

Quand le principe de réalité l'emporte

La chambre sociale de la Cour de cassation n'a de cesse de nous étonner. On l'a connue pugnace, accusée d'empêcher le droit du licenciement pour motif économique de tourner en rond. À tel point que la loi de sécurisation de l'emploi a crû bon de la dessaisir du contentieux des plans de sauvegarde de l'emploi. Probablement lasse de toutes ces attaques, elle a décidé de laisser filer les ruptures conventionnelles (RC) qui fleurissent partout dans nos entreprises. La messe est dite : comme l'explique Yann Leroy, l'auteur de notre forum, la rupture conventionnelle est devenue une rupture de masse (plus d'un million à ce jour) qui ne doit pas susciter un contentieux de masse. Pragmatique, le juge de cassation n'entend pas entraver le parcours fulgurant de la rupture conventionnelle mais l'accompagne et la conforte dans son succès. Hasard et paradoxe du calendrier, au moment où la chambre sociale rend quatre arrêts conciliants sur la RC, la critique vient de... l'OCDE, qui recommande au Gouvernement et aux partenaires sociaux de rendre ce nouveau mode de rupture moins attractif pour les seniors. La chambre sociale prêtera-t-elle une oreille attentive à cet appel ?

Françoise Champeaux

DÉBAT. Avec la loi de sécurisation de l'emploi, le droit de la mobilité s'est émancipé de la tutelle des droits de la modification et du licenciement. Compte rendu d'une séance de l'AFDT avec Savine Bernard, Alexandre Fabre et Yasmine Tarasewicz.

Vers un droit des mobilités ?

Il y a eu les préoccupations liées à la flexibilité, maître mot des années 90-2000. Il y a place aujourd'hui à un débat sur la mobilité, promue par la récente loi de sécurisation de l'emploi à travers les accords de mobilité interne et la mobilité volontaire sécurisée. C'est dans l'ensemble de ses dimensions, interne, externe, géographique, professionnelle, choisie, contrainte que la thématique a été abordée le 31 janvier à l'occasion d'une réunion de l'Association française de droit du travail (AFDT) qui s'est tenue dans les prestigieux locaux de la chambre sociale de la Cour de cassation. Présidée par Pierre-Yves Verkindt, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, la séance intitulée « Vers un droit des mobilités » a réuni Alexandre Fabre, Professeur à l'Université d'Artois, Savine Bernard, Avocate au barreau de Paris et Yasmine Tarasewicz, Avocate associée, cabinet Proskauer. Compte rendu.

LA NAISSANCE D'UN DROIT

Pour Alexandre Fabre, la mobilité désigne « l'ensemble des dispositifs permettant un changement de situation des salariés, que ces changements interviennent au sein de l'entreprise ou qu'ils les conduisent à quitter l'entreprise ». La mobilité s'est d'abord située du côté du droit de la modification et du droit du licenciement, avant de se trouver un contenu spécifique.

► Un droit balbutiant

La mobilité a dans un premier temps été « inféodée » au droit de la modification et au droit du licenciement, avant de s'en affranchir peu à peu.

Droit de la modification

Pendant longtemps, la question a été de savoir si la mobilité envisagée constitue une modification du contrat ou un changement des conditions de travail.

Ce prisme du droit de la modification a conduit à individualiser le traitement de la mobilité. S'agissant d'un déménagement par exemple, il fallait s'interroger sur la question de savoir s'il se traduisait pour chaque salarié par une modification ou un changement des conditions de travail. Mais cette rigidité n'est qu'apparente. Certains éléments contractuels, comme le secteur géographique ou la qualification professionnelle, constituent autant d'aires de mobilité qui s'imposent au salarié.

Droit du licenciement économique

Mécaniquement, lorsque la mobilité s'analyse en une modification, elle est également « inféodée », selon l'expression utilisée par Alexandre Fabre, au droit du licenciement pour motif économique. Le raisonnement est le suivant : la mobilité doit être justifiée par « une cause économique admissible » (difficultés économiques, sauvegarde de la compétitivité) ; la mobilité/modification doit être proposée par écrit, le salarié disposant d'un mois de réflexion pour répondre, son silence valant acceptation (C. trav., art. L. 1222-6) ; lorsque plus de dix salariés refusent la modification, l'employeur doit mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi.

Là encore, l'inféodation n'est pas totale car le droit du licenciement économique fait une place à la mobilité dans le cadre de l'obligation de reclassement interne et externe.

► Vers l'autonomie du droit de la mobilité

La volonté de soustraire la mobilité du droit du licenciement économique

Deux lois successives ont « encouragé » la mobilité.

- La loi Borloo du 18 janvier 2005 a mis en place un dispositif de mobilité *via* la GPEC. Souvent dénommé « gestion active de l'emploi », il permettait d'organiser une mobilité interne

ou externe pour des emplois menacés à terme. Certaines entreprises n'ont pas hésité à soustraire ce dispositif de l'application du droit du licenciement économique.

- La loi du 30 décembre 2006 a mis en place un congé de mobilité dont l'objet est de favoriser le retour à un emploi stable par des mesures d'accompagnement. L'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture d'un commun accord des parties à l'issue du congé. Rupture amiable et non licenciement pour motif économique, même si la Cour de cassation a considéré que l'essentiel du droit du licenciement économique avait vocation à s'appliquer.

La loi de sécurisation de l'emploi : l'approfondissement

La dernière réforme du marché du travail marque plus nettement l'autonomie de la mobilité. Deux dispositifs en témoignent : l'accord de mobilité interne et la mobilité volontaire sécurisée.

- Les accords de mobilité interne portent sur « *les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* » (C. trav., art. L. 2242-21). L'idée est de déconnecter la mobilité d'une restructuration destructrice d'emplois et de la limiter à la seule mobilité géographique et professionnelle. L'accord de mobilité définit la zone géographique d'emploi du salarié et, au-delà, la zone dans laquelle une mobilité peut lui être demandée. Le régime juridique de ce type d'accord exclut le droit de la modification puisque les clauses contraires à l'accord collectif (clause de mobilité, clause de contractualisation du lieu) sont suspendues. De même, il est fait partiellement exception au droit du licenciement économique. Les licenciements pour motif économique sont individuels, même lorsque plus de dix sont prononcés. L'obligation de reclassement est adaptée. Le motif économique du licenciement est problématique, les « *mesures d'organisation courantes* » sont assez éloignées des justifications du licenciement économique (difficultés économiques, sauvegarde de la compétitivité), sauf à considérer qu'un

nouveau motif est issu de l'existence de l'accord.

- La mobilité volontaire sécurisée permet à un salarié de travailler dans une autre entreprise pendant la période dite de mobilité. Son contrat de travail est alors suspendu. Si au cours ou au terme de cette période, le salarié décide de ne pas réintégrer son entreprise d'origine, le contrat qui le lie à son premier employeur est rompu. La rupture s'analyse en une démission. « *N'est-ce pas là que réside la plus grande éviction du licenciement pour motif économique ?* », s'est interrogé Alexandre Fabre. D'autant qu'une « *instrumentalisation du dispositif n'est pas à exclure* » lorsqu'une entreprise entend réduire ses effectifs sans pour autant décider de suppressions d'emplois. Dans ce cas, elle « *échapperait à bon compte à tout le droit du licenciement pour motif économique* ».

► Le temps de la structuration

Les aspects individuels

Deux types de règles régissent le droit de mobilité sur le plan individuel. Il s'agit d'abord d'organiser les transitions professionnelles des salariés dans le cadre d'une mobilité externe. Tel est l'objectif du congé pour création d'entreprise, de mobilité, de conversion, de reclassement et de la période de mobilité volontaire sécurisée. Tous ces dispositifs ont en commun de suspendre le contrat de travail, d'habitude synonyme de stabilité de l'emploi, désormais mise au service de la mobilité. Il s'agit ensuite de « *protéger la personne du salarié* » en lui reconnaissant un droit au refus qui n'est pas issu, aux termes de la loi, de l'existence d'une modification du contrat mais à des fins de protection individuelle, comme pour le temps partiel ou le repos dominical. Le salarié est le mieux placé pour protéger sa vie personnelle et familiale, évoquée à trois reprises dans le régime des accords de mobilité interne. Mais « *il ne faut pas se méprendre* », prévient Alexandre Fabre. Si les droits fondamentaux du salarié montent en première ligne, c'est parce que la mobilité a « *chassé ou écorné d'autres sources de protection, comme le contrat individuel* ».

Les aspects collectifs

C'est en 2005 avec la loi Borloo que la gestion de l'emploi est devenue un

objet de négociation, et la mobilité une problématique collective. Depuis, le législateur n'a cessé d'affirmer le rôle prépondérant de la négociation collective sur ces sujets. Les organisations syndicales sont divisées sur la question et hésitent à s'engager. Sur un plan juridique, la négociation est incontournable dans la mesure où le régime juridique déroge à la loi sur plusieurs points et que « *le verrou ne peut être levé qu'avec l'assentiment des organisations syndicales* ». La négociation collective joue ici un rôle d'encadrement (détermination de la zone de mobilité, garanties et contreparties offertes au salarié s'agissant de l'accord de mobilité interne) qu'il ne faut pas sous-estimer. À cet égard, la récente jurisprudence sur les forfaits-jours, qui conditionne les contreparties et garanties à la validité de l'accord collectif, offre un modèle éclairant, a conclu Alexandre Fabre.

UN DROIT PAS ENCORE MÛR

► Un droit en plein essor

Pour Yasmine Tarasewicz, Avocate associée, Proskauer, la mobilité est un vrai sujet que les entreprises se doivent de traiter sérieusement. Beaucoup d'entre elles le font mais se heurtent à de sérieux obstacles liés à la situation professionnelle du conjoint ou encore à la garde alternée des enfants. L'avocate salue la place des accords de mobilité interne dans l'architecture du Code du travail. Preuve que le sujet « *a pris du galon* » grâce à la loi de sécurisation de l'emploi. La mobilité interne occupe désormais une sous-section 2 dans une section III consacrée à la négociation triennale. Ce droit naissant s'est avéré très utile pour assurer les transitions professionnelles des salariés des banques, qu'il a fallu réorienter des activités risquées vers des activités moins risquées suite à la crise de 2008.

Ce droit porte sur l'accompagnement de la mobilité, sur ce qu'il convient d'appeler « *la zone acceptable de mobilité* » eu égard à la vie familiale et personnelle. L'erreur serait d'entrer dans le dispositif par le droit de la rupture.

► Une négociation spécifique

L'article L. 2242-23 du Code du travail prévoit une phase de concertation « *permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés* » ●●●

●●● *potentiellement concernés* ». Lorsque l'employeur « *souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord [...], il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6* ». Cette phase de concertation est une bonne chose même si l'on peut regretter que la mobilité ne s'émancipe pas de la GPEC. Selon Yasmine Tarasewicz, la problématique des accords de mobilité se pose davantage comme une conséquence de la nouvelle consultation sur « *les orientations stratégiques de l'entreprise* ». Pour l'avocate, il est difficile de lancer des principes de mobilité dans la GPEC. Il est plus aisé de gérer des événements ponctuels. En pratique, il peut être utile de prévoir dans la négociation sur la GPEC quelques mesures phares et de constater que pour tel événement, les partenaires sociaux ouvriront des négociations spécifiques.

Concrètement, l'accord de mobilité interne s'inscrit dans le cadre « *de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* » (C. trav., art. L. 2242-21). Sont certainement visées les hypothèses de déménagement ou encore les transferts d'activité entre sites tels qu'ils se pratiquent dans le secteur de l'automobile. Nul doute que certains seront tentés par une fraude au PSE en prévoyant un volet accompagnement réduit au minimum et un volet conséquences du refus de mobilité très généreux.

La négociation doit être pourtant conduite de bonne foi. Il faut donc écrire que l'on est bien dans des mesures collectives d'organisation courante, prévoir un vrai dispositif d'accompagnement et corréliser l'accord à un événement particulier. Enfin, l'encadrement de la phase postérieure à l'accord est essentiel. À cet égard, il ne faut pas exclure un basculement dans le droit du PSE, alors même que la loi a prévu des licenciements individuels pour motif économique. En réalité, s'il y a beaucoup de « *refusants* », on n'est plus dans l'accord de mobilité mais dans un PSE dont le motif économique (les mesures collectives d'organisation courante) sera difficile à motiver. Ce choix de ne pas aller au bout de la logique des accords de mobilité a été opéré dans deux accords récents concernant les secteurs de la banque et de l'automobile, a pointé Yasmine Tarasewicz.

ASSIMILATION MOBILITÉ GÉOGRAPHIQUE/PROFESSIONNELLE

► Un cocktail explosif

Savine Bernard, Avocate au barreau de Paris, défendant exclusivement les salariés, a rappelé qu'avant la loi de sécurisation de l'emploi, le contentieux portait essentiellement sur la mobilité géographique, soit sur un contentieux du licenciement et de l'abus de droit. Les dossiers étaient difficiles car la charge de la preuve pesait sur le salarié. À lui de prouver que la clause de mobilité n'a pas été mise en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise et que l'employeur a détourné la clause de sa finalité. Ce contentieux touche particulièrement les femmes. Les tribunaux exigent de surcroît un niveau élevé d'atteinte à la vie personnelle (enfant handicapé, père atteint d'Alzheimer, mère élevant seule quatre enfants...).

L'avocate a insisté sur le changement de terminologie de la loi du 14 juin 2013 qui a retenu le terme de mobilité professionnelle, préféré au « *changement de poste* » qui relevait d'un contentieux sur la modification du contrat. Ce changement de dénomination n'est pas neutre puisqu'il vise à une assimilation du changement de fonction à la mobilité géographique. Par conséquent, les exceptions admises pour la mobilité géographique (clause de mobilité, obligation de mobilité prévue par la convention collective dont le salarié a eu connaissance) vont-elles être admises pour le changement de fonction ?

Par ailleurs, le cumul de ces deux mobilités dans un même accord peut s'avérer explosif. Dans la triste affaire France Télécom, un plan de mobilité « *time to move* » a été mis en œuvre, conjuguant la mobilité professionnelle et géographique. Comme chacun sait, ce plan s'avérera être une « *véritable bombe sociale* ».

► La coexistence de plusieurs régimes juridiques

En matière de mobilité, vont perdurer plusieurs régimes juridiques :

Mobilité géographique

- Si une clause de mobilité existe sans accord de mobilité interne, le régime de la modification du contrat de travail ne s'applique pas. En cas de refus, le salarié est licencié pour motif personnel.

- Dans l'hypothèse d'un accord de mobilité interne, si une clause de mobilité existe, le régime de la modification du contrat de travail s'applique et corrélativement celui du licenciement qui « *repose* » sur un motif économique avec le bénéfice de mesures d'accompagnement. Le régime est donc plus favorable qu'antérieurement.

En cas d'absence de clause de mobilité et en présence d'un accord de mobilité interne, le régime est moins favorable qu'antérieurement. Le refus de la mobilité s'analyse en un licenciement économique pour motif individuel.

Mobilité fonctionnelle

- Dans l'hypothèse où il n'y a pas d'accord de mobilité interne, le licenciement pour motif économique reste possible sous réserve du contrôle par le juge du motif économique.

- Lorsqu'un accord de mobilité existe, le régime du licenciement qui « *repose* » sur un motif économique s'applique avec le bénéfice des mesures d'accompagnement de l'accord. Il est possible que le juge admette alors un motif *sui generis* de recours à l'article L. 1222-6. Dans ce cadre, le salarié ne pourra donc plus contester le motif économique de son licenciement. Le nouveau régime est moins favorable dans la mesure où, antérieurement, cette voie lui était ouverte.

► Les stratégies pour conserver son emploi

Savine Bernard a égrené un certain nombre de stratégies pour conserver son emploi face à un accord de mobilité. Au plan collectif, il est possible de faire intervenir le CHSCT sur le fondement de l'obligation de sécurité de résultat. Au plan individuel, il s'agit de demander la nullité de l'avenant dans les formes de l'article L. 1222-6. Enfin, l'avocate a insisté sur la fraude au PSE lorsque l'accord de mobilité entraîne une réduction d'effectifs. ■

POUR ALLER PLUS LOIN

- Sur la mobilité, v. *Semaine sociale Lamy n° 1592 « 24 regards sur la sécurisation de l'emploi »*, F. Favennec-Héry, S. Pélicier-Loevenbruck/ G. Frèrejacques et J. Krivine.