéant, que le strict remboursement des frais exposés par eux, et ceci sans relever des dispositions du Code du travail, la seule signature d'un contrat dit de bénévolat entre une association et une personne n'ayant pas la qualité de sociétaire, n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail, dès l'instant que les conditions en sont remplies »*⁶⁸.

⁶⁵ Cass.soc. 31 mai 2001, n°99-21111 : en contrepartie l'association subvenait aux besoins et à l'entretien des bénévoles.

⁶⁶ Cass. soc. 17 févr. 1988, Bull., civ., n°107.

⁶⁷ Cass. soc. 28 oct. 1980, n° 79-60650, Bull. civ., V, n° 781 : s'agissant des mères de famille de village d'enfant : leur activité professionnelle implique un lien de subordination (contrôle permanent de l'association qui a seule l'autorité parentale) et versement par l'association d'une somme mensuelle sur laquelle les mères de famille prélève une « part personnelle ». Dans d'autres décisions c'est la subordination seule qui a été relevée pour caractériser le contrat de travail, v., par ex, Cass. soc. 15 oct. 1998, n°96-42012. Mais dans cette affaire, la rémunération ne faisait aucune difficulté. L'intéressée partie en mission en Roumanie pour l'association Société humanitaire recevait un versement sur place et un pécule mensuel de 7000 francs en France.

⁶⁸ Cass. soc. 29 janvier 2002, Bull., n°38. Le premier enseignement qui doit être tiré de cet attendu est que la qualification de la relation de travail ne dépend pas de la dénomination que les parties ont donné à leur

Dans cette exclusion du salariat et plus généralement dans la qualification de la relation bénévole, quel est le rôle joué par la cause, par le sens donné à son activité ?⁶⁹ La relation bénévole exclut de chacune des parties la cause objective où on l'entend habituellement : contrepartie appréciable en argent. Le bénévole ne fournit pas de prestation de travail pour en retirer un avantage quelconque ; il peut seulement obtenir le remboursement de ces frais. Le bénéficiaire de la prestation ne peut pas tirer profit du travail. Dans un arrêt ancien rendu par la chambre sociale le 14 mars 1973⁷⁰, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir écarté l'obligation d'affilier les intéressés au régime général de la sécurité sociale des personnes recrutées en vue d'une tâche profitable à l'entreprise et rémunérées par des pourboires⁷¹.

Au contraire les motifs personnels sont a priori le moteur de l'engagement bénévole : a priori l'intéressé trouve un intérêt, un attachement à l'objet social de la structure suffisant pour souhaiter participer à sa réalisation. Il n'attend rien en retour. Pour le bénévole, l'essentiel réside certainement dans la cause subjective de son engagement ; elle est seule à expliquer son engagement. On comprend cependant que le nombre, la diversité de ces mobiles, différents d'un bénévole à un autre ne sauraient permettre d'en faire un élément de la qualification de la relation bénévole. L'absence de contrepartie attendue ne peut pas non plus constituer cette cause puisque ce n'est pas a priori ce qui motive l'engagement.

Il nous semble qu'on peut découvrir dans l'objet de l'association ou plus généralement de la structure auprès de laquelle on décide d'être bénévole une motivation suffisamment objective.

Dans un contrat synallagmatique il est coutume de dire que la cause de l'engagement de l'un est l'objet de l'obligation de l'autre. S'il existe un engagement de l'association (et ne doit-on pas considérer qu'il y en a un dès lors que des contrats de bénévoles sont conclus ?) celui-ci est certainement de faire participer le bénévole à la réalisation de son objet social.

Il semble possible de poser le postulat selon lequel le bénévole qui donne de son temps pour l'accomplissement d'une activité s'engage envers telle association et pas une autre en raison de l'activité que celle-ci développe, les valeurs qu'elle véhicule. On remarque alors que cette motivation objective est aussi la même pour tous les bénévoles d'une même structure.

Reste à définir le rôle que pourrait jouer cette motivation ? Dans le cas où en méconnaissance de son objet social l'association aurait une activité à but lucratif ou contraire à son objet, il semble qu'une requalification des contrats de bénévoles en contrat de travail serait envisageable puisque cette dernière aurait tiré « profit » de l'activité de ces derniers⁷².

convention ; la signature d'un contrat de bénévolat n'empêchera donc pas une éventuelle requalification en contrat de travail.

⁶⁹ Pour expliquer la solution de l'arrêt Croix Rouge, Jean Savatier met en avant la nature de la relation entre l'adhérent et l'association ; J. Savatier, La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association, Droit soc. 2002, p. 494.

⁷⁰ Cass. Soc. 14 mars 1973, n°72-10757, Bull. civ., V, n°154, p. 139.

⁷¹ Ce qui suggère une question : quels sont les frais qu'un bénévole peut assumer sans que l'association « en tire profit » ? Les frais nécessaires à l'activité de l'association ne devraient-ils pas être nécessairement supportés par l'association au risque qu'on qualifie la tâche de profitable à l'association ? On comprend que de tels frais ne pourraient pas être assumés financièrement par l'association. Ne faut-il pas reconnaître alors que le bénévole donne un peu plus que son temps...

⁷² Ce qui nous suggère encore une question : un employeur peut-il demander à l'un de ses salariés de réaliser une tâche ponctuelle de manière bénévole en raison de compétences, de connaissances connues de l'employeur mais

Un raisonnement similaire peut a priori être mené en ce qui concerne le membre de l'association. Son acte d'adhésion à l'association est motivé par son souhait de participer à l'objet social de l'association ; la manière dont il y participera (travail, financement ou autre) n'attend aucune contrepartie.

3. Le volontariat civique

Le contrat de volontariat de service civique est défini comme un engagement volontaire d'une durée déterminée en faveur de missions d'intérêt général reconnues prioritaires pour la Nation qui peut être accompli auprès de personnes morales agréées. Il fait suite aux anciennes modalités de volontariat (volontariat associatif, volontariat civil de solidarité) auxquelles il se substitue⁷³.

Le volontariat est un contrat qui se distingue à la fois du bénévolat et du salariat⁷⁴. Encore une fois on constate que l'affirmation est difficile à justifier.

Dans le cadre des travaux parlementaires ayant présidé à l'adoption de l'ancien volontariat de solidarité internationale, le rapport Poirier⁷⁵ au sénat expliquait que le volontaire se distingue du bénévole par le fait que le premier s'engage. Or cette notion d'engagement apparaît aussi aujourd'hui dans le cadre du bénévolat lorsque sont conclus des contrats de bénévole destinés à « les engager », à les fidéliser.

Ce même rapport Poirier indiquait que le volontariat se distingue (ait) du salariat par son caractère *désintéressé*⁷⁶ ; il n'y a pas de logique économique, raison pour laquelle l'indemnité prévue est basse. Pour J. Savatier ce qui le distingue du salariat est le fait que le volontaire renonce à la rémunération correspondant à la valeur économique de son travail⁷⁷. Or dans sa nouvelle version, le contrat de volontariat civique ne paraît plus devoir être qualifié de collaboration désintéressée. Une indemnisation du volontaire est certes toujours imposée par la loi mais désormais le montant fixé n'est qu'un minimum.

La distinction ne repose pas non plus sur l'existence ou non d'une subordination juridique. Certes la loi indique que la collaboration qui naît du contrat de volontariat est « *exclusive de tout lien de subordination* » (article L 120-7 du code du service national). On peut soutenir cependant qu'il s'agit encore d'une fiction juridique. A propos de volontariat international, le rapport Poirier au Sénat précité reconnaissait que « de fait les éléments constitutifs d'un contrat de travail sont réunies : rémunération et subordination.... »⁷⁸.

qui ne font pas partie de celles pour lesquelles l'intéressé a été recruté ? Par exemple, dans quelle mesure un employeur peut-il demander à l'un de ses salariés de lui traduire un document compte tenu de ses connaissances ou origine...alors que son emploi ne l'aurait pas conduit à réaliser une telle traduction. Un employeur peut-il demander à un salarié subordonné de réaliser une tâche bénévole ?

⁷³ Loi n°2010-241 du 10 mars 2010 (JO 11).

⁷⁴ J. Savatier, Entre bénévolat et salariat : le statut des volontaires pour le développement, DS 2000, p. 146 ; V. Bonnin, Le volontariat associatif, RDT 2006, p. 236.

⁷⁵ Rapport n°404 (2003-2004) J.-M. Poirier au nom de la commission des affaires étrangères.

⁷⁶ F. Mananga, La reconnaissance des activités désintéressées dans le secteur associatif, RDSS 2006, p. 1065.

⁷⁷ Dans un arrêt du 26 oct. 1999 à propos d'un volontariat international dans le cadre du décret du 15 mars 1986 : « Le pécule ne retire pas la qualité de volontaire », Cass. soc. 26 oct. 1999, Bull. civ., V, n°406.

⁷⁸ Il devenait semble-t-il difficile de continuer à qualifier l'opération de désintéressée ; alors que la proposition (ou projet de loi) de loi présentait le contrat de volontariat civique comme telle, les discussions parlementaires ont eu raison de cette affirmation

Dans le cadre du volontariat et du service civique l'accent est très nettement mis sur les tâches confiées au volontaire.

Dans le cadre du volontariat associatif, le législateur n'avait pas pris de précaution particulière pour s'assurer que la prestation de travail soit de l'essence même de la mission d'intérêt général. Jean Savatier estimait qu'il ne pouvait être recouru à un tel contrat pour une tâche quelconque type (secrétariat, entretien des locaux) mais pour des missions d'intérêt général.

Dans le cadre du volontariat ou service civique au contraire les missions d'intérêt général susceptibles d'être accomplies dans le cadre d'un service civique seront précisées par voie réglementaire. Le législateur exige que l'engagement de service civique mentionne les modalités d'exécution et notamment la nature ou le mode de détermination des tâches...

Le référentiel des missions de service civique rend obligatoire « une fiche de mission qui devra préciser en quoi la mission proposée est complémentaire avec les autres activités confiées aux bénévoles et aux salariés de la structure ». Est-ce à dire que la mission confiée doit être distincte de celle qui est habituellement confiée aux salariés ? Selon les services du ministère le volontaire ne peut être indispensable au fonctionnement courant de la structure. Il est également précisé que l'instructeur chargé d'accorder l'agrément doit « *s'assurer par ailleurs que l'action du volontaire intervient en complément de l'activité des salariés ou des bénévoles de l'organisme d'accueil sans s'y substituer* ».

Cette tâche en lien avec la mission d'intérêt général n'est-elle pas la cause de l'engagement du volontaire ?

Objectivement, il paraît difficile de réduire cette cause à l'indemnisation versée au volontaire alors qu'elle ne correspond pas à la valeur économique du travail qu'il fournit. Le volontaire doit recevoir en contrepartie de sa mission une formation civique et citoyenne et un accompagnement dans sa réflexion sur son projet d'avenir... mais il est peu probable que ceci soit un motif déterminant de son engagement.

L'objet de sa prestation de travail, sa participation à une mission d'intérêt général, constitue a priori le sens qu'il donne à son engagement, la raison pour laquelle il accepte de ne pas être rémunéré à la valeur économique de son travail. Le référentiel des missions de service civique insiste sur les motivations personnelles du volontaire. La mission doit être « *un projet personnel, propre à chaque volontaire en fonction de son identité, de son parcours, de ses compétences, de sa motivation, de ses envies* ».

On comprend que seule la loi pouvait déroger là encore aux critères habituels du contrat de travail ; la jurisprudence n'attache en effet aucune importance à la nature de la tâche fournie, toute prestation de travail pouvait faire l'objet d'un contrat de travail⁷⁹ dès lors que les conditions de fait sont réunies⁸⁰. On voit apparaître une première cause de requalification possible du volontariat en salariat si les tâches réalisées ne sont pas celles définies par la loi⁸¹.

⁷⁹ La distinction proposée dans le référentiel du service civique entre les tâches participant à la mission d'intérêt général et les autres peut être discutée. Sont ainsi exclues les tâches qui concourent au fonctionnement courant de la structure (tâches administratives, logistiques, etc.). Ne fallait-il pas évoquer plutôt le cœur de métier pour présenter les tâches accessibles aux volontaires ?

⁸⁰ Dans l'état actuel du droit, rien ne s'oppose à ce qu'un bénévole accomplisse un travail qui est lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Ce n'est a priori pas le cas de l'engagement du volontaire.

⁸¹ Reste à savoir si les juges accepteront de requalifier des contrats pour lesquels le législateur a indiqué qu'ils étaient exclusifs de tout lien de subordination.

Pour conclure, la cause qui est à l'œuvre lors de la qualification du contrat est a priori la cause objective de l'engagement, le but immédiat, celle qui doit exister, celle qui est la même selon le type de relation. Il n'y a pas a priori de place pour la cause subjective, concrète. Mais une subjectivation de la cause objective paraît possible en ce qui concerne l'engagement du bénévole et du volontaire. Qu'en est-il du sens de l'engagement dans la durée ?

II - La cause de l'engagement dans la durée

La raison ou les raisons pour lesquelles on s'engage déterminent le consentement, la décision même de s'engager. Mais lorsque la relation dure dans le temps comme dure la relation de travail, des changements sont susceptibles d'affecter les raisons pour lesquelles on s'est engagé. Quel peut-être l'impact de ces changements sur la relation de travail ? Peut-on découvrir à travers ces changements ce qui constitue le but du travail, le sens donné au travail ?

L'interrogation sur le sens du travail et en particulier sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle doit être rattachée en droit du travail à la question de la modification du contrat de travail (A). Le sens de l'engagement peut aussi être mis en cause en présence d'un changement d'entreprise (B) ou être à l'origine d'une rupture des relations contractuelles (D). On s'interrogera encore sur le sens que le législateur ou le juge donne au travail à travers certaines questions telles que la santé au travail (C).

A – Cause de l'engagement et modification du contrat

Là encore la question n'est pas traditionnellement abordée sous cet angle. La prestation de travail fournie dans un lien de subordination est l'objet de l'obligation principale du salarié. Il est donc question d'objet, du « pour quoi ? ». Dans une présentation du droit commun des contrats, la prestation de travail fournie dans un lien de subordination constitue la cause de l'engagement de l'employeur. Il nous semble pourtant que là encore est aussi à l'œuvre le but de l'engagement du travailleur dans une relation de travail. Il s'agit en effet de se demander quelles sont les raisons qui sont suffisamment déterminantes pour exiger l'accord du salarié lors de son engagement et donc son accord pour les modifier en cours d'exécution du contrat⁸². Or assurément, en outre la rémunération, la prestation de travail qu'il s'engage à fournir ainsi que certaines des conditions dans lesquelles il l'effectue motivent sa décision.

Ainsi la Cour de cassation « isole » les éléments du contrat de travail, ceux sur lesquels le consentement des parties a porté. Ces éléments sont soit inhérents au contrat, soit sont devenus des éléments de ce contrat parce que les parties l'y ont inséré. Lorsque ces éléments n'appartiennent pas au contrat ils relèvent du pouvoir de direction du chef d'entreprise de les modifier.

⁸² V. la présentation par les auteurs du précis du salaire : le salaire est présenté comme « *la contrepartie du pouvoir de l'employeur, sa cause* » ; raison pour laquelle « *il ne saurait être simultanément l'objet sur lequel porte ce pouvoir* » ; J. Pélissier, G. Auzero, Emmanuel Dockès, Droit du travail, préc., n°626.

En définissant quels sont les éléments du contrat pour lesquels il faut l'accord du salarié, les juges définissent le contour de la cause objective du contrat ; c'est à dire les raisons pour lesquelles on présume que le salarié s'est engagé ; en définissant des éléments communs à tout contrat de travail, le juge détermine lui même quels sont les buts de l'engagement du travailleur et de l'employeur. Finalement c'est au juge que revient le rôle de définir le sens du travail. On peut y voir la définition du contour de l'objet de la prestation de travail. Il s'agirait alors plutôt de répondre à la question « à quoi s'engage le salarié » plutôt que pourquoi ? Mais, ainsi que nous l'avons dit en introduction, il y a forcément un lien entre les deux : l'objet de la prestation de travail que le salarié s'engage à fournir constitue l'une des raisons de son engagement.

Le salaire est nécessairement un élément du contrat, il est aussi la cause objective de l'engagement du salarié. Toute modification supposant l'accord du salarié⁸³.

Les fonctions et la qualification du salarié constituent l'un des motifs de l'engagement. Pour la Cour de cassation la qualification et les responsabilités constituent en effet des éléments du contrat ; tout changement même une promotion suppose l'accord du salarié⁸⁴ ; la modification de tâches ne l'est pas sauf si elles sortent franchement de l'activité normale de l'intéressé⁸⁵.

Concernant la durée du travail, à temps complet, l'accomplissement d'heures supplémentaires n'est pas considéré comme une modification du contrat de travail ; le salarié n'est pas a priori en droit de refuser de les accomplir⁸⁶. Les juges fixent cependant une limite si les heures deviennent systématiques et qu'elles atteignent un certain seuil, il s'agit d'une modification du contrat. A temps partiel, le raisonnement est le même à propos des heures complémentaires dès lors qu'elles sont effectuées dans le cadre des prévisions du contrat. En outre une augmentation durable de la durée du travail suppose l'accord du salarié. Dans les deux cas, une diminution de la durée du travail constitue une modification du contrat dès lors qu'elle entraîne une réduction de la rémunération⁸⁷. C'est donc à nouveau essentiellement la cause objective qui détermine indirectement si c'est une modification ou non du contrat de travail. Des motifs personnels au salarié tenant par exemple à la vie personnelle et familiale de l'intéressé ne sont pas pris en considération.

Les horaires de travail : le choix des horaires de travail revient en principe à l'employeur sauf si le changement modifie de manière importante les horaires⁸⁸. Le passage d'un travail de nuit à un travail de jour⁸⁹ et vice versa, un travail à horaire fixe pour un horaire variable⁹⁰. Ces solutions s'expliquent-elles par la prise en considération des motifs personnels au travailleur ? Rien n'est moins sur, plus sûrement on prend en considération son état de santé lié à de nouveaux rythmes de travail. Pour le travail à temps partiel, il a été prévu par la

⁸³ Cass. soc. 28 janv. 1998, Bull., civ., n° 40.

⁸⁴ Cass. soc. 22 oct. 2002, RJS 2002, n°1351.

⁸⁵ Cass. soc. 10 mai 1999, Bull., civ., n°791.

⁸⁶ Cas. soc. 16 mai 1991, n°89-44485.

⁸⁷ Cass. soc. 23 janvier 2001, Bull., civ., V, n° 19.

⁸⁸ Cass. soc. 22 févr. 2000, Bull., civ., V, n° 67.

⁸⁹ Cass. Soc. 7 avril 2004, Bull., civ., V, n°107.

⁹⁰ Cass. Soc. 14 nov. 2000, Bull., civ., V, n° 365.

loi que la répartition d'horaire ne pouvait être sauf exception modifiée sans l'accord de l'intéressé.⁹¹ On explique alors que de tels changements perturberaient la possibilité pour l'intéressé d'avoir une activité complémentaire. Là encore l'explication est rattachée à la cause objective, au besoin de revenus complémentaires sans égard à d'éventuelles considérations personnelles ou familiales.

Quid du lieu de travail ? La Cour de cassation opère une distinction : si le caractère sédentaire du lieu de travail n'est pas contractualisé par le contrat, le changement du lieu de travail ne suppose pas l'accord du salarié tant que le second lieu de travail reste dans la même zone géographique que le premier⁹². Ceci étant dit, la doctrine fait remarquer que la fixation de cette zone géographique est entourée d'incertitudes. Quels sont les éléments à prendre en considération pour la définir ? Il est probable que beaucoup de salariés acceptent l'emploi en considération de sa localisation géographique ou fixent leur résidence familiale en fonction du lieu de travail ? Ce motif personnel conduirait à une définition au cas par cas de la zone géographique⁹³ ; or on s'oriente davantage vers une définition objective de celle-ci prenant en compte des éléments tels que les dessertes routières, les transports en commun.

Force est de constater que les motifs personnels sont assez peu pris en considération par les juges pour qualifier le changement, la cause objective apparaît au contraire déterminante.

B – Cause de l'engagement et transfert d'entreprise

Le transfert d'entreprise est une question incontournable en droit du travail. En présence d'une modification de la situation juridique de l'employeur emportant transfert d'entreprise, le code du travail impose la reprise par le nouvel employeur des contrats de travail (art. L 1224-1 du Code du travail).

On explique qu'il s'agit d'une règle qui s'impose aux parties, à l'employeur comme aux salariés. Or depuis plusieurs années une partie de la doctrine s'interroge sur la reconnaissance au profit du salarié d'un droit de refuser le changement d'employeur⁹⁴. Pourquoi les salariés voudraient-ils renoncer au transfert ? On a longtemps vu dans ce transfert des contrats de travail le moyen d'assurer au salarié le maintien de leur emploi. Or, on sait aujourd'hui que l'article L 1224-1 non seulement n'empêche pas le licenciement mais en outre, en cas de licenciement, le nouvel employeur ne présente pas nécessairement plus de garanties que le premier (cas en particulier des externalisations). Leur avenir dans cette nouvelle entreprise peut même s'avérer plus incertain (rachat, risque de double emploi, de réorganisation, etc.). Le salarié peut aussi perdre un statut « collectif » et donc globalement

⁹¹ Cass. soc. 6 avril 1999, Bull., V, n°166

⁹² V., not., Cass. soc. 20 oct. 1998, Bull., civ., n°431.

⁹³ Il a été proposé par Bernard Boubli d'apprécier le changement du lieu de travail en fonction du domicile du salarié, B. Boubli, Le changement du lieu de travail, SSL 6 sept. 2004, p. 10.

⁹⁴ V., not. Ph. Waquet, Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail, RDT 2007, p. 215 ; A. Supiot, Les salariés ne sont pas à vendre – En finir avec l'envers de l'article L 122-12 al. 2, Droit soc. mars 2006, p. 264 ; Valentin Ionescu, Le droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail : mythe ou réalité, Droit soc. 2002, p. 507.

des conditions de travail plutôt favorables, en tous les cas plus favorables que celles existant auprès du nouvel employeur.

La Cour de cassation affirme que le transfert s'impose au salarié comme à l'employeur⁹⁵. En conséquence, *le refus du salarié de poursuivre le contrat s'analyse en une démission*⁹⁶. La Cour de cassation a reconnu que le refus du salarié de changer d'employeur pouvait constituer une cause de licenciement lorsque le transfert du contrat de travail s'imposait par l'effet de la loi⁹⁷. Preuve encore que la jurisprudence n'admet pas que les motifs pour lesquels le salarié aurait pu s'engager auprès d'un employeur plutôt qu'un autre puisse lui ouvrir droit de refuser le transfert du contrat de travail : les juges qualifient parfois ce refus de faute grave⁹⁸. Plus récemment encore la jurisprudence a précisé que le salarié ne pouvait exiger la poursuite du contrat avec l'ancien employeur ni l'obliger à le licencier⁹⁹.

Des auteurs invoquent un droit fondamental de choisir son employeur¹⁰⁰. L'article 11 de la déclaration universelle des droits de l'Homme (ONU, 1948) constitue un argument de poids dans le sens d'une prise en compte des raisons pour lesquelles le salarié s'engage envers tel ou tel employeur. Selon son article 23§1 « *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage* ».

En dehors de cette hypothèse particulière de changement d'employeur, la Cour de cassation reconnaît que le changement d'employeur constitue une novation du contrat de travail qui ne peut résulter que d'une acceptation expresse du salarié¹⁰¹.

Ces propositions doctrinales retiennent ici l'attention parce qu'il s'agirait d'admettre que la « personne de l'employeur », son activité et peut-être mêmes les règles qui le régissent, sont déterminantes du consentement du salarié. En d'autres termes il s'agirait de l'une des raisons pour lesquelles le salarié s'est engagé. Cette question nous semble pouvoir être présentée sous l'angle de la cause. Alors que les entreprises aujourd'hui communiquent sur leur responsabilité sociétale, sur leur engagement pour le développement durable, etc., ne doit pas considérer que parmi les raisons pour lesquelles un salarié s'engage il y a « la personne » de l'employeur, son activité, ses valeurs ? La question est tout à fait essentielle dans le secteur de l'économie sociale et solidaire ; certaines mutuelles d'assurances par exemple communiquent beaucoup sur cet aspect militant de leur activité ; certaines banques sur leur particularité. La prise en considération de cette cause ne devrait-elle pas offrir au salarié la possibilité de quitter l'entreprise lorsqu'il apparaît que l'activité de cette dernière, ses actes ou ses omissions, et donc sa restructuration ont une influence sur son « identité » ?

⁹⁵ Cass. soc. 29 mai 1985, Bull. civ., V, n° 307, p. 220 ; Cass. soc. 16 janvier 1990 Bull. civ., V, n° 11, p. 7 ; Cass. soc. 14 déc. 2004, Bull. civ., V, n° 331, p. 296

⁹⁶ Cass. soc. 5 nov. 1987, Bull., civ., V, n° 616

⁹⁷ Cass. soc. 9 nov. 005

⁹⁸ Cass. soc. 20 oct. 2000, inédit (refus du salarié de prendre son poste malgré la demande alors que le nouvel employeur l'avait informé de son intention de le reprendre ; Cass. soc. 4 avril 2006, inédit, n° 04-42735 (convocation des salariés à un entretien pour fixer les nouvelles modalités du travail).

⁹⁹ Cass. soc. 19 déc. 2007, n°06-18442.

¹⁰⁰

¹⁰¹ Cass. soc. 8 avril 2009, n°08-41046.

Dans cette réflexion, il faut signaler l'existence de la clause de conscience des journalistes professionnels. L'article L 7112-5 du code du travail permet au journaliste de rompre le contrat de travail en cas de cession du journal ou d'un périodique, de cessation de la publication du journal ou périodique quelle qu'en soit la raison, de changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou du périodique si ce changement crée pour le salarié une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou d'une manière générale, à ses intérêts moraux. Elle est habituellement présentée comme une exception à l'effet impératif de l'article L 1224-1 à l'égard des salariés. Elle permet aux journalistes de rompre le contrat tout en étant recevant l'indemnisation due lorsque c'est l'employeur qui est l'auteur de cette rupture.

En dehors de ce cas particulier, peut-on imaginer que soit insérée dans le contrat de travail d'un salarié une clause d'un même genre ?

Dans un arrêt du 26 janvier 2011¹⁰² la Cour de cassation a admis la validité d'une clause qui permet au salarié de rompre le contrat de travail, ladite rupture étant imputable à l'employeur, en cas de changement de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction. Selon la Cour de cassation une telle clause est licite dès lors qu'elle est justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise et qu'elle ne fait pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties.

Cette décision est intéressante. Elle montre d'abord qu'il est possible de contractualiser l'un des motifs personnels expliquant l'engagement du salarié. La prise en considération de ce motif se révèle ici par l'introduction d'une sorte de clause de conscience. Mais immédiatement la Cour de cassation en fixe des limites particulièrement restrictives puisqu'elle ne paraît l'admettre qu'en considération des fonctions du salarié. Pour cette raison l'insertion de ce type de clause dans tous les contrats de travail paraît en l'état actuel du droit difficilement généralisable.

C - Sens du travail et exécution du contrat de travail

Nous l'avons dit en introduction, le mot sens a plusieurs significations. Le rapprochement avec le droit des contrats nous a conduits à traiter de la cause, de la raison de l'engagement dans une relation de travail. Une autre approche consiste à s'interroger sur le sens du travail dans une approche plus globale : pourquoi je travaille ? quelle place j'accorde au travail dans ma vie ? Quelle image du travail la société française espère-t-elle faire valoir ? Comment le droit, en particulier le droit du travail, participe-t-il à la « définition de ce sens » ? Quels moyens donne-t-il à chacun de faire coïncider le sens qu'il a du travail et la réalité ?

Quelques grandes problématiques actuelles nous paraissent pouvoir être rapprochées de cette question. En premier lieu, l'obligation de sécurité de résultat et les questions de harcèlement, de bien-être au travail. On ne peut envisager la question du sens au travail sans aborder cet aspect. La place occupée par la question de la prévention des risques

¹⁰² Cass. soc. 26 janvier 2011, n°09-71271.

psychosociaux est aussi le signe du « sens qu'on accorde au travail ». A la suite des nombreux suicides chez France Telecom, le gouvernement a demandé aux entreprises de plus de 1000 salariés de négocier sur la prévention du stress. La jurisprudence quant à elle n'hésite pas à retenir un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat chaque fois qu'est constaté qu'un salarié est victime de harcèlement moral ou sexuel¹⁰³.

Les moyens de concilier une vie salariée et d'autres activités qui ne le sont pas sont révélateurs du sens donné au travail ; qu'en est-il dans le secteur de l'économie sociale et solidaire ?

Pour s'en tenir aux dispositions d'ordre légal ou réglementaire, on peut citer le volontariat ; Ce dernier n'est-il pas l'émergence d'un travail qu'on réalise pour soi et sans contraintes (le travail autonome selon Gorz) ? On pourrait l'admettre si la personne était totalement déchargée des contraintes financières. Or actuellement l'indemnisation minimale accordée à l'intéressé n'est pas suffisante.

Une autre expérience en ce sens est celle du financement de « congé pour activité désintéressée ». La loi n°2008-111 du 8 février 2008 relative au pouvoir d'achat avait à titre expérimental prévu la possibilité pour les salariés d'abandonner des jours de RTT, le montant du salaire correspondant étant alors versé à un fonds destinés à financer le congé de salarié pris pour en vue de la réalisation d'une activité désintéressée pour le compte d'une œuvre ou d'un organisme d'intérêt général¹⁰⁴. Cependant aucune disposition légale ne venait organiser le départ des salariés en congé de ce type.

La loi reconnaît plusieurs congés qui peuvent permettre de concilier vie professionnelle et vie personnelle et plus généralement tous les congés qui ne sont pas pris par le salarié dans la perspective de son évolution professionnelle au sein de son entreprise : le congé de formation économique et sociale et de formation syndicale (art. L 3142-7 du Code du travail) qui est aussi le seul rémunéré. Dès lors qu'on touche à des motivations personnelles qui mettent en évidence que pendant un certain temps le salarié accordera moins d'intérêt à son travail, qu'il « place son travail en deuxième position dans ses priorités » alors le congé n'est plus rémunéré : congé de soutien familial, de solidarité familiale, congé de solidarité internationale, congé pour catastrophe naturelle, congé mutualiste de formation, congé de représentation bénévole, congé sabbatique, etc. Fait exception l'article L 6322-1 du code du travail qui ouvre au salarié un droit individuel à la formation rémunéré dont l'objet peut être étranger au travail (ouverture à la culture, la vie sociale, l'exercice de responsabilités associatives bénévoles).

D - La cause de l'engagement et le maintien de la relation de travail

Lorsque les raisons qui ont motivé leur engagement disparaissent, sont modifiées, l'employeur comme le salarié sont-ils en droit de mettre un terme au contrat ? On comprendra qu'une telle question ne peut avoir de réponse simple et uniforme. La disparition de la cause peut-elle constituer une cause de rupture du contrat de travail ? Nous avons déjà évoqué une partie de cette question lorsque cette disparition ou le changement s'opère lors d'un changement d'employeur.

¹⁰³ Cass. soc. 3 févr. 2010, n°08-40144.

¹⁰⁴ Le texte n'était applicable que jusqu'au 31 décembre 2010.

1 - Rupture à l'initiative du salarié

Ces dernières années se sont développées à l'initiative du salarié de nouveaux modes de rupture du contrat de travail : la résolution judiciaire du contrat et surtout la prise d'acte. Dans le premier cas le salarié va saisir le juge pour obtenir la résolution de son contrat pour manquement de l'employeur à ses obligations ; dans le second cas, le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison du comportement fautif de l'employeur. Dans ce second cas il lui faudra saisir le juge pour qu'il vérifie si le comportement de l'employeur justifiait la prise d'acte et alloue des indemnités au salarié lesquelles seront équivalentes à celles versées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁰⁵.

Pour que la demande du salarié soit accueillie, il importe que le manquement de l'employeur à ses obligations soient suffisamment graves. A l'examen de la jurisprudence on remarque que le non respect par l'employeur des obligations qui constituent aussi la cause objective de l'engagement du salarié justifie la prise d'acte.

Quelques exemples : le non versement des salaires de manière prolongée, l'absence de fourniture du travail¹⁰⁶, une modification du contrat de travail imposée unilatéralement et portant sur les fonctions et responsabilités du salarié¹⁰⁷, la modification unilatérale de la rémunération¹⁰⁸, ou le non paiement intégral du salaire, paiement partiel des heures supplémentaires¹⁰⁹. Il s'agit là de la cause objective. Plus intéressant la prise d'acte justifiée par le non respect par l'employeur du droit au repos hebdomadaire¹¹⁰ : on peut voir à l'œuvre des considérations tenant à la conciliation vie personnelle et vie professionnelle.

Plus anecdotique le manquement par l'employeur d'une clause d'indivisibilité entre deux contrats de travail : le contrat de travail d'une salariée était étroitement lié à l'existence de celui de son époux par une clause d'indivisibilité : le licenciement de l'un devait entraîner celle de l'autre. L'employeur avait procédé au licenciement de l'époux mais n'avait pas licencié son épouse mais lui avait proposé une mutation. Le non respect de cette clause d'indivisibilité constitue un manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte. Il s'agit ici d'une cause subjective contractualisée¹¹¹.

On peut s'interroger sur la reconnaissance au profit de tout salarié d'un droit de rompre le contrat de travail, rupture imputable à l'employeur, lorsque l'entreprise méconnaît ses valeurs, est coupable de violations des règles applicables à son fonctionnement. Dans le secteur de l'économie sociale et solidaire on pense en particulier aux valeurs qui sont affichées par la charte éthique. La jurisprudence ne paraît pas prête à l'admettre. Pourtant elle peut apparaître le corollaire nécessaire des engagements attendus du salarié dans certaines entreprises, en particulier lorsque celles-ci affichent un certain nombre de valeurs, valeurs qu'elle demande à ses salariés « d'embrasser ».

¹⁰⁵ Cass. soc. 25 juin 2003, D. 2003, 2396, note Jean Pélissier.

¹⁰⁶ Cass. soc. 3 nov. 2010, n° 09-65254.

¹⁰⁷ Cass. soc. 2 juin 2010 09-40215.

¹⁰⁸ Cass. soc. 5 mai 2010, 07-45409, Bull. n° 102.

¹⁰⁹ Cass. soc. 20 janvier 2010, Bull. n° 17.

¹¹⁰ Cass. soc. 7 oct. 2003, n°0144635.

¹¹¹ CA Paris 30 nov. 2007, RJS n°638

Un manquement grave de l'employeur aux valeurs qu'il véhicule pourrait-il constituer un manquement justifiant une prise d'acte du salarié ? En l'état actuel du droit, l'activité de l'employeur, son identité, les valeurs qu'il véhicule ne sont pas considérées comme des motifs déterminants du consentement de l'engagement des salariés.

Pour qu'elles le deviennent, il semble nécessaire que ces éléments figurent dans le contrat de travail, qu'il soit contractualisé. De cette manière, le manquement de l'employeur pourrait être constitutif de la violation d'une obligation contractuelle ; il devient alors possible d'admettre qu'un manquement grave à de tels engagements justifie une prise d'acte. Cette approche n'est cependant pas adaptée au « caractère collectif » de l'engagement. Dans le secteur de l'économie sociale et solidaire, les valeurs véhiculées, la charte de l'économie sociale et solidaire sont autant le moyen de développer son activité vers l'extérieur que de recruter, d'attirer du personnel. Dans ces conditions il devrait être possible de considérer que l'engagement de l'entreprise de respecter ses valeurs fait nécessairement partie de la cause de l'engagement de tout travailleur salarié. Le risque est évidemment de voir des salariés quitter collectivement leur entreprise en prenant acte de la rupture aux tords de l'entreprise. Les enjeux qu'impliquent une telle analyse sont évidemment considérables ; l'analyse juridique encore embryonnaire.

Rappelons qu'Alain Supiot a déjà proposé la reconnaissance au profit de tout salarié d'un droit comparable à celui des journalistes chaque fois que leur entreprise se trouverait mêlée à des activités délictueuses susceptibles de rejaillir sur leur honneur au nom de la reconnaissance de la personne dans l'exécution du contrat de travail¹¹².

2 – Rupture à l'initiative de l'employeur

Il s'agit ici d'examiner dans quelle mesure la cause réelle et sérieuse de licenciement peut avoir un lien avec la cause objective (ou subjective ?) pour laquelle l'employeur a embauché le salarié licencié.

Les raisons pour lesquelles un employeur embauche tel ou tel salarié plutôt qu'un autre tiennent objectivement aux compétences de ce dernier appréciées au regard de sa formation, de son expérience. On pense alors au licenciement reposant sur l'insuffisance professionnelle de l'intéressé.

Mais il peut y avoir d'autres raisons particulières : l'entreprise décide de participer au développement des activités sportives de la ville dans laquelle elle est installée et pour ce faire embauche un sportif en raison de son appartenance à tel ou tel club sportif. L'employeur peut-il invoquer la disparition de la cause (le départ du club sportif de l'intéressé) pour rompre le contrat de travail ? Une telle clause pourrait-elle être contractualisée et permettre à l'employeur d'échapper aux règles de rupture habituellement applicables au contrat ? Rien n'est moins sûr. On sait que la Cour de cassation s'oppose aux clauses qui auraient pour effet de faire échapper l'employeur aux dispositions d'ordre public du licenciement, et en particulier une telle clause ne peut avoir pour effet d'ôter au juge son pouvoir d'appréciation de la cause réelle et sérieuse.¹¹³

¹¹² A. Supiot, Critique du droit du travail, puf, les voies du droit, 1994, p. 101-102.

¹¹³ Cass. soc. 14 nov. 2000, Bull., civ., n°367.

Plus anecdotique, l'engagement de conjoints pour co-gérer une succursale et ses conséquences en cas de démission de l'un d'entre eux. La Cour d'appel de Poitiers dans un arrêt du 2 mai 2001 a estimé que l'équilibre du contrat reposait sur l'engagement conjoint des époux, la démission de l'un rendait impossible la poursuite du contrat. Il revenait alors à l'employeur de licencier le second¹¹⁴.

Le comportement du salarié dans le cadre de sa vie personnelle peut compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise constituer une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement peut-il être l'occasion pour l'entreprise d'exiger un certain comportement du salarié qui soit en conformité avec les valeurs véhiculées par elle ? On voit ici le risque : l'entreprise qui affiche des valeurs morales sociétales, vertueuses peut-elle exiger la même chose de ses salariés ? Tout comportement délictueux serait alors considéré comme portant préjudice à l'entreprise.

Pour la Cour de cassation une faute commise dans le cadre de la vie personnelle ne peut constituer une faute disciplinaire à l'origine d'un licenciement¹¹⁵. En l'état actuel de la jurisprudence le risque est a priori nul puisque le préjudice causé à l'entreprise est apprécié au regard des fonctions du salarié et de la finalité de l'entreprise.

Par contre, lorsque les actes délictueux sont tels qu'il n'est pas admissible de conserver le salarié, le licenciement est envisageable. Ainsi dans un arrêt du 21 mai 2002 la Cour de cassation a reproché à une cour d'appel de ne pas avoir retenu la cause réelle et sérieuse du licenciement d'un salarié qui avait pour mission de diriger un établissement d'accueil et d'hébergement de personnes protégées sans rechercher si même survenus en dehors du lieu de travail les faits d'attentat à la pudeur sur mineure à l'origine d'une mise en examen n'avaient pas à eux seuls jeté le discrédit sur l'établissement que le salarié dirigeait et sur l'association¹¹⁶.

Un salarié cadre commercial dans une banque et tenu à ce titre d'une obligation particulière de probité à laquelle il a manqué en étant poursuivi pour des délits reconnus d'atteinte à la propriété d'autrui a pu décider que ces faits rendaient impossible la poursuite du contrat de travail¹¹⁷.

Cependant on paraît ici s'éloigner des raisons qui ont motivé l'embauche de l'intéressé pour glisser sur les obligations qui pèsent sur eux en leur qualité de salarié.

Pour terminer cette étude nous ferons deux observations. Ceux qui espéraient trouver le sens du travail, à tout le moins un sens du travail dans notre droit, seront certainement déçus et peut-être étonnés du peu de place qu'occupe cette question dans les travaux de nos parlementaires et juristes.

Cependant cette étude aura à notre avis eu le mérite de montrer quels étaient les leviers possibles pour défendre un certain sens du travail en particulier devant le juge. Le sens du travail n'a donc plus qu'à s'affirmer.

¹¹⁴ CA Poitiers, 2 mai 2001, n°00-1562, ch soc. Sté coopérative Coop atlantique c/Quéraux, RJS 03/2002, n° 375.

¹¹⁵ V., not. Cass. soc. 3 juin 2009, n° 07-44153.

¹¹⁶ Cass. soc 21 mai 2002 ADAPEI des Hautes Pyrénées, n° 00-41128.

¹¹⁷ Cass. soc. 25 janvier 2006 Durand, n° 04-44918

Odile Levannier-Gouël
Maitre de conférences à l'Université de Poitiers