

DE LA SUPÉRIORITÉ DU CONTRAT DE TRAVAIL SUR LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR

par Emmanuel DOCKÈS

Professeur à l'Université de Bourgogne

Le contrat renvoie une image d'égalité et de commun accord. Le pouvoir est inégalité et unilatéralisme. Contrat et pouvoir semblent donc *a priori* bien éloignés l'un de l'autre. Ils furent même longtemps conçus comme s'excluant l'un l'autre. Au nom du principe d'égalité proclamé en 1789, il appartenait au contrat de régir les rapports entre individus égaux. Au nom de l'intérêt général, les rapports entre personnes publiques et administrés étaient, eux, placés exclusivement sous le signe du pouvoir.

Ces conceptions un peu simplistes, imprégnées des dogmes révolutionnaires et d'une certaine naïveté, n'ont plus cours. Outre le recours croissant de la puissance publique au contrat¹, les relations de pouvoir entre cocontractants sont aujourd'hui de plus en plus reconnues et traitées comme telles. Déjà, Georges Ripert, dont on sait l'attachement à la figure traditionnelle du contrat, reconnaissait : « l'égalité n'existe jamais entre contractants »². Et les catégories du contrat d'adhésion ou même celles du contrat de dépendance ne sont plus guère contestées³. L'antinomie contrat-pouvoir

1. Cf. notamment M. Hecquart-Théron, « Contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA* 1993, 451.

2. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955, p. 272.

3. Sur la notion de contrat de dépendance, cf. notamment G. Virrassamy, *Les contrats de*

a perdu de sa rigidité au profit d'une certaine cohabitation. Le conflit des paradigmes n'en reste pas moins vif. Et leur confrontation demeure source de controverses⁴.

Dans l'histoire de l'agencement du contrat et du pouvoir, le droit du travail occupe une place majeure, d'une part du fait de l'ancienneté de la reconnaissance, en la matière, d'une présence simultanée du pouvoir et du contrat, et d'autre part du fait du caractère fondateur, pour la matière, de cette reconnaissance. Le pouvoir de l'employeur sur ses salariés n'a jamais été totalement nié. Il est aujourd'hui présent en droit notamment sous les noms de pouvoir de direction, de pouvoir disciplinaire ou de pouvoir réglementaire de l'employeur. Et la subordination du salarié demeure le critère essentiel de définition du domaine d'application du droit du travail. Cette présence centrale du pouvoir ne permet pas pour autant de rejeter le contrat individuel de travail hors de la catégorie des contrats. Origine de la relation de travail, il n'a pu être totalement évacué, même par ses plus fervents adversaires⁵. Réhabilité par Gérard Lyon-Caen à la fin des années 1960⁶, le contrat individuel de travail a même connu un puissant essor depuis la fin des années 1980⁷.

Cet essor a permis de renouveler la question, ancienne, des places respectives du contrat individuel et du pouvoir en droit du travail. Il faut désormais considérer comme jurisprudentielle l'affirmation d'une supériorité hiérarchique du contrat sur le pouvoir dans la hiérarchie des normes du droit du travail (III). Cette position, quoique souvent contestée ou méinterprétée, apparaît pleinement justifiée. Pour le montrer, il est nécessaire de distinguer avec netteté le pouvoir juridique de l'employeur de son pouvoir de fait (I). Le pouvoir juridique se comprend alors comme une source

dépendance, LGDJ 1990, préf. J. Ghestin. Pour une survivance du refus de prendre en compte l'inégalité des parties, voir cependant C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, LGDJ 2002.

4. Cf. notamment P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, thèse, dactyl. Paris X, déc. 2002.

5. Cf. notamment P. Durand, « À la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I, 337.

6. G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.* 1968, t. 13, p. 59.

7. Cf. notamment A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 540; A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 299; P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999, p. 383. Sur l'ensemble de cette évolution et sur les différentes fonctions désormais reconnues à la figure du contrat de travail, cf. A. Jeammaud, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003 (disponible sur www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/24.pdf).

d'obligations qui, pour accéder au droit, nécessite une habilitation contractuelle préalable (II).

I. – POUVOIR DE DROIT ET POUVOIR DE FAIT

Le pouvoir juridique est, comme le contrat, une source d'obligations⁸. Cette caractéristique, qui l'intègre au sein du droit, est commune à l'ensemble des pouvoirs juridiques, qu'ils soient publics ou privés⁹. En droit du travail, la qualité de source d'obligation du pouvoir de direction de l'employeur découle de l'intégration au système juridique des directives qu'il permet d'édicter. Intégration qui se vérifie lorsque la jurisprudence qualifie la violation d'une directive patronale de faute juridique du salarié¹⁰.

Le pouvoir de formuler des ordres ayant valeur juridique, c'est-à-dire de créer des obligations, ne doit pas être confondu avec l'influence sur ses salariés que l'employeur détient *dans les faits*. Cette influence a sa source principale dans la domination économique subie, le plus souvent, par les salariés. Elle peut, en pratique, être beaucoup plus étendue que le pouvoir juridiquement reconnu à l'employeur. Ce dernier a parfois la capacité factuelle d'influer sur la vie privée du salarié, de porter atteinte à ses droits fondamentaux, voire même à son intégrité physique. Mais cette influence n'est qu'un fait. Elle n'est pas une prérogative juridique. Elle est même, dans les exemples précités, une violation caractérisée du droit. Le pouvoir de fait n'est pas le pouvoir de droit¹¹.

Le pouvoir de fait n'est pas non plus la source du pouvoir du droit.

8. Il s'oppose simplement au contrat en ce que, à la différence de celui-ci, il permet de créer des obligations à la charge d'un débiteur sans que celui-ci n'y ait préalablement consenti.

9. À titre d'exemple, affirmer que le mandataire est détenteur d'un pouvoir signifie qu'il a la faculté de créer des obligations à la charge de son mandant. Pour de plus amples développements sur la notion de pouvoir juridique, cf. E. Dockès, *Valeurs de la démocratie. Essai sur huit notions fondamentales*, Dalloz 2004, chap. 3.

10. Les arrêts du 10 juillet 1996, et en particulier l'arrêt « Le Berre » (*Bull. civ. V*, n° 278), affirment même que le refus d'obéissance au pouvoir de direction « constitue, en principe, une faute grave ». Par exception, il peut cependant s'agir d'une faute simple (cf. Soc. 3 avr. 1997, *RJS* 5/97, n° 523 ; ou encore Soc. 9 mars 2001, *RJS* 7/01, n° 837 ; Soc. 27 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 234 ; Soc. 2 avr. 2002, *JS UIMM* n° 664, p. 268).

11. Sur cette distinction appliquée au droit du travail, *adde* E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Dr. soc.* 2004, p. 620-629.

II. – DE LA NÉCESSITÉ D'UNE SOURCE JURIDIQUE AU POUVOIR DE DROIT

Le fait du pouvoir est premier. Les employeurs n'ont pas attendu l'autorisation de la loi ou du contrat pour commander leurs salariés. Chefs d'entreprise, ils l'étaient bien avant d'être juridiquement qualifiés de tels. Cette primauté historique a pu conduire certains auteurs à considérer que le pouvoir reconnu juridiquement à l'employeur résultait directement du pouvoir qu'il détenait en fait. Les rapports de domination existant en pratique étaient alors reconnus comme pouvant accéder d'eux-mêmes à la vie juridique, sans que le concours d'une source formelle du droit ne soit requis. Cette conception d'un droit soumis au fait, qui est une des formes que peut prendre le jusnaturalisme ou le sociologisme, a été déclinée sous des formes très variables.

La principale, historiquement, est la théorie institutionnelle. Selon cette théorie, dans la forme que lui a donnée Hauriou¹², une institution naît de la réunion de personnes, se donnant un moyen d'expression commun, autour d'une idée d'œuvre. Ces éléments de fait permettent, selon l'auteur, l'apparition d'une institution, soit d'une entité dotée d'une certaine transcendence, qui est source du droit, et au sein de laquelle les individus sont fondus pour être intégrés comme organe ou comme partie d'un organe. Le pouvoir ne trouve plus alors de limites que dans le respect de la finalité de l'institution. L'intérêt de l'entreprise serait dans ce contexte le principal frein du pouvoir de l'employeur et non le contrat, lequel est conçu comme un simple acte d'adhésion à l'institution. Cette limitation par l'intérêt de l'entreprise est en pratique un peu théorique, d'autant que la théorie institutionnelle désigne l'employeur comme interprète officiel de la teneur de cet intérêt de l'entreprise¹³.

Le principal danger de la théorie institutionnelle est cependant ailleurs. Parmi les différents organes de l'institution, cette théorie accorde une place à part à l'organe dirigeant, au chef de l'institution. Son existence est l'un des éléments constitutifs essentiels d'une institution et sa reconnaissance

12. Cf. notamment M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 2^e série, t. 11, 1906, p. 134-182 ; « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée* 1925, n° 4, p. 2-45. Sur cette théorie, cf. notamment E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* 1995, n° 30/31.

13. Pour une critique de la notion d'intérêt de l'entreprise, cf. G. et A. Lyon-Caen, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec 1978, p. 599 et s.

comme source du droit est l'un des effets principaux de la théorie¹⁴. Or, dans le cadre d'une analyse institutionnelle, pour connaître quel est le chef de l'institution, le créateur de droit, il suffit d'observer celui ou ceux qui dans les faits dirigent. Le chef de l'institution est celui qui exerce le pouvoir de fait. C'est parce qu'il détient ce pouvoir qu'il est chef et c'est parce qu'il est chef qu'il est détenteur d'un pouvoir de droit. La théorie institutionnelle permet ainsi une « auto-juridification », une auto-légitimation du pouvoir. On sait les dangers que porte en lui un tel raisonnement. Même sans aller jusqu'aux dérives extrêmes auxquelles il a conduit sous la plume d'un auteur comme Carl Schmitt¹⁵, l'auto-légitimation du pouvoir et son accession au juridique sans habilitation affirment la soumission du droit au pouvoir et s'opposent ainsi à la limitation du pouvoir par le droit. Sous l'influence notamment de Paul Durand, la Cour de cassation a pourtant, un temps, été tentée par cette vision du pouvoir de l'employeur. En ce sens, de manière symptomatique, le célèbre arrêt « Poliet et Chausson » du 16 juin 1945 avait affirmé que le pouvoir disciplinaire du « patron » est « inhérent à sa qualité »¹⁶ et la Cour avait pu, en plusieurs occasions, prétendre que l'employeur était « seul juge » de l'intérêt de l'entreprise¹⁷. Ces motivations discutables, abandonnées depuis de début des années 1980, appartiennent désormais au passé¹⁸.

14. Cf. notamment Hauriou 1925, préc. p. 11.

15. Cf. notamment C. Schmitt, « Der Führer schützt das Recht » (« Le Führer protège le droit »), *Deutsche Juristenzeitung* 1934/29. Dans cet article, l'auteur applique sa vision institutionnelle du droit pour légitimer les assassinats commis sur ordre de Hitler lors de la nuit des longs couteaux du 30 juin 1934 : « Le Führer préserve le droit des pires déviances en créant directement du droit, [...] en se fondant sur sa fonction de Führer et en tant que juge suprême. [...] En vérité, l'acte du Führer était l'expression de la vraie justice. Il n'est pas soumis à la justice, mais il est lui-même justice suprême » (trad. M. Fromont *et alii*, in Bernd Rhüters, « Citations d'un "auteur classique" [Carl Schmitt] selon les époques », *RFD const.* 2002, p. 540). Les assassinats commis sur ordre du chef de l'institution sont ainsi ordonnés par la source suprême du droit, ils sont donc des exécutions capitales juridiquement fondées... Ce raisonnement, qui n'est qu'une simple application de la théorie institutionnelle prônée par l'auteur, conduit à la négation pure et simple de l'idée démocratique d'État de droit.

16. J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, n° 63 ; *Dr. soc.* 1946, p. 427, note P. Durand.

17. Cf. notamment Soc. 15 janv. 1960, *Bull. civ. V*, n° 49 : « l'employeur [...] est seul juge de savoir quels sont les salariés qu'il doit conserver dans l'intérêt de son entreprise » (voir déjà Soc. 31 mai 1956, Brinon, *JCP* 1956, II, 9397, note Esmein ; D. 1958, p. 21, note Levasseur ; *adde* Soc. 27 janv. 1971, *Bull. civ. V*, n° 54 ; Soc. 18 déc. 1972, *Bull. civ. V*, n° 695).

18. L'abandon de la doctrine de l'employeur seul juge a été progressif avec la montée du contrôle de l'abus du droit de licencier au début des années 1970, puis à la suite des lois limi-

Dans un système juridique démocratique, en effet, les principes d'égalité et de liberté interdisent de traiter le pouvoir comme un fait auquel le droit doit se soumettre. Bien au contraire, ces principes font du pouvoir entre personnes privées un fait en principe illicite¹⁹. Ce n'est que par exception et sous condition d'autorisation par une norme d'habilitation, qu'un pouvoir juridique peut être reconnu.

En droit, si le salarié est tenu d'obéir à l'employeur, ce n'est pas parce que ce dernier est naturellement un chef, ni parce qu'il est en fait puissant, ni parce que cela découle de sa puissance économique. Aucune de ces réponses, qui ne font que décliner des faits, n'est admissible comme norme juridique d'habilitation. Une telle norme d'habilitation ne peut pas non plus être découverte dans la loi qui ne mentionne pas le pouvoir de direction de l'employeur, ni dans la jurisprudence qui ne fait que reconnaître son existence. En droit français, seul le contrat individuel de travail peut être reconnu comme norme d'habilitation du pouvoir juridique de l'employeur. Cette interprétation est la seule qui permette d'identifier la source juridique du pouvoir et l'élément essentiel de sa justification. C'est bien en effet parce que le salarié a consenti par contrat au pouvoir de l'employeur qu'il y est juridiquement soumis.

Dans une vision kelsenienne de la hiérarchie des normes, cette reconnaissance du contrat comme norme d'habilitation du pouvoir suffit pour fonder la supériorité du contrat sur le pouvoir. Mais en outre, une telle supériorité s'impose au nom des principes fondamentaux de notre système juridique. En droit, les principes de liberté et d'égalité font du pouvoir juridique dans les rapports entre personnes privées une exception d'interprétation stricte, alors que le contrat apparaît lui une source d'obligations qui n'a rien d'exceptionnel. Enfin, les obligations contractuelles sont le fruit de plusieurs volontés alors que les obligations issues du pouvoir dérivent d'une volonté unique. Il est donc logique que les premières l'emportent sur les secondes. Ces différents éléments permettent de comprendre pourquoi le contrat individuel de travail l'emporte à chaque fois qu'il peut être opposé à un acte de pouvoir de l'employeur.

tant le droit de licencier de 1973 et 1975. Sur cet abandon, cf. notamment la note de Jean Pélissier, sous Soc. 31 mai 1978, D. 1978, 569 ; *adde* Soc. 6 févr. 1980, *Bull. civ.* V, n° 109. *Adde* P. Waquet, « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.* 1996, p. 472 et s., sp. p. 476. Voir cependant la résurgence isolée et maladroite de l'idée d'employeur seul juge dans Soc. 21 févr. 1990, *Bull. civ.* V, n° 81. L'idée d'un pouvoir disciplinaire inhérent à la qualité de chef d'entreprise a, elle, été contredite expressément par la loi du 4 août 1982, ce qui a conduit à l'abandon de la formule en jurisprudence.

19. En principe, nul ne peut obliger autrui sans son consentement.

III. – L’AFFIRMATION JURISPRUDENTIELLE DE LA SUPÉRIORITÉ JURIDIQUE DU CONTRAT SUR LE POUVOIR

La supériorité juridique du contrat individuel de travail sur le pouvoir juridique de l’employeur a d’abord été reconnue au sujet du pouvoir de direction. D’un point de vue formel, cette solution n’a été affirmée de manière définitive qu’avec l’arrêt « Le Berre » du 10 juillet 1996²⁰. Cet arrêt, bien connu, revient sur une terminologie antérieure fort discutable qui pouvait laisser à penser que, par décision unilatérale, l’employeur pouvait modifier quelque peu le contrat individuel de travail. Même limitée aux modifications « non substantielles », cette faculté de modification unilatérale du contrat générait une incontestable ambiguïté. Avec l’arrêt « Le Berre » l’agencement du pouvoir et du contrat est désormais clarifié. Par cet arrêt et la jurisprudence qui l’a suivi, la Cour affirme nettement, et logiquement, que le contrat ne peut aucunement être modifié par le pouvoir de l’employeur. Ce qui signifie en d’autres termes que le contrat s’impose à l’employeur et limite son pouvoir de direction. Entre contrat et pouvoir les rôles sont ainsi clarifiés. Le contrat fixe un cadre professionnel et géographique à la relation de travail. Ce cadre peut être plus ou moins rigide, mais il est impératif. Incomplet, il laisse une marge de manœuvre au sein de laquelle peut s’exprimer le pouvoir de direction concédé à l’employeur.

20. *Bull. civ. V*, n° 278 ; *Les grands arrêts du droit du travail*, préc. n° 49. Dans le même sens, cf. notamment Soc. 3 avr. 1997, *RJS* 5/97, n° 523 ; Soc. 9 mars 2001, *RJS* 7/01, n° 837 ; Soc. 27 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 234 ; Soc. 2 avr. 2002, *JS UIMM* n° 664, p. 268... Cette jurisprudence a fait l’objet de critiques sur des modes divers. Les plus intéressantes ont été formulées par M. Jean Péliissier (cf. J. Péliissier, « Difficultés et dangers de l’élaboration d’une théorie jurisprudentielle : l’exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF 2001, p. 101 et s.). Ces critiques ne prenaient au demeurant nullement appui sur une vision d’un pouvoir de l’employeur devant par nature dominer le contrat. Bien au contraire, il s’agissait de défendre au fond la solution antérieure, qui au travers du « non-substantiel » ne laissait à l’employeur qu’un pouvoir unilatéral sur les aspects minimes de la relation de travail, pour lui interdire toute action unilatérale sur le substantiel, soit sur l’ensemble des éléments fondamentaux de la relation de travail. Cette crainte peut apparaître à certains égards justifiée. Avec cet auteur, mais tout en conservant l’affirmation essentielle d’une supériorité du contrat sur le pouvoir, ne serait-il pas possible de prôner la reconnaissance expresse, par la Cour de cassation, du caractère contractuel de l’ensemble des éléments substantiels de la relation de travail (voir en ce sens E. Dockès, « La détermination de l’objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 140 et s.). Les éléments « non substantiels » pourraient quant à eux relever ou non du pouvoir de l’employeur, selon les prévisions des parties au contrat.

Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, qui n'est que l'accessoire du pouvoir de direction, a lui aussi été clairement subordonné au contrat. Cette évolution est perceptible dans le souci de la jurisprudence de cantonner le pouvoir disciplinaire au sein des fautes professionnelles, soit encore au sein des fautes qui peuvent s'interpréter comme de mauvaises exécutions soit des obligations issues directement du contrat de travail, soit des obligations issues des directives de l'employeur exprimées dans le cadre du pouvoir qui lui est concédé par le contrat²¹. La supériorité du contrat sur le pouvoir disciplinaire a surtout été affirmée avec force s'agissant des sanctions pouvant être décidées unilatéralement par l'employeur. La jurisprudence « Hôtel Le Berry »²² affirme clairement que toute sanction qui modifierait le contrat de travail peut être refusée par le salarié, et ce, quelle que soit la faute commise. La primauté du contrat de travail sur le pouvoir disciplinaire est ainsi affirmée avec toute la fermeté requise²³.

21. Sur l'exigence d'une faute qui soit une violation des obligations qui lient le salarié « à l'égard de son employeur », cf. notamment Soc. 4 juill. 2000, *Bull. civ. V*, n° 263. *Adde* Soc. 28 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 249 ; Soc. 21 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 115. Il en découle que le pouvoir disciplinaire ne peut sanctionner des fautes qui se rattachent à la vie personnelle du salarié (Soc. 14 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 175 ; Soc. 15 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 279 ; Soc. 27 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 249), y compris celles commises aux lieux et temps de travail (cf. notamment Soc. 2 oct. 2001, Nikon, *Dr. soc.* 2001, 915, note J.-E. Ray ; D. 2001, 3148, note P.-Y. Gautier, D. 2002, somm. 2296, obs. C. Caron ; RTD civ. 2002, 72, obs. J. Hauser), y compris lorsque celles-ci, constitutives d'infractions pénales, ont conduit le salarié à être placé en détention provisoire (Soc. 26 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 630, obs. J. Savatier). Cependant, « lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions, et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière », une résurgence du pouvoir disciplinaire est reconnue par la Cour de cassation (Soc. 17 avr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 201 ; *Dr. soc.* 1991, 485, note J. Savatier ; Soc. 20 nov. 1991, *Bull. civ. V*, n° 513 ; *Dr. soc.* 1992, 79 ; Soc. 22 janv. 1992, préc. ; Soc. 30 juin 1992, *Bull. civ. V*, n° 429 ; Soc. 14 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n° 369 ; Soc. 3 déc. 2002, *Bull. civ. V*, n° 361). En toute rigueur, les comportements qui échappent au pouvoir de direction ne devraient pourtant pas pouvoir être sanctionnés disciplinairement, même s'ils constituent un trouble caractérisé. Ces comportements peuvent être une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif personnel, mais ils ne devraient pas être une cause de licenciement disciplinaire. La jurisprudence rechigne encore à admettre cette dernière conséquence de la supériorité du contrat sur le pouvoir (cf. notamment Soc. 3 déc. 2002, préc. ; Soc. 2 déc. 2003, *RJS* 02/04, n° 181). Et il faut espérer que ce résidu de la vision institutionnelle du pouvoir est voué à une disparition prochaine.

22. Soc. 16 juin 1998, Hôtel Le Berry, *Bull. civ. V*, n° 320 ; *Les grands arrêts du droit du travail*, préc. n° 65. Voir déjà l'arrêt « Saint-Michel » du 21 février 1990 (*Bull. civ. V*, n° 74 ; *Dr. soc.* 1991, 16, chron. A. Mazeaud), qui inaugurerait cette solution et l'appui décisif que cette solution avait alors pu recevoir de la part de Jean Pélissier : « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », D. 1992, chron. 30.

23. La violence de certaines critiques dogmatiques formulées contre cette jurisprudence (cf.

Source juridique du pouvoir de l'employeur, le contrat est donc aussi l'une de ses principales limites. Celle-ci n'est certes pas toujours très efficace. Le contrat individuel de travail est souvent un simple contrat d'adhésion, au sein duquel la marge de négociation du salarié est pour le moins faible. L'employeur est ainsi, de fait, l'auteur principal des contrats de travail²⁴. Ce qui lui permet, dans une certaine mesure, de prévoir des dispositions accroissant le champ du pouvoir qui lui est concédé, par des clauses de mobilité par exemple. Lois et conventions collectives ont donc un rôle majeur pour pallier les faiblesses de la technique contractuelle. Leur importance est telle que le prestige du contrat a pu un temps en être réduit, au point qu'il a été proposé de le déclasser dans la hiérarchie des normes, pour en faire une source subalterne, égale ou inférieure au pouvoir unilatéral du chef d'entreprise. Pourtant, que le contrat soit relativement faible en pratique ne signifie pas qu'il doit être encore affaibli par une théorie juridique. Bien au contraire, les faiblesses pratiques du contrat sont autant de motifs plaidant en faveur de son renforcement face au pouvoir juridique.

Aussi, c'est avec les meilleures des raisons que la jurisprudence reconnaît la supériorité hiérarchique du contrat individuel de travail sur le pouvoir juridique de l'employeur. Et cette supériorité doit désormais être admise comme l'un des éléments fondamentaux de la structure même du droit du travail.

notamment J. Mouly, « Disciplinaire donc non contractuel », *Dr. soc.* 2003, p. 395 ; C. Radé, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », *Dr. soc.* 1999, p. 3) montre à quel point une partie de la doctrine travailliste reste marquée par une vision transcendante et naturaliste du pouvoir de l'employeur. En opposition à ces positions désormais dépassées, cf. notamment A. Mazeaud, « Contractuel, mais disciplinaire », *Dr. soc.* 2003, p. 164.

24. En outre, une étrange jurisprudence récente ôte toute force obligatoire à certaines dispositions expresses du contrat de travail, comme la mention du lieu de travail. Et cette jurisprudence vient restreindre d'autant la portée pratique de certaines des limitations du pouvoir encore présentes au sein des contrats (cf. Soc. 3 juin 2003, deux arrêts, *Dr. soc.* 2003, p. 884, note Jean Savatier ; *JCP G* 2003, II, 10165, Marc Véricel ; J. Péliissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles », *RJS* 01/04, p. 3-6 ; Soc. 21 janv. 2004, pourvoi n° 02-12712, à paraître au *Bull. civ.* V). Ces arrêts sont forts discutables. Ainsi que le remarque avec force Jean Péliissier (préc.), non seulement ces arrêts qualifient à tort certaines clauses de simplement « informatives », mais en outre ils leur dénie la valeur juridique qui est normalement accordée à de simples clauses « informatives »...

