

UNIVERSITE PIERRE MENDES FRANCE
FACULTE DE DROIT DE GRENOBLE

Master II de Droit privé général
Année 2014-2015

Dirigé par Madame le Professeur Stéphanie FOURNIER

Mémoire dirigé par Madame Marielle PICQ
Maître de conférences en droit privé

LA MOBILITE DU SALARIE

Carole TEMAN

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à ma Directrice de mémoire, Madame Marielle PICQ, pour sa disponibilité, sa compréhension ainsi que ses innombrables conseils. L'élaboration d'un mémoire sous l'œil averti d'une spécialiste est une véritable chance.

Mais également, à Madame le Professeur Stéphanie FOURNIER, Directrice du Master II de droit privé général, qui m'a donné l'opportunité d'intégrer le cursus au sein duquel j'ai pu approfondir, sous un tout autre jour, avec une meilleure maturité, les matières fondamentales du droit.

Le mémoire marque l'achèvement de cinq années de droit au sein de l'Université Pierre-Mendès-France. Ainsi, je tiens à témoigner toute ma gratitude à l'égard de tous mes professeurs qui ont su m'inculquer savoir et méthode et me transmettre leur passion pour le droit.

Plus particulièrement, je tiens à remercier mes enseignantes de droit social depuis ma troisième année de licence ; Madame Nathalie BARUCHEL ainsi que Madame Marielle PICQ qui m'ont donné l'envie d'approfondir le droit du travail à travers ce mémoire, et je l'espère une thèse.

Enfin, je tiens à remercier Maître Alfred DERRIDA, Maître Pierre LACROIX, Monsieur Marien MASSON, juriste consultant, ainsi que l'ensemble des membres de la S.C.P. A. DERRIDA pour leur accueil, leur attention, ainsi que la confiance accordée à mon égard lors du stage de fin d'année. Durant un mois, j'ai pu mettre en pratique, avec intérêt et plaisir, mes connaissances juridiques au sein du cabinet spécialisé en droit immobilier et droit social.

LISTE DES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
AGIRC	Association générale des institutions de retraite des cadres
AJ.	Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
Al.	Alinéa
AME	Accord de maintien de l'emploi
AN	Assemblée nationale
ANI	Accord National Interprofessionnel
Arr.	Arrêté
ARRCO	Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés
Art.	Article
BGB	Code civil allemand (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
Bibl.	Bibliographie
Bull.	Bulletin
C. Civil	Code civil
C. Travail	Code du travail
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cah. du DRH	Cahier du DRH Lamy
CC	Conseil Constitutionnel
CDD	Contrat à durée déterminée
CDI	Contrat à durée indéterminée
CE	Comité d'entreprise
CE (+ date)	Conseil d'Etat
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CESDH	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme
CFDT	Confédération française démocratique du travail
Chron.	Chronique
CHSCT	Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail
Civ.	Civil

Coll.	Collection
DC	Décision constitutionnelle
Déc.	Décision
Décr.	Décret
Dr. ouvrier	Le droit ouvrier
Ed.	Edition
Esp.	Espèce
GADT	Grands arrêts de droit du travail Dalloz
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
JCP	Juris-classeur périodique
JCP S	Juris-classeur périodique, édition sociale
JS Lamy	Jurisprudence sociale Lamy
L.	Loi
N°	Numéro
Obs.	Observation
Ord.	Ordonnance
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
Rappr.	Rapprocher
RDT	Revue de droit du travail
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue des pratiques de droit social
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)
Sem. Ju. Soc.	Semaine juridique social (Lamy)
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Suppl.	Supplément
V.	Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION	6
TITRE I – L’INSTITUTION DE LA MOBILITE DU SALARIE	11
CHAPITRE I – L’INSERTION D’UNE CLAUSE CONTRACTUELLE DE MOBILITÉ PAR LA NÉGOCIATION INDIVIDUELLE	11
<i>Section 1 : Le contexte des négociations</i>	<i>11</i>
<i>Section 2 : Les conditions de validité des clauses</i>	<i>23</i>
<i>Section 3 : La gestion des clauses contractuelles de mobilité dans l’entreprise.....</i>	<i>31</i>
CHAPITRE II – L’INSERTION D’UNE CLAUSE DE MOBILITÉ PAR ACCORD COLLECTIF	33
<i>Section 1 : La souplesse de la négociation collective.....</i>	<i>33</i>
<i>Section 2 : La mise en place d’un accord de mobilité externe</i>	<i>35</i>
<i>Section 3 : La mise en place d’un accord de mobilité interne.....</i>	<i>42</i>
<i>Section 4 : L’anticipation des risques pour la santé du salarié mobile</i>	<i>50</i>
TITRE II – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITE DU SALARIE	52
CHAPITRE I – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITE D’ORIGINE INDIVIDUELLE.....	52
<i>Section 1 : La mise en œuvre liée au pouvoir de direction de l’employeur.....</i>	<i>52</i>
<i>Section 2 : La cohabitation du pouvoir de direction de l’employeur avec les droits et libertés du salarié</i>	<i>60</i>
<i>Section 3 : Les insécurités accentuées de la mobilité internationale</i>	<i>62</i>
CHAPITRE II – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITÉ D’ORIGINE COLLECTIVE	65
<i>Section 1 : La mise en œuvre d’un accord de mobilité externe</i>	<i>65</i>
<i>Section 2 : La mise en œuvre d’un accord de mobilité interne</i>	<i>75</i>
CONCLUSION GENERALE.....	82
TABLE DES MATIERES	93

« On a souvent l'impression que la construction ou la mise en œuvre de la mobilité relève d'un art divinatoire tellement les équilibres obligent le praticien, l'avocat et le juge à jouer les équilibristes. »

Professeur Arnaud Martinon¹

¹ Arnaud MARTINON, *Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence*, *La Sem. Ju. Soc.* n°11, 18

INTRODUCTION

1. En guise d'introduction – Si le droit romain considérait les biens meubles comme vils, l'ère actuelle dresse la mobilité comme un élément essentiel au cœur de toutes les tendances : des transports plus rapides pour plus de mobilité, des ordinateurs plus légers pour plus de mobilité, un code du travail numérisé pour plus de mobilité...etc. et des dispositions légales, jurisprudentielles, contractuelles ou conventionnelles plus efficaces pour une meilleure mobilité du salarié ?

La mobilité du salarié se rapporte à la faculté de déplacement de l'individu qui effectue une prestation de travail à la demande de son employeur en contrepartie d'une rémunération.

La mobilité du salarié peut puiser sa force obligatoire du contrat de travail de façon inhérente à celui-ci ou par le biais d'une clause contractuelle de mobilité. Mais elle peut également découler de dispositions collectives telles que d'une convention ou d'un accord collectif.

Au-delà de la *summa divisio* classique du droit du travail qui oppose l'aspect individuel à l'aspect collectif, la mobilité peut revêtir diverses formes. En effet, il peut s'agir d'une mobilité interne (dans l'entreprise) ou externe (extérieure à l'entreprise). Ou encore, d'une mobilité professionnelle (flexibilité du salarié entre plusieurs emplois) ou/et géographique (flexibilité du salarié dans une zone géographique). Ainsi que d'une mobilité nationale ou internationale. Ou enfin, d'une mobilité temporaire (mission) ou de longue durée (mutation).

La mobilité concerne en l'espèce les salariés. Les propos sont alors resserrés sur ces-derniers, et non point sur la mobilité dans son ensemble, en droit du travail, qui peut se rapporter à la mobilité du capital, aux transferts d'entreprise et des contrats de travail...etc.

Par ailleurs, la mobilité du salarié exclut de l'analyse la mobilité des agents publics régie par la loi du 23 juillet 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.

Il s'agit en l'occurrence de l'étude de la mobilité régie par le code du travail, pour les salariés sous contrat à durée déterminée ou indéterminée.

De plus, la mobilité étudiée est celle régie par le Code du travail français. Ainsi, l'étude du détachement des travailleurs prévu par le Code du travail² mais plus particulièrement par la législation de l'Union européenne en est exclue.

2. L'essor des droits et libertés fondamentaux du salarié : nécessité et insécurité – La mobilité interne apparaît comme un outil essentiel aux employeurs pour assurer une certaine flexibilité du marché interne du travail. Dans le cadre du pouvoir de direction, la mobilité permet aux entreprises de fluidifier le marché et d'anticiper, en amont, les difficultés économiques en déplaçant les effectifs. Toutefois, la mobilité n'est pas neutre pour le salarié. En effet, une mobilité géographique (nationale ou internationale), mais également professionnelle, induit des changements, voire des bouleversements qui ont nécessairement un impact sur la vie personnelle du salarié.

Dans le cadre d'une mobilité géographique, le salarié est indirectement contraint de déménager. *Quid* de sa liberté de choix de domicile ?

De plus, la mobilité entraîne une modification de son environnement familial et social. *Quid* du respect de sa vie privée et familiale ?

Il y a donc un besoin impérieux, pour le salarié, de sécuriser le régime de la mobilité pour concilier la flexibilité nécessaire à l'employeur et la sécurité indispensable au salarié. L'objectif est donc d'atteindre la « *flexi-sécurité* »³.

L'obligation de loyauté posée à l'article 1134 du Code civil, adaptée en droit du travail à l'article L1222-1 du Code du travail tend à garantir le respect de la personne du salarié. Toutefois, la jurisprudence sociale actuelle semble aller encore plus loin en mobilisant des règles supra-légales, nationales ou internationales afin de garantir les droits et libertés fondamentaux des salariés.

Notamment, en se fondant sur l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme pour neutraliser la mise en œuvre d'une clause de mobilité jugée attentatoire à la vie privée et familiale du salarié.

² Article L1261-1 et suivants du Code du travail.

³ Gilles JOLIVET, *La loi de sécurisation de l'emploi : de la flexisécurité à la pseudo-sécurité ?*, *La Sem. Ju. Soc.* n°44-45, 29 octobre 2013, 1427.

Les sources sont alors multiples et des interrogations surviennent quant à la valeur normative des droits et libertés fondamentaux⁴. En effet, quelle doit être la juridicité des conventions de l'OIT, de l'ONU, de la Charte sociale européenne...etc.

Autant d'incertitudes et d'hésitations qui laissent place à une insécurité juridique qui affaiblit la flexibilité recherchée par l'employeur.

La sécurité juridique peut se définir comme, « *en somme tout à la fois : savoir et prévoir* »⁵. Or, « *avec les droits et libertés fondamentaux, la norme juridique devient plus incertaine, plus souple, mais aussi moins sûre* »⁶. L'essor des Droits et libertés fondamentaux dans la jurisprudence relative aux clauses de mobilité réduit l'efficacité desdites stipulations.

3. Le développement de la négociation collective : solution ou jeu de dupe ? – La mobilité du salarié n'est utile que si elle est efficiente. Le droit doit encadrer cette notion pour maintenir un équilibre entre les intérêts des parties en présence, mais doit également la sauvegarder en lui assurant la sécurité juridique essentielle à son efficacité.

La solution actuelle semble se porter sur le développement du dialogue social en matière de mobilité par la création, notamment, des accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 dite de *sécurisation de l'emploi*⁷. La négociation collective présente des avantages indéniables pour la mobilité.

En effet, cela ouvre droit à la création d'une nouvelle mobilité, prohibée en matière contractuelle : la mobilité externe. Cette-dernière vise principalement à sécuriser les parcours professionnels. En période de crise économique, tant structurelle que conjoncturelle, la possibilité pour un salarié de développer de nouvelles compétences en toute quiétude paraît être un dispositif très attractif.

De plus, la jurisprudence, le législateur ainsi que les pouvoirs politiques manifestent la volonté de renforcer la sécurité juridique des accords de nature collective.

⁴ V. LECOURT, *Les conventions de l'OIT : une arme efficace*, *Sem. Soc. Lamy* 2012, n°1554, p.9.

⁵ B. PACTEAU, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?*, *AJDA* 1995, numéro spécial, p.155.

⁶ Sous la direction de Françoise FAVENNEC-HERY, *La sécurité juridique en droit du travail*, §9 par Jérôme DANIEL, *Ed. LexisNexis, coll. Actualité*, janvier 2014.

⁷ La loi retranscrit l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013.

Ceci se concrétise par une légitimation de la négociation collective à rebours de la négociation individuelle. Pour exemple, la loi du 22 mars 2012⁸ relative aux accords de modulation du temps de travail, fait primer l'accord collectif sur l'accord individuel.

Plus récemment, dans un arrêt très remarqué du 27 janvier 2015⁹, la Cour de cassation procède à une immunisation des conventions et accords collectifs au stade de l'application du principe d'égalité.

Enfin, le droit prospectif tend à développer encore davantage la négociation collective sous l'impulsion du Ministre du travail, François REBSAMEN qui considère notamment que « *le dialogue social n'est pas seulement source de progrès pour les salariés, c'est aussi un gage de meilleur fonctionnement de l'entreprise et un facteur d'efficacité économique.* »¹⁰. L'opposition propose même une épuration du Code du travail en posant simplement « *le principe de la liberté conventionnelle et du renvoi au dialogue social* »¹¹.

C'est donc dans ce contexte que la mobilité collective s'inscrit et tend à se rapprocher davantage de l'objectif de sécurité juridique indispensable au procédé.

Néanmoins, la négociation collective relative à la mobilité n'est pas exempte de vices. Dans le cadre d'un accord collectif de mobilité interne, les salariés réfractaires à la mobilité disposent certes d'une liberté de choix, mais qui entraîne un licenciement pour motif économique à caractère individuel. Le caractère individuel du licenciement permet alors de déroger aux règles très protectrices du licenciement pour motif économique à caractère collectif, tel que l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Or, la mise en place d'un accord collectif de mobilité ne doit pas avoir pour fonction d'éluder les règles protectrices des droits des salariés pour alléger la gestion d'une entreprise. Le risque de détournement des dispositions légales demeure.

La négociation collective semble donc être favorable à la flexibilité du salarié mais peut faire encourir un défaut de sécurité pour le salarié.

⁸ L3122-6 du Code du travail.

⁹ Soc. 27 janvier 2015 (n°13-22.179).

¹⁰ Ministre du travail, François REBSAMEN, propos extraits de la déclaration devant la commission des affaires sociales au Sénat, le 3 juin 2015.

¹¹ *Le Monde*, retranscription des propos de François FILLON dans « *La nouvelle bataille du code du travail* », 16 juin 2015.

4. Le développement historique des sources de la mobilité –

Historiquement, la mobilité était plutôt d'origine individuelle. Les clauses contractuelles de mobilité sont nées à l'époque de l'expansion du contenu du contrat de travail. Jusqu'aux années 1950, le contenu du contrat de travail n'était pas étudié. Selon les auteurs, le contrat de travail n'était pas créateur de normes. A ce titre, le Professeur DURAND considérait que le contrat de travail ne se limitait qu'à déclencher l'application du statut collectif au profit de l'ouvrier. Ce n'est qu'au cours de la moitié du XX^e siècle que certains auteurs, tel que le Professeur LYON-CAEN, plaident en faveur du contrat de travail pour considérer que le contrat de travail doit être une source prééminente pour améliorer la situation du salarié. La jurisprudence de la Cour de cassation adoptera cette prise de position dans deux arrêts rendus par la Chambre sociale, le 10 juillet 1996, dans lesquels elle placera le contrat de travail au cœur des débats. C'est donc dans ce contexte que les clauses contractuelles de mobilité se sont déployées.

Depuis, la mobilité d'origine collective s'est développée. Selon certains auteurs, cela marque la volonté d'établir « *une culture de la mobilité en France* »¹². Aussi paradoxal soit-il, alors que le réseau ferroviaire français est un des plus développés d'Europe (ce qui devrait faciliter la mobilité), par opposition à l'Angleterre qui ne dispose que d'une ligne à grande vitesse (Londres-Paris), les salariés français sont parmi les travailleurs les moins mobiles. La mobilité est parfois perçue comme une sanction, une contrainte. Or, la mondialisation, le développement des groupes d'entreprises...etc. fait de la mobilité un outil indispensable au monde du travail.

5. Problématique et plan – C'est pourquoi, il convient de se demander, comment concilier, en matière de mobilité du salarié, les intérêts économiques de l'employeur et les droits et libertés du salarié.

Pour ce faire, l'analyse des garanties offertes par la loi, la jurisprudence et les pratiques doit s'opérer au stade de **l'institution de la mobilité (Titre I)**, puis lors de **la mise en œuvre de la mobilité du salarié (Titre II)**.

¹² Jean-Emmanuel RAY, *La mobilité du salarié*, éd. Liaisons sociales, coll. Droit Vivant, novembre 2014.

TITRE I – L’INSTITUTION DE LA MOBILITÉ DU SALARIÉ

La mobilité peut puiser sa source dans le contrat individuel de travail (**Chapitre I**) ou dans un accord collectif (**Chapitre II**). Ainsi, les conditions de son insertion dans ledit contrat ou accord dépendront de la nature du document l’instituant. L’objectif est d’analyser comment les deux régimes tendent à concilier, de façon quelque peu différente, les intérêts économiques de l’employeur et les droits et libertés du salarié.

CHAPITRE I – L’INSERTION D’UNE CLAUSE CONTRACTUELLE DE MOBILITÉ PAR LA NÉGOCIATION INDIVIDUELLE

L’insertion d’une clause contractuelle de mobilité par la négociation individuelle s’inscrit dans un contexte de négociation (**Section 1**) qui permet d’en apprécier son utilité. Toutefois, bien que nécessaires pour les opérateurs, les conditions de validité des clauses de mobilité souffrent d’une insécurité juridique (**Section 2**). De plus, ces stipulations contractuelles particulières peuvent poser des difficultés de gestion dans l’entreprise (**Section 3**).

Section 1 : Le contexte des négociations

Avant toute discussion quant à l’insertion d’une clause de mobilité, l’employeur et le salarié doivent intellectualiser l’importance d’une telle négociation (§1) pour ensuite décider du moment desdites négociations (§2).

§1 – La négociation utile pour une mobilité étendue

En toute occurrence, une mobilité inhérente au contrat de travail existe. Néanmoins, lorsqu’une mobilité inhérente au contrat de travail est envisagée sur le long terme, son étendue géographique est réduite (**A**). Seule la mobilité temporaire, inhérente au contrat de travail, bénéficie d’un secteur géographique important. Toutefois, la durée de la mobilité en est la limite (**B**).

A) La restriction géographique de la mobilité inhérente au contrat de travail

Pour comprendre la mobilité inhérente au contrat de travail, il convient de revenir sur l'établissement jurisprudentiel d'un socle contractuel (1). Pour ensuite étudier la valeur du lieu de travail (2).

1. L'établissement d'un socle contractuel

Le besoin pour l'employeur de négocier une clause de mobilité ne peut s'apprécier qu'après avoir, au préalable, appréhendé la valeur du lieu de travail au sein du contrat de travail à la lumière de la jurisprudence actuelle.

6. L'identification des « piliers contractuels »¹³ – La Cour de cassation, dans ses décisions rendues par la Chambre sociale du 10 juillet 1996¹⁴ et du 30 septembre 1997¹⁵ abandonne la distinction entre une modification substantielle et non substantielle du contrat de travail. Elle met alors à l'honneur le contrat de travail (« *le contrat de travail est de retour !* »¹⁶) en optant pour une nouvelle opposition qui confronte la modification du contrat de travail au changement des conditions de travail qui relève, quant à lui, du pouvoir de direction de l'employeur.

« Quatre éléments auraient vocation à constituer ce socle contractuel : la rémunération, les fonctions du salarié, le lieu de travail, et la durée du travail ». Toute modification de l'un de ces éléments relèverait donc de la théorie de la modification du contrat de travail. Ainsi, ladite modification sera soumise à l'accord du salarié, et le cas échéant, son refus ne pourra être considéré comme fautif.

Cependant, *« la jurisprudence semble partagée entre la volonté d'objectiver un socle contractuel minimal et la volonté de respecter la commune intention des parties »*¹⁷. La valeur accordée au lieu de travail par la jurisprudence de la Cour de cassation en est tout justement

¹³ Philippe WAQUET, « *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail* », RJS 12/96 1996, 791.

¹⁴ (2 arrêts) Soc. 10 juillet 1996 : Bull. Civ. V, n°278 ; GADT, 4^e éd., n°50 ; D. 1996 IR 199 ; Dr. Soc. 1996. 976, obs. Blaise ; RJS 1996. 580, n°900 ; JCP 1997. II. 22768, note Saint-Jours ; Dr. Ouvrier 1996. 457, note Moussy.

¹⁵ Soc. 30 septembre 1997 : Bull. Civ. V, n°289, Dr. Soc. 1997. 1094, obs. Ray ; RJS 1997. 748n b°1202.

¹⁶ Paul-Henri ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, RDS 1999 p.33.

¹⁷ Paul-Henri ANTONMATTEI, article précité, v. *supra* note n°16.

un exemple. Selon le Professeur Philippe WAQUET¹⁸, le lieu de travail n'est pas consubstantiel au contrat de travail dès lors qu'il n'est pas « *contractualisé* ». C'est-à-dire, dès lors qu'il n'est pas inscrit au sein du contrat de travail une clause dite de stabilité claire et précise. *De facto*, le lieu de travail n'a semble-t-il qu'une valeur informative.

2. La valeur informative du lieu de travail

7. La valeur informative du lieu de travail – La directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, dans son article 2¹⁹, met à la charge de l'employeur une obligation d'information quant au lieu de travail du salarié.

Bien qu'obligatoire, il se pose la question de la valeur de l'information ; valeur indicative ou impérative.

En 1998 la Cour de cassation érige la notion de « *secteur géographique* »²⁰ afin de considérer un changement géographique du lieu de travail comme une simple modification des conditions de travail.

Le secteur géographique apparaît alors comme « *une aire d'autorité* »²¹ au profit de l'employeur. En effet, alors même qu'aucune clause de mobilité n'est insérée au sein du contrat de travail, le salarié est réputé mobile dans le secteur du lieu de travail. La mobilité du salarié est alors inhérente au contrat de travail.

La Cour de cassation en 2003 va même plus loin, en posant expressément le fait que « *la mention du lieu de travail dans le contrat a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé*

¹⁸ Philippe WAQUET, article précité, v. *supra* note n°13.

¹⁹ Article 2 de la Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991 : « *Obligation d'information 1. L'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié auquel la présente directive s'applique, ci-après dénommé « travailleur », les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail. 2. L'information visée au paragraphe 1 porte au moins sur les éléments suivants (...) b) le lieu de travail ; à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe que le travailleur est occupé à divers endroits ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur ;* ».

²⁰ V. Cass. Soc., 20 octobre 1998, L.S. Jurisprudence, 26 novembre 1998, p.2. V. Cass. Soc., 16 déc. 1998, Bull. civ. V, n° 558 ; 21 mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 650, obs. Savatier ; D. 2000, IR p. 114. V. Cass. Soc. 4 mai 1999.

²¹ Paul-Henri MOUSSERON, « *le lieu de travail, territoire de l'entreprise* », Droit Social 2007, p. 1110.

par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu. »²². Depuis, cette expression prétorienne a été très largement réaffirmée²³.

A l'exception des télétravailleurs pour qui, à l'inverse du droit commun, le lieu de travail est contractualisé de manière inhérente au contrat²⁴, le lieu de travail n'a qu'une valeur informative.

Néanmoins, la valeur du lieu de travail peut différer selon l'acception qui lui est réservée. Dans une conception stricte du lieu de travail, c'est-à-dire comme le lieu précisément visé au contrat, ce lieu n'a qu'une valeur informative sous réserve d'une clause de stabilité. Pour certains auteurs, il ne s'agit que d'une « *formule de style pour évoquer la relation de travail* »²⁵. En revanche, dans une conception large du lieu de travail, c'est-à-dire comme un lieu fixant un secteur géographique d'autorité, sa valeur est contractuelle. Il intègre alors le socle contractuel. *De facto*, il n'est pas possible pour l'employeur d'imposer au salarié un changement de lieu de travail au-delà de ce secteur géographique limité.

C'est donc sous cette principale réserve que la négociation d'une clause de mobilité peut devenir utile, et même nécessaire. En effet, la délimitation du secteur géographique peut demeurer trop étroite au regard des besoins de l'entreprise.

L'objectif des juges en ne donnant qu'une fonction indicative au lieu de travail a été de préserver la volonté des parties. De telle sorte qu'en aucun cas, le secteur géographique pourrait être illimité, voire démesurément dense. Ce secteur est donc apprécié objectivement selon les critères donnés par la Cour de cassation.

De plus, la négociation en amont d'une clause de mobilité permet d'assurer une meilleure sécurité juridique aux parties, et d'éviter des litiges relatifs à l'élargissement unilatéral par l'employeur du secteur géographique. Alors que l'étendue du secteur géographique doit être appréciée de façon objective par les juges du fond, abstraction faite de la vie personnelle et

²² Soc., 3 juin 2003, Bull. civ. V, n° 185 ; D. 2004, Jur. p. 89, note C. Puigelier ; JCP E 2003, II, 1668, note M. Véricel ; F. Chautard et L. Le Berre, art. préc.

²³ Soc. 15 mars 2006.

²⁴ Soc. 31 mai 2006, n° 04-43.592 ; Cass. Soc. 12 février 2014 (n°12-23051).

²⁵ Paul-Henri ANTONMATTEI, article précité, v. *supra* note n°16.

familiale du salarié, il n'en résulte pas moins l'existence d'une grande insécurité juridique quant à la détermination du secteur géographique.

8. L'absence de définition du secteur géographique – La mobilité inhérente au contrat de travail souffre d'une grande insécurité juridique en raison d'une absence de définition légale, et même jurisprudentielle du « *secteur géographique* ». La prise de conscience dudit problème n'est pas nouvelle. Au lendemain des arrêts de 1998 et de 1999, fondateurs de la notion de « *secteur géographique* », un député avait notamment saisi le ministère du travail de la question de l'absence de délimitation du secteur géographique. Il soulignait que le secteur géographique ne correspondait pas nécessairement au découpage administratif²⁶. Le défaut de précision par l'employeur devient alors gênant pour anticiper les risques de censure judiciaire, mais également les atteintes aux droits et libertés du salarié. La réponse est alors sans appel, et s'applique encore aujourd'hui, la délimitation du secteur géographique dépend d'une appréciation souveraine et objective des juges du fond²⁷. C'est-à-dire sans prendre en considération les éléments liés à la situation personnelle du salarié.

Par ailleurs, ce défaut de précision était dès sa création très critiqué. En effet, dans un des arrêts fondateurs du secteur géographique il s'agissait en l'espèce d'un changement de lieu de travail toujours dans la région parisienne, certes, mais qui emportait pour conséquence un allongement du temps de transport de trois heures au lieu de vingt minutes alors que le salarié s'occupait de sa mère invalide et seule²⁸.

Par opposition, la Cour de cassation considère qu'il y a modification du contrat de travail pour un changement de travail à l'encontre d'un salarié chauffeur (dont la mobilité est donc avérée) dans une autre localité alors même que la distance les séparant n'était que de 13,4 km²⁹.

Dans le cadre d'une appréciation objective, les juges du fond ne peuvent contrôler que la bonne foi de l'employeur, qui est de surcroît présumée. Au nom du pouvoir de direction de l'employeur, le contrôle judiciaire ne peut pas porter sur l'opportunité d'une décision de ce dernier. Or, ce contrôle est extrêmement restreint.

²⁶ Question écrite n° 17816 de Monsieur Michel DOUBLET (Charente-Maritime - UMP), publiée dans le JO Sénat du 08/07/1999, page 2281.

²⁷ Réponse du ministère : Emploi, publiée dans le JO Sénat du 23/03/2000, page 1069.

²⁸ Soc., 20 octobre 1998, L.S. Jurisprudence, 26 novembre 1998, p.2.

²⁹ Soc. 30 novembre 2010 (n°08-43.499), JCP S 2011, n°1077, p. 27, note L. Sébille.

9. L'abus comme seule limite au pouvoir de direction – En matière de mobilité inhérente au contrat de travail, la seule limite apparente serait donc l'abus. L'abus se prouve en rapportant la preuve d'un changement qui n'est pas dicté dans l'intérêt de l'entreprise, que le choix du salarié n'est pas judicieux au regard de la situation des autres salariés de l'entreprise ou enfin, que le changement dissimule une intention de nuire au salarié.

Cela pose deux problèmes. Tout d'abord, la preuve de l'abus est délicate. Pour autant, la charge de la preuve incombe au salarié. Cette preuve est quasiment impossible à honorer. Ensuite, si l'employeur a licencié le salarié, la preuve de l'abus ne lui permettra pas de réintégrer de droit l'entreprise. Bien qu'il bénéficie dans cette hypothèse de l'indemnisation de son préjudice, sa situation reste inchangée ; le salarié a perdu son emploi.

La Cour de cassation a toujours refusé de définir la notion de secteur géographique ou de bassin d'emploi³⁰. Cela serait sans doute dangereux. Le secteur géographique doit se rapporter à un périmètre, plus ou moins innervé en réseaux de transport en commun.

Ainsi, en l'absence de clause de mobilité il faudra attendre la décision des juges du fond pour connaître l'issue et savoir enfin si le nouveau lieu de travail fait partie ou non du secteur géographique.

Bien qu'il soit possible de se référer à la jurisprudence, le risque d'une appréciation souveraine d'un conseil des prud'hommes trop strict ou moins exigeant demeure. L'idéal est donc de définir le secteur géographique dans le contrat de travail, et peut-être même, l'imposer par une disposition légale.

La modification des conditions de travail du salarié peut être dangereuse tant pour l'employeur, qui s'expose à une censure des juges du fond, que pour le salarié, pour qui l'analyse du secteur géographique doit se faire indépendamment de sa situation personnelle.

A l'inverse, la mise en action d'une clause de mobilité doit être analysée à la lumière de la situation personnelle du salarié concerné.

³⁰ Soc. 12 décembre 2012 (n°11-23.762), Sem. Soc. Lamy 2013, n°1567, p. 15.

Afin de garantir une meilleure sécurité juridique à l'employeur en évitant une sanction ultérieure des juges mais également au salarié en lui épargnant d'une modification unilatérale du contrat, il est préférable de contractualiser la mobilité par avance, en définissant la zone géographique visée.

Par ailleurs, la clause de mobilité permettra de viser une zone plus large que le secteur géographique inhérent au contrat de travail. Toutefois, il existe une solution intermédiaire, mais temporaire pour l'employeur afin de contraindre le salarié sans stipulation contractuelle à une mobilité ; la mobilité temporaire du salarié.

B) La restriction temporelle de la mobilité temporaire inhérente au contrat de travail

10. La mobilité temporaire inhérente au contrat de travail – Même en l'absence d'une clause de mobilité, le pouvoir de direction de l'employeur permet, dans une certaine mesure de rendre le salarié mobile. Notamment en raison de ses fonctions, ou bien lorsqu'il existe des « *circonstances exceptionnelles* ». Le salarié peut être contraint à une mobilité temporaire. La Cour de cassation dans l'arrêt de la Chambre sociale du 15 mars 2006³¹ considère, à ce titre, qu'il ne s'agit pas d'une modification du contrat de travail. Néanmoins, cela dépend de l'activité de l'entreprise, et de l'activité spécifique du collaborateur.

11. Une jurisprudence permissive au détriment du salarié – Les auteurs, tels que le Professeur Jean-Emmanuel RAY, soulignent l'existence d'une jurisprudence très permissive au profit de l'employeur. La mobilité est possible bien au-delà du simple secteur géographique en raison du caractère temporaire du déplacement. Toutefois, il apparaît en pratique que les missions demandées par l'employeur, au nom de son pouvoir de direction, peuvent s'éterniser et se pérenniser dans le temps.

A titre d'illustration, dans un arrêt³², la Cour de cassation a considéré que le « *le déplacement refusé s'inscrivant dans le cadre habituel de son activité, le salarié avait manqué à ses obligations contractuelles* ». La Cour de cassation considère donc que le refus du salarié est

³¹ Soc. 15 mars 2006 (n°04-47.368).

³² Soc. 2 avril 2014 (12-19.573).

fautif, bien qu'il s'agisse de sa vingtième affectation. La Haute Juridiction valide alors ces pratiques discutables quant au respect des droits des salariés.

De même, la Cour de cassation admet que le refus est constitutif d'une faute grave pour « *le refus réitéré de participer à une mission de conseil de trois mois en Egypte* ». Ainsi, la Cour de cassation considère implicitement que le manquement à une obligation non-inscrite dans le contrat de travail, simplement déduite, doit être plus sévèrement sanctionné qu'un manquement à une obligation contractualisée dans une clause de mobilité.

En effet, selon la Cour de cassation, le refus du salarié de se soumettre à la mise en œuvre de la clause de mobilité n'est pas constitutif à lui seul d'une faute grave. Il serait donc plus prudent pour le salarié de contractualiser par écrit que la mobilité est inhérente à ses fonctions, afin de bénéficier de contreparties financières.

De surcroît, la mobilité temporaire du salarié est également envisageable en cas de « *circonstances exceptionnelles* » touchant l'entreprise. Pour ce faire, il y a trois conditions : une affectation qui ne peut être motivée que par l'intérêt de l'entreprise, justifiée par des circonstances exceptionnelles, et le salarié doit préalablement, et dans un délai raisonnable être informé du caractère temporaire de l'affectation, et de sa durée prévisible.

L'objectif est d'assurer à l'employeur, à titre occasionnel, une certaine flexibilité. Néanmoins, cette mobilité est réduite dans la durée afin de garantir les droits des salariés.

12. Les garanties réservées d'une clause de mission – De façon concurrente à la clause de mobilité, il est également possible pour les parties de prévoir une clause de mission. Toutefois, comme le souligne Alexandre FABRE « *le régime réservé à la mobilité des salariés nomades n'est pas à l'abri de critiques. (...) La validité des clauses de mission ou de déplacement est contestable* »³³. Leur validité dépend de l'appréciation souveraine des juges du Conseil des prud'hommes. Les clauses de mobilité permettraient peut-être, de mieux garantir les droits des salariés.

³³ Alexandre FABRE, *Semaine sociale Lamy*, n°1633, 2 juin 2014.

Il apparaît ainsi que sans clause de mobilité, la mobilité n'est pas inconnue aux parties. Lorsque le salarié doit changer de lieu de travail dans un même secteur géographique il est mobile de droit pour l'employeur. De même, l'employeur peut demander, sous certaines conditions, un déplacement en dehors du secteur géographique pour quelques semaines. Dans ces hypothèses, le salarié fait preuve de mobilité. En revanche, en toute occurrence, la mobilité sera très restreinte géographiquement dans la première hypothèse, et limitée temporellement dans la seconde. C'est ainsi que la négociation d'une clause de mobilité devient nécessaire afin d'assurer la flexibilité du salarié tout garantissant la sauvegarde de ses droits. L'établissement d'un cadre contractuel à la mobilité peut avoir lieu à divers moments.

§2 – Les occasions multiples de négocier

La négociation d'une clause de mobilité peut avoir lieu à la signature du contrat de travail **(A)**, en cours de contrat **(B)**, ou en cas de difficultés économiques **(C)** où elle suivra un régime particulier.

A) La négociation à la signature du contrat de travail

13. *Négociation ou simple acceptation ?* – La plupart du temps, ce sont les entreprises les plus développées qui ont besoin à l'embauche d'une garantie de mobilité. Or, pour ces entreprises, les contrats s'apparentent plutôt à des contrats d'adhésion. Le tout est fixé dans des clauses, et le salarié n'a plus qu'à y apposer sa signature. Seul le salarié qui disposera d'une compétence spécifique, indispensable à l'entreprise, sera en mesure de négocier les modalités de sa clause de mobilité.

A la signature du contrat de travail, un déséquilibre indéniable existe entre l'employeur et le salarié. Le salarié individuel face à un ensemble productif ; l'entreprise. Le salarié ayant besoin d'un emploi, ne peut guère se permettre de négocier la clause de mobilité standardisée, qui lui paraîtrait gênante, au risque que l'employeur renonce à l'embauche au profit d'un candidat plus concilient. Le déséquilibre économique entre les parties peut donc avoir une influence sur les modalités de la clause de mobilité. Toutefois, une négociation en cours de la relation contractuelle est envisageable.

B) La négociation en cours de contrat

14. La (re)négociation à la demande de l'employeur – En cours de contrat, l'employeur peut décider d'entreprendre des négociations pour insérer une clause de mobilité au contrat, ou bien de renégocier le contrat pour étendre le champ d'application d'une clause de mobilité déjà préexistante. Notamment, dans le cadre d'une fusion ou d'une restructuration de l'entreprise³⁴ afin d'harmoniser les contrats de travail des anciens et des nouveaux salariés par exemple.

Dans cette hypothèse, l'employeur se place dans la théorie de la modification du contrat de travail. De telle sorte que le refus du salarié n'est pas fautif. L'employeur ne pourra donc pas imposer au salarié une mobilité, ni lui opposer une sanction disciplinaire.

Mais bien souvent, la mobilité est un moyen pour l'entreprise d'éviter des licenciements pour motif économique. Ainsi, l'entreprise favorise la mobilité de ses salariés pour éviter leur éviction.

Néanmoins, le refus du salarié ne saurait pour autant justifier un licenciement pour motif économique. Il paraîtrait ensuite difficile pour l'employeur de rapporter la cause réelle et sérieuse dudit licenciement. Comme le souligne le Professeur Jean-Emmanuel RAY, comment peut-on expliquer qu'une telle clause mettrait fin à des difficultés économiques, ou permettrait de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou des groupes auxquels elle appartient³⁵ ?

C'est en cela que la négociation d'un accord de mobilité semble plus opportune. Un tel accord permet de proposer aux salariés de l'entreprise une mobilité sécurisée par des négociations avec les institutions représentatives du personnel. Le tout en laissant toujours une liberté de choix au salarié, qui débouchera, en cas de refus, à un licenciement pour motif économique à caractère individuel.

L'obligation de négocier la clause est conforme à la liberté contractuelle, au consensualisme ainsi qu'à la force obligatoire des contrats. Le salarié, en tant que partie doit être libre

³⁴ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §128

³⁵ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §201.

d'accepter ou de refuser une modification du contrat pour lequel il avait initialement donné son accord.

Il est donc essentiel de conserver des preuves des négociations. Ainsi, le recours à l'écrit, et plus particulièrement à la lettre recommandée avec accusé de réception est à privilégier par les employeurs.

De surcroît, l'employeur doit être extrêmement précautionneux lorsqu'il entame de nouvelles négociations. La meilleure attention doit être portée sur l'identification de la zone géographique de mobilité souhaitée. En effet, si l'employeur ne souhaitait qu'une simple modification du lieu de travail dans le secteur géographique du lieu initialement prévu au contrat, ceci relève par principe de son pouvoir de direction. Mais, dès lors qu'il souhaite contractualiser cette mobilité, cela devient une modification du contrat de travail. La proposition d'un avenant au contrat de travail est donc constitutive d'un aveu de modification du contrat de travail.

15. La renégociation à la demande du salarié – Un salarié doit « *gérer son propre contrat* »³⁶. Il paraît plus logique et plus aisé qu'un salarié qui ne doit gérer que son propre contrat de travail soit à l'origine d'une renégociation de son contenu. Par opposition à l'entreprise qui doit gérer divers contrats de travail, avec des stipulations diverses.

Notamment, lorsque la situation familiale du salarié change, il lui serait profitable de demander la réduction de l'étendue de la clause de mobilité, avant même qu'il ne soit contraint par l'employeur de partir à l'international.

En l'espèce, le risque sera que le salarié oppose un refus en raison de sa situation familiale. S'estimant couvert par son pouvoir de direction, l'employeur procédera peut-être à un licenciement. Mais ceci aboutira, possiblement, au prononcé d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse par les juges car l'employeur a porté atteinte à la vie privée et familiale du salarié au moment de la mise en œuvre de la clause de mobilité. Le résultat est alors sans appel ; le salarié a perdu son emploi, et l'employeur est condamné à verser des indemnités

³⁶ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v.*supra* note n°12, §98.

parfois importantes alors même que les relations contractuelles se déroulaient jusqu'alors sereinement.

Enfin, la négociation d'une clause de mobilité peut avoir lieu, de façon particulière, en cas de difficultés économiques.

C) La négociation en cas de difficultés économiques

16. *Qui tacet consentire videtur* – L'ordonnance du 12 mars 2014³⁷ apporte une nouveauté en simplifiant, au profit de l'employeur, la procédure d'insertion d'une clause de mobilité au sein du contrat de travail en cas de difficultés économiques.

En effet, l'article L1222-6 du Code du travail considère que « *Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L1233-3³⁸, il en fait la **proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception.***

*La lettre de notification informe le salarié qu'il **dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus.** Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.*

***A défaut de réponse** dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, **le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée.** ».*

La solution retenue par le législateur est particulièrement surprenante à la lumière du principe établi en droit privé par une jurisprudence du XIXe siècle ; « *en droit (...) le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire* »³⁹.

Le Code du travail impose donc au salarié d'être particulièrement vigilant en période de crise économique (alors que son environnement professionnel est déjà perturbé) pour refuser à temps l'insertion d'une clause de mobilité. Malheureusement, lors de turbulences

³⁷ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, article 109.

³⁸ Article L1233-3 alinéa 1 du Code du travail : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. ».

³⁹ Civ. 25 mai 1870.

économiques dans une entreprise, de menaces de licenciements pour motif économique, le salarié peut être particulièrement préoccupé par les incertitudes de son avenir dans l'entreprise.

Toutefois, bien que surprenante, cette disposition s'apparente d'une certaine façon à la philosophie emprunte du droit des entreprises en difficulté. Ladite matière repose sur l'idée du sacrifice commun pour servir l'intérêt général, et aider l'entreprise en difficulté. Lorsqu'une entreprise est en difficulté, il revient au créancier de faire connaître sa créance en la déclarant au mandataire judiciaire⁴⁰ ou au liquidateur judiciaire⁴¹. Le Code de commerce invite donc les créanciers à être attentifs et réactifs.

Le Professeur Jean-Emmanuel RAY souligne la multiplicité des procédures de modification du contrat de travail⁴². La pluralité des dispositifs alourdit la tâche des ressources humaines, et peut induire en erreur un salarié insuffisamment averti. C'est pourquoi, l'auteur propose une unification des procédures. Notamment, de « *laisser un délai suffisant de réflexion au salarié pour faire un bilan complet de son éventuelle mobilité, pour lui mais aussi pour chacun de ses proches, tout en permettant à l'entreprise d'avoir une date prévisible de mise en œuvre* »⁴³.

La mobilité n'est pas anodine pour un salarié, et une fois introduite dans le contrat de travail, une clause de mobilité peut être mise en œuvre aux instants les plus imprévisibles par l'employeur. C'est pourquoi, la jurisprudence de la Cour de cassation a établi des conditions de validité afin d'encadrer lesdites clauses. Néanmoins, bien qu'une certaine sécurité soit assurée au salarié, la sécurité juridique desdites clauses est quant à elle incertaine pour l'employeur.

Section 2 : Les conditions de validité des clauses

La jurisprudence de la Cour de cassation fixe les conditions de validité des clauses de mobilité et en déduit les conséquences en cas d'irrespect desdites conditions (§1). Néanmoins, ces conditions souffrent d'une certaine insécurité juridique en raison d'une appréciation souveraine des juges du fond (§2).

⁴⁰ Pour la sauvegarde ou le redressement judiciaire.

⁴¹ Pour la liquidation judiciaire.

⁴² Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §202.

⁴³ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §203.

§1 – Les conditions et les enjeux de la validité des clauses de mobilité

La Cour de cassation pose un certain nombre de conditions **(A)** dont le respect est important au regard des sanctions judiciaires en cas d'inobservation d'une des conditions **(B)**.

A) L'exposé des conditions de validité

Au titre des conditions de validité, des conditions impératives de validité existent **(1)**. Par opposition, la jurisprudence ainsi que les pratiques démontrent la possibilité de prévoir des modalités accessoires **(2)**.

1. Les conditions impératives de validité

17. Acceptation claire et non équivoque – Par principe, pour un contrat de travail à durée indéterminée à temps complet, aucun écrit n'est exigé, sous réserve des dispositions conventionnelles. L'acceptation peut être simplement orale.

Toutefois, lorsque les parties ont la volonté d'insérer une clause de mobilité au contrat, la forme écrite s'impose. En effet, une clause de mobilité doit faire l'objet d'une acceptation claire et non équivoque. Seule la forme écrite permet d'honorer une telle condition.

Par ailleurs, l'acceptation tacite d'une clause de mobilité est prohibée. Ainsi, une clause de mobilité insérée dans un contrat non signé par le salarié⁴⁴ a été jugée inopposable. Il en est de même pour une clause mentionnée dans le règlement intérieur de l'entreprise alors que le salarié avait signé ledit document⁴⁵. C'est notamment en cela que la clause de mobilité se distingue de la mobilité inhérente à l'activité du salarié ; la clause de mobilité ne se déduit pas (*exemple : pour un consultant international, la Cour de cassation considère que « le déplacement à Alger s'inscrivait dans le cadre habituel de son activité »*⁴⁶).

⁴⁴ Soc. 2 avril 1998 (n°95-43.541) ; Bull. Civ. V, n°196, RJS 5/1998, n°564, D. 1999, somm. 33, 2^e espèce, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL.

⁴⁵ Soc. 19 novembre 1997 (n°95-41.260) ; Bull. Civ. V, n°383.

⁴⁶ Soc. 11 juillet 2012 (n°10-30.219). – Soc. 2 avril 2014 (12-19.573).

18. Délimitation précise de la zone géographique d'application – L'exigence d'une limitation géographique de la clause n'a été introduite qu'après des arrêts de 2006⁴⁷ et de 2008⁴⁸ afin d'assurer une certaine prévisibilité, et de garantir une meilleure sécurité au salarié qui connaît par avance l'étendue, et la limite de son obligation. A l'origine, les juges faisaient une application stricte de cette jurisprudence en censurant des clauses jugées insuffisamment précises.

Néanmoins la Cour de cassation semble assouplir sa position en considérant qu'est « *licite la clause de mobilité qui couvre l'ensemble du territoire français, car elle définit de façon précise sa zone géographique d'application et ne confère pas à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* »⁴⁹. L'expression « *territoire français* » remplit donc la condition de précision selon la Haute Juridiction. Or, une mobilité contractuellement prévue sur une zone de 640 679 km² permet-elle d'assurer suffisamment de prévisibilité au salarié ?

La doctrine considère que la Cour de cassation a confondu l'exigence de délimitation, et celle de précision⁵⁰. En effet, le territoire français délimite de manière écrite la zone géographique. En revanche, l'exigence de précision n'est pas remplie. La France est un territoire bien trop large pour admettre la précision de ladite stipulation.

La Cour de cassation semble moins exigeante pour le contrôle de validité des clauses, peut-être en raison d'un renforcement de son contrôle lors de la mise en œuvre des clauses.

Cependant, comme le souligne le Professeur Françoise FAVENNEC-HERY⁵¹ ou le Professeur Jean PELISSIER⁵², avant toute analyse de proportionnalité de la mesure au stade de sa mise en œuvre (en mettant en balance les intérêts de l'employeur et le respect des droits et libertés du salarié), les juges doivent contrôler avec attention le respect des conditions de

⁴⁷ Soc. 7 juin 2006 (n°04-45.846) ; JurisData n°2006-034030 ; JCP S 2006, 1917, note B. BOSSU. – Soc. 12 juillet 2006 (n°04-45.396) : JurisData n°2006-034609 ; RDT 2006, p.313, note J. Pélissier.

⁴⁸ Soc. 14 octobre 2008 (n°07-40.523) ; JurisData n°2008-045382 ; RJS 2008, n°1162, 2^e espèce.

⁴⁹ Soc. 9 juillet 2014 ; D. 2014. Actu. 1595 ; Dr. Soc. 2014. 857, obs. Mouly ; RJS 2014. 576, n°667 ; JS Lamy 2014, n°373-2, obs. LHERNOULD.

⁵⁰ François DUMONT, *Clause de mobilité : le « territoire français » est une précision suffisante*, *Sem. Ju. Soc.* n°1-2, 13 janvier 2015, 1003.

⁵¹ F. FAVENNEC-HERY, *Dr. Soc.* 2006, 926.

⁵² Jean PELISSIER, « *les questions relatives à la mise en œuvre d'une clause contractuelle n'ont à se poser que si la clause est valable* », *Rev. Trav.* 2006 .

validité de la clause. En effet, il ne peut être toléré la mise en œuvre d'une clause qui devrait être réputée nulle et non écrite.

19. Délimitation fixe de la zone géographique d'application – « *Une clause de mobilité ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée.* »⁵³. La zone géographique de la clause de mobilité est donc protégée par la force obligatoire des contrats.

La modification de cet espace géographique intègre la logique de la modification du contrat de travail qui est soumise à l'accord préalable du salarié. Ce principe vise à protéger les intérêts de ce-dernier qui n'encourt pas la menace d'un élargissement unilatéral et discrétionnaire de son obligation contractuelle.

Ainsi, la clause qui prévoirait que « *la zone de mobilité pourra être étendue en fonction de la création ou de l'acquisition de nouveaux établissements* »⁵⁴ est nulle.

Dans le même sens, la clause qui « *prévoyait que le salarié exerçait ses fonctions sur l'ensemble du territoire nationale mais également dans tous pays* » est nulle⁵⁵.

Plus récemment, les juges de la Cour de cassation ont considéré que « *la clause par laquelle le salarié s'engage à accepter à l'avance une mutation en tout lieu où l'employeur ou une autre société du même groupe est implanté est nulle en raison de son indétermination* »⁵⁶.

La nullité de la clause est une sanction particulièrement lourde pour l'employeur, puisqu'elle conditionne la mobilité du salarié à la négociation d'une clause de mobilité en cours de contrat. Or, ce-dernier pourra refuser l'insertion d'une telle clause pourtant existante lors de la conclusion de son contrat de travail. D'autant que le salarié est dans une meilleure position pour négocier en cours de relation contractuelle (notamment grâce aux règles relatives au licenciement) plutôt qu'au stade de l'embauche où il demeure un véritable déséquilibre entre les parties (car le salarié souhaite obtenir le contrat de travail).

⁵³ Soc. 7 juin 2006 (n°04-45.846) ; RJS 9-9/2006, n°920, Dr. Soc. 2006. 926, obs. F. FAVENNEC-HERY. – Soc. 12 juillet 2006 (n°04-45.396).

⁵⁴ Soc. 14 octobre 2008 (n°07-42.352). V. aussi Soc. 9 novembre 2011 (n°10-10.320).

⁵⁵ Soc. 26 mai 2010 (n°09-40.422).

⁵⁶ Soc. 27 février 2013 (11-27.612), JurisData n°2013-002937. V. Damien CHENU, Indétermination de l'objet d'une clause de mobilité « mixte », La Sem. Juridique Soc. n°24, 11 juin 2013, 1247.

Toutefois, l'admission en 2014⁵⁷ de l'expression « *territoire français* » comme une précision suffisante remet peut-être en considération l'exigence de fixité de la zone géographique. En effet, à partir du moment où le salarié est réputé mobile sur l'ensemble de la France, cette mobilité pourrait donc s'étendre à tous les bâtiments de l'entreprise au moment de la signature, mais également ceux à venir.

En pratique, comment un employeur pourra-t-il gérer une prohibition pour les établissements à venir. Pour exemple, si le contrat de travail a été signé en décembre 2009 pour une affectation à Toulouse mais avec une clause de mobilité qui recouvre toute la France. Qu'ensuite, en janvier 2010, un nouveau bâtiment a été ouvert à Paris. L'employeur peut-il se prévaloir de la clause de mobilité pour demander au salarié, dans le cadre de son pouvoir de direction, une mutation à Paris, alors même que le bâtiment n'était pas créé à la signature du contrat ?

Une clause de mobilité alourdit les obligations contractuelles du salarié. L'interdiction d'étendre unilatéralement la portée d'une clause permet de limiter les prérogatives de l'employeur, et de garantir une meilleure prévisibilité au salarié. Les conditions de validité sont indispensables pour concilier les intérêts économiques de l'employeur et les droits du salarié.

L'appréciation plus souple de la Cour de cassation peut donc menacer le respect des droits des salariés. Mais peut également affaiblir la sécurité juridique des clauses. En effet, l'admission actuelle « *du territoire français* » n'exclut pas le rejet futur, pour manque de précision, de la locution litigieuse. Or, « *le revirement de jurisprudence est rétroactif par nature* »⁵⁸. L'employeur pourra donc être condamné.

20. Intérêt légitime de l'entreprise et proportionnalité de la suggestion – Au stade du contrôle de la validité de la clause, les juges semblent apprécier l'opportunité de la mesure au regard des fonctions du salarié⁵⁹.

⁵⁷ ⁵⁷ Soc. 9 juillet 2014 ; D. 2014. Actu. 1595 ; Dr. Soc. 2014. 857, obs. Mouly ; RJS 2014. 576, n°667 ; JS Lamy 2014, n°373-2, obs. LHERNOULD.

⁵⁸ Avis de M. LEGOUX, Avocat général à la Cour de cassation, arrêt n°547 (<https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/assemblee-pleniere/22/legoux-avocat-9799.html>).

⁵⁹ Soc. 12 janvier 1999 (n°96-40.755).

Cette condition est la plupart du temps appréciée au stade de la mise en œuvre de la clause. A ce moment, le juge procédera à un contrôle plus approfondi de la mesure en mettant en balance les intérêts de l'entreprise et la sauvegarde des droits et libertés du salarié.

En pratique, cette condition est essentielle. Il ressort des pratiques que de grandes entreprises insèrent dans tous les contrats de travail des clauses de mobilité, y compris pour les salariés qui ne disposent pas d'une qualification particulière. Le bien-fondé de la mobilité est alors discutable.

Pour exemple, une société internationale de prêt-à-porter introduit dans l'ensemble des contrats de travail des vendeurs non qualifiés une clause de mobilité étendue au territoire français. La zone est extrêmement large. Il ressort des pratiques de l'entreprise, une promotion au préalable du salarié, avant la mise en œuvre de la clause. Ensuite, l'employeur est en mesure de demander la mutation du salarié alors que ce-dernier perçoit un salaire avoisinant le salaire minimum interprofessionnel de croissance. Cette pratique est dangereuse en ce qu'elle pousse le salarié au refus et conduit à terme à un licenciement de ce-dernier.

En plus des conditions de validité, les parties peuvent prévoir des modalités accessoires à la clause de mobilité.

2. Les modalités accessoires des clauses de mobilité

21. Les accessoires détaillant la clause de mobilité – Au moment de la négociation de la clause de mobilité, les parties sont invitées à négocier des contreparties telles que la prise en charge du déménagement par exemple. Le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de prévoir toute sorte de modalités. Néanmoins, en pratique, le salarié n'est pas en position de force pour négocier seul les modalités de la clause. Parfois, les conventions collectives imposent une compensation financière et le non-respect de cette obligation par l'employeur justifie le refus du salarié⁶⁰. Cette jurisprudence souligne le fait que la négociation collective de la clause de mobilité permettrait au salarié de bénéficier d'un meilleur encadrement.

De plus, l'employeur peut être tenté de fixer dans la clause une obligation de déménagement.

⁶⁰ Soc. 21 mars 2012 (10-12.009).

La Cour de cassation considère qu'une « *clause de mobilité ne peut contraindre le salarié à un changement de résidence, si ses attributions n'exigent pas une présence permanente au lieu de la nouvelle affectation* »⁶¹. La jurisprudence relative aux clauses de résidence est particulièrement stricte et n'admet que très rarement la validité d'une telle clause. Cette jurisprudence semble pouvoir se transposer en matière de mobilité. Au titre de la liberté de choix de domicile du salarié, le salarié doit pouvoir garder libre le choix de lieu de vie familial. Ainsi, « *la mise en œuvre d'une clause de mobilité sur l'ensemble de la France ne permet pas d'imposer au salarié l'obligation de fixer sa résidence dans un département précis* »⁶².

Les conditions de validité garantissent une certaine sécurité au salarié et évitent les abus. Le non-respect d'une des conditions est lourdement sanctionné.

B) Les enjeux du respect des conditions de validité

22. Nullité de la clause et préjudice au salarié – La jurisprudence fixe les conditions de validité des clauses de mobilité qui permettent d'assurer une certaine sécurité et prévisibilité au salarié. La Cour de cassation manifeste une grande sévérité en cas de non-respect de ces conditions. En effet, le défaut d'une condition entraîne la nullité rétroactive de la clause, et non sa simple réfaction par le juge. La clause disparaît donc du contrat. Cette sanction demeure sans doute une des plus lourdes en droit civil des contrats.

De plus, la Haute juridiction considère qu'une « *clause de mobilité illicite (...) cause nécessairement au salarié un préjudice qu'il incombe au juge d'évaluer* »⁶³. Le salarié n'a donc pas à rapporter la preuve d'un dommage pour obtenir l'allocation de dommages et intérêts.

Cette jurisprudence est donc stricte. Elle rend davantage impératif le respect du régime juridique des clauses de mobilité. Néanmoins, le droit français ne va pas aussi loin que le droit

⁶¹ Soc. 12 janvier 1999 ; Bull. Civ. V, n°7 ; D. 1999. IR 47 ; Dr. Soc. 1999.287, obs. RAY.

⁶² Soc. 15 mai 2007 ; D. 2007. AJ 1600 ; RDT 2007. 449, obs. Bonni ; RJS 2007. 617, n°811 ; JCP S 2007. 1642, note BOSSU.

⁶³ Soc. 9 juillet 2014 (n° 13-17.206).

allemand qui fait application des règles relatives aux clauses abusives dans les relations contractuelles de travail⁶⁴.

Les conditions de validité sont prévues par la jurisprudence mais ne sont pas fixes au regard des potentiels revirements. Par ailleurs, les clauses de validité souffrent parfois d'une insécurité juridique liée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

§2 – L'insécurité juridique générée par l'appréciation souveraine des juges du fond

23. La place prépondérante de l'appréciation souveraine des juges du fond – Le Code du travail ne prévoit pas un régime juridique légal des clauses de mobilité. Les conditions de validité sont fixées par la jurisprudence de la Cour de cassation, sur le fondement de l'article L1221-1 du Code du travail.

De plus, elles se rapportent à des notions abstraites qui ne sont pas définies par la loi, ni même par la jurisprudence ; « *délimitation précise* », « *zone géographique* »...etc. L'appréciation souveraine des juges du fond peut donc avoir une grande place dans le contrôle de validité.

En effet, alors que la Cour de cassation pose l'exigence d'une zone géographique précise, une Cour d'appel valide la clause qui engage le salarié à « *accepter toute mutation en tout lieu où le groupe GEODIS est implanté en France et DOM/TOM, soit en son nom propre, soit par l'intermédiaire des sociétés filiales ou alliées* »⁶⁵.

Par opposition, les praticiens se plaignent parfois de l'autonomie de la jurisprudence du Conseil des prud'hommes. La frontière est ténue entre les conditions de validité et les conditions de mise en œuvre. Les juges du fond font parfois une confusion lors de leur contrôle. Or, la finalité du contrôle est différente. Lorsqu'une condition de validité fait défaut à la clause, cette-dernière est considérée nulle et non écrite. L'employeur peut être condamné à des dommages et intérêts. En revanche, au stade de la mise en œuvre, le juge ne peut que neutraliser la mise en œuvre de la clause pour le litige qui lui est soumis. La clause perdure alors dans le temps.

⁶⁴ BGB, §305 et s. – V. P. REMY et R. KRAUSSE, Droits des contrats et droit du travail : RDT 2007, spéc. p. 477 et p. 481.

⁶⁵ Clause réputée nulle par Soc. 20 février 2013 (n°11-27.612).

Enfin, La mise en place d'une clause de mobilité a pour conséquence un alourdissement de la gestion de l'entreprise.

Section 3 : La gestion des clauses contractuelles de mobilité dans l'entreprise

24. Clause de mobilité : entre individualisme et dépersonnalisation – Les conditions de validité des diverses clauses, et notamment des clauses de mobilité demandent la plus grande attention des directeurs de ressources humaines en raison des fluctuations jurisprudentielles.

De plus, le respect des grands principes de droit du travail tel que l'adage « *à travail égal, à salaire égal* » impose une gestion précautionneuse des contrats de travail. Le principe d'égalité de traitement a une portée plus générale que la simple égalité de rémunération⁶⁶. *Quid* de l'employeur qui accorderait une clause de mobilité à un salarié A, dont la zone géographique est moins étendue que celle insérée dans le contrat de B, pourtant tout aussi qualifié que A, mais tout simplement parce que A est un meilleur négociateur ?

C'est pourquoi, les praticiens témoignent d'une tendance à la standardisation des contrats de travail : « *C'est plus simple pour les charges de recrutement et les juristes en sont devenus les rédacteurs* »⁶⁷.

Alors que le contrat individuel de travail tend à la promotion de l'individualisme, les pratiques promettent la dépersonnalisation des contrats. Hormis pour le salarié qui disposerait d'une compétence particulière pour l'entreprise, le salarié, y compris le salarié cadre, n'est pas en mesure de négocier une clause de mobilité insérée dans son contrat d'adhésion.

25. La rigidité de la technique contractuelle – De surcroît, la clause contractuelle de mobilité invite les employeurs à demander un changement de lieu de travail, au salarié non pas dans la meilleure situation pour le faire, mais au salarié qui dispose de la clause la plus adéquate pour la situation. Entre un jeune salarié célibataire sans clause de mobilité, et un salarié avec plusieurs enfants à charge avec clause ; le choix est rapidement effectué pour un

⁶⁶ Soc. 29 octobre 1996, *Ponsolle* (n°92- 43.680), Bull. civ. V, no 359 ; Dr. soc. 1996, p. 1013, obs. A. LYON CAEN.

⁶⁷ J.Ch. SCIBERRAS, DRH France Rhodia et Président de l'ANDRH, *Les paradoxes du contrat et de l'accord collectif*, Sem. Soc. Lamy 2011, Suppl. 1508.

employeur ! Une clause déjà insérée au contrat de travail est plus facile à mettre en œuvre que la négociation d'un changement de lieu de travail au-delà du secteur d'activité avec un salarié contractuellement immobile. La logique contractuelle ne permet donc pas, en l'espèce, de prendre en considération avec bon sens, la situation personnelle des salariés.

26. Les limites de la clause de mobilité – En outre, la clause de mobilité ne permet pas d'envisager toutes les formes de mobilité telles que la mobilité externe. C'est-à-dire, la mobilité du salarié dans une autre entreprise. La mobilité intragroupe est également prohibée. Les juges manifestent une grande réticence à l'encontre de ces clauses spécifiques visant à rendre le salarié mobile entre les entreprises d'un même groupe par exemple. En effet, un « *salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur* », c'est pourquoi, est nulle la clause de mobilité « *par laquelle le salarié lié par un contrat de travail à une société s'est engagée à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale* »⁶⁸.

Le rejet jurisprudentiel pour ces stipulations semble dommageable puisque la mobilité externe permettrait aux employeurs une meilleure gestion des effectifs, et parfois d'éviter une procédure de licenciement pour motif économique en privilégiant en amont des difficultés, la mobilité des salariés du groupe. Toutefois, une telle clause ne peut garantir les intérêts du salarié seulement si elle laisse au salarié une véritable liberté de choix au stade de sa mise en œuvre.

Par opposition, la mobilité externe est un outil utilisé dans les accords collectifs. L'impossibilité de recours à la mobilité externe dans le cadre d'une négociation individuelle, à rebours de la négociation collective, souligne les limites des clauses de mobilité insérées dans les contrats individuels de travail. Les défauts des clauses de mobilité ne font que rendre plus attractives les clauses de mobilité par accord collectif.

⁶⁸ Soc. 23 septembre 2009, *Renault* (n°07-44.200) ; JurisData n°2009-049560 ; Bull. Civ. 2009, V, n°191 ; JCP S 2009, 1535, note S. BEAL et P. KLEIN.

CHAPITRE II – L’INSERTION D’UNE CLAUSE DE MOBILITÉ PAR ACCORD COLLECTIF

La négociation collective permet d’assurer une grande souplesse, tant au niveau du contexte que des acteurs des négociations (**Section 1**). Elle permet la mise en place d’un accord de mobilité externe (**Section 2**) ou d’un accord de mobilité interne (**Section 3**). Le tout en rendant possible une anticipation des risques pour la santé du salarié (**Section 4**).

Section 1 : La souplesse de la négociation collective

La souplesse de la négociation collective s’apprécie au regard de la diversité des contextes de négociation (§1), des conditions raisonnables de validité des accords (§2), ainsi que de la flexibilité des acteurs des négociations (§3).

§1 – La diversité des contextes de négociation

Un accord collectif est un accord écrit, résultant d’une négociation entre un employeur ou un groupement d’employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales. L’accord collectif peut être interprofessionnel, de branche, d’entreprise, de groupe ou d’intérêt local.

27. Les moments multiples de négociation – Comme le souligne le Professeur Jean-Emmanuel RAY⁶⁹, la négociation collective permet d’assurer une plus grande flexibilité à l’employeur. En effet, la négociation d’un accord collectif pourra avoir lieu dans le cadre d’une dénonciation d’un accord d’entreprise, mais également par la signature d’un avenant de révision, ou enfin dans le cadre d’une restructuration.

28. La négociation facilitée en cas de transfert d’entreprise – La personnalisation des contrats générée par les clauses contractuelles peut paraître gênante dans l’hypothèse d’un transfert d’entreprise. Qu’il s’agisse d’un transfert d’entreprise ou d’établissement, ou alors seulement d’une partie de ceux-ci, il se pose une question quant au sort du contrat de travail ainsi que le maintien des droits des salariés. L’article L 1224-1 du Code du travail énonce le maintien des contrats de travail pour le compte du nouvel employeur. Cette disposition dérogatoire à l’effet relatif des conventions met en avant les problèmes de gestion qu’induisent l’usage des clauses contractuelles de mobilité. Des difficultés vont alors se poser

⁶⁹Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. supra note n°12, §248-§272.

lorsqu'un accord de mobilité a déjà été négocié dans l'entreprise. *Quid* des clauses de mobilité préexistantes dans le contrat de travail de certains salariés transférés ?

A l'inverse, les conventions et accords collectifs ne sont pas nécessairement transférés à la nouvelle entreprise. Des nouvelles négociations vont être engagées. Toutefois, les dispositions posées dans la convention applicable dans l'entreprise transférée ne produiront d'effets que pour un préavis de trois mois, et d'un an tout au plus. La gestion est donc facilitée.

La négociation collective peut intervenir à divers moments. Afin d'assurer une certaine sécurité aux salariés, le Code du travail fixe des conditions de forme, de dépôt et de publicité. Ces-dernières ne sont pas strictes mais permettent uniquement d'assurer l'information des salariés.

§2 – Les conditions raisonnables de validité

29. Les conditions de forme⁷⁰ – Sous peine de nullité, l'article L2239-3 du Code du travail prévoit que l'accord doit être écrit et signé par les parties. Selon l'article L2231-4 du même Code, il devra s'agir d'un écrit rédigé en français.

30. Les conditions de dépôt – En ce qui concerne les conditions de dépôt, une version papier et une version électronique doivent être déposées auprès des services du Ministère Public par les parties dirigeantes. De plus, sous peine d'inopposabilité, l'accord doit être déposé au greffe du Conseil de Prud'hommes.

31. Les conditions de publicité – L'employeur est tenu de délivrer un exemplaire de l'accord collectif aux représentants du personnel, ainsi qu'aux nouveaux salariés, mais également indiquer à quel endroit le salarié peut consulter ledit accord. Le cas échéant, l'accord est inopposable et le salarié disposera d'une action en responsabilité à l'encontre de l'employeur, sans avoir à rapporter la preuve d'un quelconque préjudice.

En outre, la négociation collective peut avoir lieu avec différents acteurs.

⁷⁰ Sophie NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail (I - Droit de la négociation collective)*, janvier 2008 (actualité : juin 2013).

§3 – La flexibilité des acteurs des négociations

32. La flexibilité des acteurs – La négociation d'une clause de mobilité au sein d'un accord collectif peut intervenir dans le cadre d'un accord d'entreprise, mais également d'un accord de groupe. Il ressort une certaine liberté des agents des négociations.

En effet, dans la première hypothèse, une négociation est envisageable en présence de délégués syndicaux, mais également en l'absence de ces-derniers. Lorsque l'entreprise dispose de délégués syndicaux, ils doivent avoir obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au 1^{er} tour des élections professionnelles. Le cas échéant, la compétence reviendra au comité d'entreprise (entreprise de moins de 200 salariés sans délégué syndical mais avec un comité d'entreprise ou des délégués du personnel), ou au représentant de la section syndicale (entreprise de plus de 200 salariés sans délégué syndical mais avec un comité d'entreprise ou un délégué du personnel) ou à un mandataire spécial, dans ce cas un vote des salariés sera exigé à l'issue des négociations (pour les entreprises sans délégué syndical).

Dans la seconde hypothèse, pour un accord de groupe, l'article L2232-31 du Code du travail prévoit que la négociation relève de la compétence de l'employeur de l'entreprise dominante du groupe, ou alors d'un ou plusieurs employeurs mandatés par l'employeur de l'entreprise dominante. Du côté des salariés, ce sont les syndicats représentatifs au niveau du groupe qui ont la compétence de négociation.

La négociation va alors permettre la mise en place d'un accord de mobilité, tel qu'un accord de mobilité externe.

Section 2 : La mise en place d'un accord de mobilité externe

La mobilité externe peut être mise en place par le biais d'un congé de mobilité externe (§1) ou via une mobilité volontaire sécurisée (§2).

§1 – Le congé de mobilité externe

La congé de mobilité externe apparaît comme un outil d'anticipation des difficultés pour les entreprises (A) pour ensuite analyser la liberté laissée aux parties quant à la fixation des modalités conventionnelles (B).

A) Le congé de mobilité externe : outil d'anticipation des difficultés

33. Les objectifs du congé de mobilité⁷¹ – La loi du 30 décembre 2006 crée le congé de mobilité afin de « *permettre aux entreprises de mieux anticiper les mutations économiques et de sécuriser les transactions professionnelles*⁷² en permettant aux salariés de s'inscrire volontairement dans une démarche de mobilité »⁷³.

Ce dispositif facultatif s'intègre dans le cadre d'une restructuration de l'entreprise afin de traiter en amont les évolutions futures de l'emploi. Il vise à « *conjuguer* » une rupture d'un commun accord du contrat de travail avec les pratiques de reclassement et d'insertion dans l'emploi⁷⁴.

Le congé de mobilité tend à concilier les intérêts économiques de l'employeur, qui, pour le maintien de son activité doit restructurer son entreprise, tout en sécurisant la situation professionnelle du salarié en l'accompagnant dans sa recherche d'un emploi stable. Notamment, en instituant au sein de l'accord collectif des mesures d'accompagnement, des périodes de travail ainsi que de formation. Il est « *destiné à éviter de prononcer un licenciement pour motif économique à un stade ultérieur* »⁷⁵.

Le congé de mobilité externe se rapproche du congé de mobilité instauré pour les agents de droit public en 2007. Comme pour le congé de mobilité externe, ce congé permet à un agent d'être recruté par une autre personne morale de droit public⁷⁶.

34. Les conditions du congé de mobilité – Le congé de mobilité ne concerne que les entreprises ou les groupes ayant l'obligation triennale de négocier un accord sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). C'est-à-dire, les entreprises ou les groupes employant au moins 300 salariés.

⁷¹ Articles L1233-77 à L1233-83 du Code du travail.

⁷² Intervention de Madame la Ministre déléguée C. VAUTRIN, Assemblée Nationale 1^{re} lecture, séance du 10 octobre 2006.

⁷³ <http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques,89/fiches-pratiques,91/accompagnement-des-mutations,593/le-conge-de-mobilite,5642.html>.

⁷⁴ Emilie DURLACH, *Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit au licenciement économique*, *Rev. Droit du travail* 2007, p.440.

⁷⁵ Conseil Constitutionnel 28 décembre 2006, n°2006-545 DC.

⁷⁶ Carole MONIOLLE, *Fasc. 814-20 : AGENTS NON TITULAIRES. – Conditions et intégration*, 21 Mars 2013 (mise à jour le 25 Novembre 2013).

Néanmoins, le Code du travail, dans ses dispositions relatives au congé de mobilité, va plus loin en effectuant un report aux dispositions applicables au congé de reclassement⁷⁷.

Ainsi, seules les entreprises ou les établissements « *d'au moins mille salariés* » en France « *ou dans l'espace économique européen* »⁷⁸ peuvent conclure un accord portant congé de mobilité externe. Cette disposition appuie le fait que le congé de mobilité s'intègre dans le cadre d'une entreprise en difficulté.

A ce titre, les dispositions relatives au congé de mobilité s'intègrent dans le Chapitre III relatif au licenciement pour motif économique et plus particulièrement au sein de la Section IV Bis « *obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'établissement* ». Le congé de mobilité prend donc corps dans un contexte particulier, de difficultés économiques mais également d'espoir de reprise de l'entreprise. Un tel dispositif permet de faciliter un transfert d'entreprise. En effet, il est plutôt rassurant pour un repreneur d'avoir la possibilité de rompre des contrats de travail d'un commun accord, tout en offrant une porte de sortie sécurisée aux salariés, ce qui aurait le mérite d'apaiser le climat social.

D'autant que le dispositif laisse une grande liberté aux acteurs des négociations pour fixer les modalités du congé de mobilité.

B) La libre fixation des modalités conventionnelles

35. La liberté de fonctionnement du congé de mobilité – De manière générale, la loi offre une grande latitude aux acteurs des négociations. En effet, il revient à l'accord collectif de définir la plupart des modalités du congé de mobilité.

De prime abord, l'accord collectif doit prévoir les salariés bénéficiaires du congé de mobilité sous réserve de l'ordre public (*exemple : principe de non-discrimination*). Puis, le salarié est entièrement libre d'opter ou non pour ce congé de mobilité. Il n'est en aucun cas possible de contraindre un salarié d'adhérer à un congé de mobilité. Ainsi, la liberté se retrouve tant au niveau du côté de l'employeur et des partenaires sociaux qui peuvent établir les modalités de

⁷⁷ Article 1233-71 du Code du travail.

⁷⁸ R. Vatinet, *Nouveaux cadres juridiques pour des parcours professionnels diversifiés* (L. n°2006-1770, 30 décembre 2006, Titre 3), JCP S 2007. 1131.

l'accord librement, mais également au niveau du salarié qui dispose d'une véritable liberté de choix.

Au cours du congé de mobilité, si un CDD est conclu pendant la période de travail, le contrat initial est suspendu. En revanche, si le salarié est titulaire d'un nouveau CDI, le sort du contrat initial dépendra des dispositions prévues dans l'accord collectif. Il sera au choix suspendu, ou bien « *interrompu pour reclassement du salarié* ».

A l'issue du congé de mobilité, le contrat de travail initial sera rompu. Toutefois, la durée de ce-dernier est libre. La loi ne fixe aucune durée minimale ou maximale, ce qui permet d'assurer une certaine flexibilité aux opérateurs. Cette souplesse est essentielle pour assurer l'effectivité du dispositif. En effet, le congé de mobilité n'intervenant que pour des entreprises en difficulté, il aurait été trop délicat de standardiser la durée du congé de mobilité alors même que les besoins varient selon la situation économique de l'entreprise, sa forme, son activité...etc. Par ailleurs, bien que le contrat initial soit rompu au terme du congé de mobilité, il est néanmoins possible de conclure un nouveau contrat de travail avec l'employeur originel.

36. Les obligations mesurées pour sécuriser l'accord – Toutefois, afin d'assurer une certaine sécurité aux salariés et d'éviter les abus, la loi fixe quelques contraintes intangibles afférentes à la rémunération ainsi qu'aux cotisations sociales, et à la couverture sociale.

En dehors de périodes de travail, par principe, la rémunération est fixée par l'accord collectif. Néanmoins, si la période du congé correspond à la durée du préavis, « *la rémunération doit être équivalente à celle perçue préalablement à la rupture de son contrat* ». De plus, si la période de congé excède la durée du préavis, la rémunération doit au moins être égale à « *l'allocation spécifique de reclassement prévue par la Convention relative à la convention de reclassement personnalisé du 18 janvier 2006* »⁷⁹.

Pendant la période de travail, de manière logique et classique, le salarié bénéficie de la rémunération correspondant au travail effectué.

⁷⁹ Agréée par arrêté du 23 février 2006, JO du 2 mars 2006, p.3176.

De plus, la sécurisation du congé se traduit également par le maintien d'une couverture sociale et complémentaire pour une période de neuf mois. Notamment, la période de congé de mobilité est validée au titre de l'assurance vieillesse mais également pour les retraites complémentaires (sur la base des taux obligatoires ARRCO et AGIRC). Au-delà des neuf premiers mois, l'accord collectif fixe la couverture sociale et complémentaire.

Ainsi, la loi pose une structure intangible du congé de mobilité, afin d'établir un encadrement et d'éviter les abus. Mais laisse ensuite une grande latitude aux opérateurs afin de fixer la plupart des modalités du congé de mobilité.

Dans le cadre de la mobilité externe, le congé de mobilité n'est pas le seul dispositif applicable. En effet, depuis la loi du 14 juin 2013, une mobilité volontaire sécurisée peut être envisagée par accord collectif.

§2 – La mobilité volontaire sécurisée

La mobilité volontaire sécurisée offre une véritable liberté de choix au salarié **(A)** et permet une grande souplesse aux parties en ce qui concerne ses modalités **(B)**.

A) La mobilité volontaire sécurisée : la liberté de choix du salarié

37. Les objectifs de la mobilité volontaire sécurisée – L'article 7 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 crée la mobilité volontaire sécurisée avant d'être par la suite consacrée par la loi du 14 juin 2013⁸⁰ aux articles L1222-12 à L1222-16 du Code du travail. L'objectif poursuivi de cette création est de « *développer (les) compétences (des salariés)* » car « *les salariés souhaitent de plus en plus pouvoir changer d'emploi, mais peuvent y renoncer faute de la sécurisation adaptée.* »⁸¹.

Dans de nombreux écrits, les auteurs relèvent les différences avec le congé sabbatique. La CFDT⁸² prend même le soin de les définir avec une légère subtilité. Selon le syndicat, la mobilité volontaire sécurisée permet « *d'exercer une activité dans une autre entreprise afin d'enrichir son parcours professionnel* », tandis que le congé sabbatique offre la possibilité de

⁸⁰ Loi n°2013-504.

⁸¹ Article 7 de l'ANI.

⁸² CFDT : mode d'emploi, sécurisation de l'emploi, septembre 2014 (https://www.cfdt.fr/upload/docs/application/pdf/2013-10/me_mobilite.pdf).

« réaliser un projet personnel et notamment travailler dans une autre entreprise ». La nuance entre les deux dispositifs résiderait dans leur finalité. Le premier permettrait au salarié d'avoir une nouvelle expérience professionnelle sur le court terme pour mieux travailler ensuite. Tandis que le congé sabbatique conviendrait au salarié qui souhaiterait reconstruire sa vie professionnelle, travailler ailleurs et autrement.

Selon l'article L1222-12 du Code du travail, la mobilité volontaire sécurisée permet à un salarié, pendant une période, « d'exercer une activité dans une autre entreprise, au cours de laquelle l'exécution de son contrat de travail est suspendue ».

La mobilité volontaire sécurisée apporte donc une lecture inversée par rapport à la mobilité interne qui peut se retrouver à la fois dans une clause classique de mobilité, mais également dans un accord de mobilité interne. C'est au salarié que revient l'option ou non d'actionner la mobilité volontaire sécurisée, et non à l'employeur comme pour une clause ou un accord de mobilité interne. En effet, la mobilité volontaire sécurisée ne peut être mise en œuvre que sur la volonté expresse du salarié.

Par ailleurs, une mobilité volontaire sécurisée profite aux deux parties. A la fois au salarié qui développe de nouvelles compétences professionnelles, ce qui lui permet d'enrichir son *curriculum vitae* en toute sécurité, ou bien de créer sa propre entreprise, ce qui ne fait qu'affirmer et concrétiser sa liberté d'entreprendre, mais également pour l'employeur qui conserve sous son aile un salarié davantage qualifié.

Sur le principe, la mobilité volontaire sécurisée est un bel exemple de conciliation entre les intérêts économiques de l'employeur (dont sa volonté est de disposer de salariés les mieux qualifiés) et des droits et libertés des salariés qui disposent d'une véritable liberté de travail et d'entreprendre. Par ailleurs, les conditions légales pour envisager la mise en place d'une mobilité volontaire sécurisée sont extrêmement souples.

B) Les conditions souples de mise en place de la mobilité volontaire sécurisée

38. L'absence de contexte particulier – Les dispositions légales ne fixent aucun contexte particulier. Ceci marque la volonté d'étendre avec le plus d'aisance ce type de mobilité. En effet, les accords de mobilité volontaire sécurisée ne sont pas créés pour aider une entreprise qui traverse de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* ». Ils ne s'incluent pas non

plus dans un accord de GPEC à la différence des accords de mobilité interne. De plus, ces accords se distinguent de la période d'adaptation rencontrée dans les plans de sauvegarde de l'emploi, qui s'apparente parfois à un report de la rupture du contrat de travail, ou bien à un reclassement au sein d'une société du même groupe.

39. La largesse des conditions d'ouverture – Selon le Code du travail⁸³, la mobilité volontaire sécurisée concerne « *les entreprises et les groupes d'entreprises (...) d'au moins 300 salariés, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale de vingt-quatre mois, consécutifs ou non* ».

Cela exclut donc du champ d'application les petites et moyennes entreprises. Toutefois, cette exclusion n'est pas absolue car les groupes d'entreprises sont admis. Ainsi, un salarié d'une entreprise à l'origine exclue du champ d'application de ce dispositif pourrait bénéficier d'une telle mobilité grâce à cette porte laissée entrouverte par la loi. De plus, le choix du salarié quant à sa nouvelle entreprise d'accueil est totalement libre. Ainsi, il pourrait s'agir d'une petite entreprise. En effet, la loi laisse une grande liberté au salarié en ne prévoyant aucune obligation quant à la nouvelle entreprise. Son dévolu pourrait donc se porter sur une entreprise du même groupe.

En ce qui concerne la durée d'ancienneté, l'expression « *consécutifs ou non* » permet d'intégrer les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée puisqu'un CDD peut durer jusqu'à 36 mois.

40. Entreprises concernées – la mobilité peut avoir lieu dans une autre entreprise du même groupe alors même que la Cour de cassation⁸⁴ le réprimait jusqu'à présent, et qu'un amendement au moment des débats, le prohibait⁸⁵. Toutefois, la mobilité volontaire sécurisée ne concerne que les entreprises d'au moins 300 salariés⁸⁶, soit le seuil d'application des accords de GPEC, pour tout salarié ayant au moins 24 mois d'ancienneté. Comme le souligne

⁸³ Article L1222-12.

⁸⁴ Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°07-44.200 : Bull. Civ. V, n°191 – P. LOKIEC et G. Loiseau, l'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit : semaine sociale Lamy 2013, n°1569, p.2.

⁸⁵ Débats AN, 1^{re} séance du 5 avril 2013, p.3854 ; Débats Sénat, 19 avril 2013, p.3664.

⁸⁶ L1222-12 du Code du travail.

la CFDT⁸⁷, la condition d'effectif est inexistante pour le congé sabbatique, mais la condition d'ancienneté est en revanche plus lourde.

Section 3 : La mise en place d'un accord de mobilité interne

La négociation collective sur la mobilité interne n'est pas nouvelle. Seulement, les modalités de l'accord varient entre les accords de mobilité interne avant la loi du 14 juin 2013 (§1) et ceux régis par la loi du 14 juin 2013 (§2).

§1 – La mise en place d'un accord de mobilité interne avant la loi du 14 juin 2013

41. Un dispositif usité mais insuffisant. – Jusqu'à la loi du 14 juin 2013, les accords de mobilité interne ou intra-groupe n'étaient pas inconnus par les praticiens.

C'est pourquoi la Cour de cassation considérait en 2002 que « *même en l'absence de clause de mobilité géographique insérée au contrat de travail du salarié, l'employeur peut se prévaloir de l'existence d'une telle mobilité instituée de façon obligatoire par la convention collective, lorsque la disposition de la convention collective se suffit à elle-même, c'est à la condition que le salarié ait été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance* »⁸⁸. Les conditions sont donc assez simples pour l'employeur qui souhaiterait se prévaloir de cette clause.

Toutefois, la négociation de l'accord entraînait quelques problématiques non résolues. En effet, il demeurait la difficulté majeure du sort des salariés en cas de refus de toute mobilité. L'inclusion d'une clause conventionnelle de mobilité entraîne une modification du contrat de travail. Ainsi, l'article L1222-6 du Code du travail permet de « *solliciter l'accord des salariés, et de n'engager, le cas échéant une procédure de licenciement pour motif économique pour les salariés réfractaires à la modification* ».

Cela demeurait déjà une avancée comparativement aux arrêts Framatome et Majorette⁸⁹ qui imposaient la mise en place d'un plan social, dès lors que l'employeur, dans le cadre d'une restructuration, proposait à plus de dix salariés la modification d'un élément essentiel du

⁸⁷ CFDT, article précité, v. *supra* note n°82.

⁸⁸ Soc. 27 juin 2002 (n°00-42.646).

⁸⁹ Cass. Soc. 3 décembre 1996 (n°95-17.352 et n°95-20.360) Bull. civ. V, no 411, Dr. soc. 1997, p. 18, rapport Ph. Waquet.

contrat de travail. Pour certains auteurs, les accords de mobilité antérieurs à la loi du 14 juin 2012 ne suscitaient pas de grandes difficultés⁹⁰.

Toutefois, en pratique, il n'y avait qu'un report du problème. En effet, un plan de sauvegarde de l'emploi s'imposait dès lors qu'il y avait plus de dix refus, et donc dix licenciements pour motif économique.

Par ailleurs, la loi ne prévoyant pas le contexte de négociation de l'accord, les employeurs ne pouvaient fonder leur licenciement que sur un motif économique, puisqu'aucun grief personnel n'était à rattacher à la décision de licenciement de l'employeur. Cela réduisait donc le champ d'application des accords de mobilité puisque l'utilité d'un tel accord est d'intervenir très en amont, avant toute difficulté économique, pour justement les éviter.

La refonte des accords de mobilité tend à la création d'un dispositif plus performant et légalement encadré.

§2 – La mise en place d'un accord de mobilité interne après la loi du 14 juin 2013

Les accords de mobilité interne apparaissent comme un moyen de fluidifier le marché interne en l'absence de contexte particulier (A). Lors de sa mise en place, des éléments classiques de son contenu doivent être négociés (B).

A) La fluidification du marché interne en l'absence de contexte particulier

42. Les objectifs de l'accord de mobilité interne – « *La mobilité interne s'entend de la mise en œuvre des mesures collectives d'organisation courantes dans l'entreprise, ne comportant pas de réduction d'effectifs et se traduisant notamment par des changements de poste ou de lieux de travail au sein de la même entreprise.* »⁹¹. L'objectif de la mobilité interne, dont le régime est prévu aux articles L2242-21 à L2242-23 du Code du travail, est de fluidifier le marché interne du travail en amont, afin d'éviter une mobilité externe forcée ; c'est-à-dire des licenciements pour motif économique à caractère collectif.

Selon le Professeur Jean-Emmanuel RAY, ce texte marque la volonté de développer, en

⁹⁰ Article L1261-1 et suivants du Code du travail.

⁹¹ Article 15 de l'ANI du 11 janvier 2013.

France, une « *culture de la mobilité* »⁹².

L'accord de mobilité interne vise à offrir davantage de flexibilité aux employeurs, tout en garantissant sécurité aux salariés afin d'obtenir la « *fléxi-sécurité* »⁹³. Ce concept était au cœur des débats lors de l'adoption de la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

La sécurité se traduit par une mobilité négociée et collective, plutôt qu'unilatérale et individuelle comme pour la clause de mobilité.

Quant à la flexibilité, elle s'analyse au regard de la rigidité des dispositifs existants avant la loi du 14 juin 2013. En effet, avant l'adoption des textes relatifs aux accords de mobilité interne, « *lorsqu'une entreprise est contrainte par la situation économique, l'évolution du marché, de la concurrence, de la technologie, de s'adapter de façon significative et par voie de conséquence de demander aux salariés de faire de même, le seul outil du Code du travail à la disposition du DRH est le licenciement pour motif économique* ».

L'accord de mobilité interne permet donc une négociation collective de la mobilité, tout en laissant une liberté de choix au salarié. Toutefois, si ce dernier refuse, l'issue sera un licenciement pour motif économique à caractère individuel. L'issue individuelle de ce processus collectif permet en grande partie de contourner les règles relatives au plan de sauvegarde de l'emploi. C'est en cela que le dispositif crée par l'accord national interprofessionnel se démarque des accords de mobilité négociés en pratique avant la loi du 14 juin 2013.

43. Le contexte des négociations – « *L'employeur peut engager une négociation portant 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***⁹⁴. ». L'accord de mobilité s'inscrit dans le cadre des mesures d'organisation courantes qui s'analysent comme une mesure de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC).

⁹² Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §142.

⁹³ « *Vers une « fléxi-sécurité » en droit du travail ?* », Paie et RH, fiche n°4-2013.

⁹⁴ Article L2242-21 du Code du travail.

Cela permet de distinguer l'accord de mobilité de l'obligation de reclassement existante dans le cadre de licenciement pour motif économique, puisque l'objectif est de contourner les difficultés économiques grâce à une attitude préventive de l'employeur. Mais également « *sans projet de réduction d'effectif* », c'est-à-dire à l'inverse des accords de maintien de l'emploi qui se négocient en cas « *graves difficultés conjoncturelles* » et pour limiter la suppression des postes. C'est pourquoi « *les stipulations de l'accord collectif (...) ne peuvent avoir pour effet d'entraîner une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle* »⁹⁵.

De plus, comme en témoigne l'expression « *l'employeur peut engager une négociation* », cette négociation n'est qu'une possibilité offerte à l'employeur. Il n'y a aucun caractère contraignant alors que telle était la volonté originelle dans l'avant-projet de loi. Le législateur a donc manifesté sa volonté de conserver intact le pouvoir de direction de l'employeur, en lui laissant la faculté exclusive de juger de l'opportunité des mesures de restructuration.

Toutefois, aux termes de l'article L2242-15 et L2242-21 alinéa 3, cette faculté semble muter en une réelle obligation pour les entreprises et groupes d'au moins 300 salariés, soumise à l'obligation de négociation des accords GPEC. Ou bien aux entreprises et groupes d'entreprises d'une dimension communautaire⁹⁶. Cette négociation n'a été instaurée qu'à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2015. Si les résultats sont convaincants, elles pourra s'intégrer au sein d'une « *négociation unique dite de qualité de vie au travail* »⁹⁷ qui regrouperait d'autres négociations obligatoires telles que l'égalité professionnelle, la durée du travail, la prévoyance, la pénibilité, les travailleurs handicapés⁹⁸.

44. Procédure – Alors que l'ANI ne visait qu'exclusivement les entreprises dotées de délégués syndicaux⁹⁹, la loi a supprimé cette restriction. Ainsi, pour les entreprises soumises à l'obligation de négociation dans le cadre de GPEC, l'accord doit être conclu avec des délégués syndicaux. En ce qui concerne les autres entreprises dotées d'institutions

⁹⁵ Article L2242-22 du Code du travail.

⁹⁶ Au sens des articles L2341-1 et L2341-2 du Code du travail « *comportant au moins un établissement ou une entreprise de 150 salariés en France* ».

⁹⁷ L. n°2014-288, 5 mars 2014, article 33 (texte non codifié), qui requiert au préalable la conclusion d'un accord collectif majoritaire.

⁹⁸ Professeur Patrick MORVAN, *Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013, La Semaine Juridique* n°18-19, 6 Mai 2014, 1184.

⁹⁹ Article 15 alinéa 2 de l'ANI.

représentatives du personnel, la compétence revient au comité d'entreprise, délégation unique du personnel, aux délégués du personnel¹⁰⁰ ainsi qu'au salarié mandaté¹⁰¹. La loi ouvre donc très largement le champ des possibles en n'excluant aucune entreprise. Ainsi, l'efficacité du dispositif n'en devient que meilleure.

Les règles de droit commun de la négociation collective sont applicables aux accords de mobilité interne. De telle sorte qu'une consultation préalable du comité d'entreprise ainsi que du comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail s'impose. Egalement, l'accord sera conclu selon les règles de droit commun, c'est-à-dire approuvé par au moins 30% des suffrages exprimés aux dernières élections. L'application des règles de droit commun pour l'adoption de l'accord, par opposition aux règles applicables pour les accords de maintien de l'emploi, ou pour un PSE (50%) garantissent une certaine souplesse de l'accord, et rend plus aisée l'adoption d'un tel accord. De plus, la consultation du comité d'entreprise ainsi que du comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail peut influencer sur le contenu de l'accord, en assurant une meilleure protection des droits des salariés.

La mobilité interne bénéficie donc de règles souples afin de faciliter et même d'encourager sa mise en place. Par ailleurs, le contenu de l'accord de mobilité est assez classique et protectrice des droits des salariés.

B) Le contenu classique et protecteur de l'accord de mobilité interne

L'accord de mobilité interne doit procéder à la délimitation de la zone géographique de mobilité **(1)**, mais également identifier les salariés concernés **(2)**, pour enfin envisager des mesures de protection favorables aux salariés **(3)**.

1. La délimitation de la zone géographique de mobilité

45. L'invitation à la négociation d'une zone géographique d'emploi – « *Les limites imposées à cette mobilité, au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié* »¹⁰². La zone visée se distingue du secteur géographique issu de la jurisprudence de 1999¹⁰³. En effet, le

¹⁰⁰ Article L2232-21 du Code du travail.

¹⁰¹ Article L2232-24 du Code du travail.

¹⁰² Article L2242-22 alinéa 1^{er} du Code du travail.

¹⁰³ Comp. S. Pélicier Loevenbruck et Gh. Frèrejacques, *La mobilité interne, vecteur d'une véritable GPEC*, Sem. Sociale Lamy, 8 juillet 2013, n°1592, p.49.

choix pour la locution « *zone géographique d'emploi* » n'est pas anodin. Il s'agit d'une invitation légale auprès des partenaires sociaux de définir une zone géographique d'emploi précise dans l'accord collectif, afin de mettre un terme au contentieux relatif au secteur géographique en cas de modification du lieu de travail. Sur ce sujet, l'ANI allait plus loin en fixant un temps de trajet (45 minutes), ou de kilométrage (50 km) maximal¹⁰⁴. Néanmoins, certains auteurs soulèvent la trop grande rigidité d'un encadrement strict du trajet et des distances, mais relèvent également un risque d'inégalité entre les bassins d'emploi¹⁰⁵.

Les acteurs des négociations disposent donc d'une certaine liberté quant au choix de la zone géographique d'emploi, mais également de la zone géographique de mobilité, sous la réserve classique de la proportionnalité au but recherché et de répondre à l'intérêt de l'entreprise. Sur ce point, le contenu de l'accord se distingue très peu d'une clause de mobilité.

Par la suite, le juge opérera un contrôle plus poussé sur la mise en œuvre de l'accord de mobilité au regard de la situation personnelle et familiale du salarié. Mais avant un tel contrôle, les négociations doivent également porter sur les salariés visés par l'accord collectif de mobilité.

2. La libre identification des salariés concernés

46. L'exclusion conventionnelle de certains salariés – Bien que collectif, l'accord peut viser qu'une partie des salariés, et, *de facto*, en exclure certains autres. Néanmoins, toute disposition doit être conforme à l'ordre public social, et notamment au principe de non-discrimination.

47. Maintien ou abandon du principe d'égalité dans un accord collectif ? – Certains auteurs soulignaient dès l'entrée en vigueur de la loi, l'importance de respecter le principe général à travail égal, salaire égal à la lumière de la jurisprudence relative au plan de sauvegarde de l'emploi¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. supra note n°12, §147.

¹⁰⁵ Stéphane BEAL, *La mobilité interne : un outil GPEC*, La Semaine Juridique Sociale n°44-45, 29 octobre 2013, 1428.

¹⁰⁶ Note 33 Cass. soc., 12 juill. 2010 : JCP S 2010, 1505, étude P. Morvan ; RDT 2010, p. 580, obs. A. Fabre : « si un plan de sauvegarde de l'emploi peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause puissent bénéficier de cet avantage, à moins qu'une différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes, et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient

C'est pourquoi, les auteurs préconisaient d'établir des catégories objectives fondées sur des raisons vérifiables telles que l'ancienneté, l'expérience...etc. Tout en sachant que le juge disposait d'un contrôle poussé quant à la réalité et la pertinence de la mesure.

Cela se justifiait par l'introduction du principe d'égalité dans les conventions collectives avec l'arrêt de Chambre sociale du 20 février 2008¹⁰⁷, affaire dite des tickets-restaurant qui considérait que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait justifier* » l'attribution d'avantages distincts.

Toutefois, la Chambre sociale dans sa décision du 27 janvier 2015¹⁰⁸ a opéré un revirement retentissant de sa jurisprudence en la matière. En effet, après avoir pris le soin d'affirmer toute la légitimité de la négociation collective, la Cour de cassation établit une sorte d'immunité au profit des conventions collectives. Elle manifeste sa volonté d'éviter la cohabitation du principe « *à travail égal, salaire égal* » avec les conventions collectives.

Il se pose donc la question de savoir si cette jurisprudence doit être étendue aux accords collectifs. Il semblerait que cette immunité s'applique à la négociation collective dans son ensemble. Ainsi, la menace d'illicéité liée à l'exclusion de certains salariés dans l'accord est très atténuée. Ceci permet de souligner la sécurité juridique assurée par les accords collectifs par opposition aux dispositions contractuelles individuelles où le principe d'égalité trouve à s'appliquer. De telle sorte qu'il pourrait être reproché à un employeur d'avoir inséré une clause de mobilité dans le contrat d'un salarié, alors qu'un collègue de la même qualification, de la même ancienneté n'en dispose pas. La liberté contractuelle n'est qu'un principe applicable en droit du travail qui doit cohabiter avec les principes généraux, qui ont parfois une valeur supérieure, tel que le principe d'égalité qui est inscrit dans le préambule de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail¹⁰⁹ d'applicabilité directe¹¹⁰.

En outre, la loi encourage les parties à négocier des mesures de protection favorables aux salariés qui tendent à la conciliation des intérêts en présence.

préalablement définies et contrôlables » ; les mesures incitant aux départs volontaires ne peuvent être réservées aux seuls salariés d'un établissement donné.

¹⁰⁷ Soc. 20 février 2008 (n°05-45.601).

¹⁰⁸ Soc. 27 janvier 2015 (13-22.179).

¹⁰⁹ « *Une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la justice sociale* », préambule de la Constitution de l'OIT.

¹¹⁰ Soc. 29 mars 2006 (n°04-46.499).

3. L'insertion de mesures de protection favorables au salarié

48. Les modalités protectrices des droits du salarié – L'accord de mobilité n'est pas standardisé, la loi laisse une grande latitude aux négociateurs. L'objectif est de permettre la flexibilité interne tout en « *accompagnant* »¹¹¹ le salarié, « *concilier vie professionnelle et vie personnelle* »¹¹², « *garantir le maintien ou l'amélioration* »¹¹³...etc.

C'est pourquoi, des mesures visant à concilier la vie professionnelle et familiale doivent être mises en place. De telle sorte que certains salariés pourraient être exclus de l'accord. Mais également veiller à prendre en considération « *les situations liées aux contraintes de handicap et de santé* », en prévoyant des aménagements, ou bien une exclusion pure et simple.

De surcroît, des « *mesures d'accompagnement à la mobilité, en particulier les actions de formation et les aides à la mobilité géographique* » doivent être envisagées. Il s'agira en pratique d'aides pécuniaires pour aider le salarié à faire face aux divers frais de déménagement, à l'augmentation des frais de transport, de loyer...etc.

Néanmoins, il est parfois souligné qu'il ne s'agit que d'une « *participation* » et non d'une compensation pleine et entière¹¹⁴.

Toutefois, il convient de noter que l'article L2242-22 alinéa 5 prévoit que « *les stipulations de l'accord ne peuvent avoir pour effet d'entraîner une diminution du niveau de rémunération ou de la classification personnelle du salarié* ». Ainsi, toute mobilité qui entraînerait une baisse du niveau de vie du salarié serait contraire à l'alinéa 5 dudit article.

L'ensemble de ces mesures permet de souligner la volonté du législateur de concilier flexibilité et la protection de la partie faible ; le salarié. En d'autres termes « *la négociation collective évite au salarié d'être seul dans sa relation avec l'employeur* »¹¹⁵. Elle permettrait

¹¹¹ Article L2242-21 du Code du travail.

¹¹² Article L2242-22 du Code du travail.

¹¹³ Article précité, v. *supra* note 112.

¹¹⁴ Stéphane BEAL, article précité, v. *supra* n°105.

¹¹⁵ Affirmation de J.-M GERMAIN devant l'Assemblée nationale, 3^e séance, 6 avril 2013.

d'offrir au salarié des « *garanties supérieures* »¹¹⁶ ; notamment quant à la protection de sa santé physique et mentale.

Section 4 : L'anticipation des risques pour la santé du salarié mobile

49. L'impact de la mobilité sur la santé physique et mentale du salarié – La mise en œuvre de la mobilité n'est pas neutre pour le salarié. Un changement de ville, voire même de pays, ou de profession induit une modification de l'environnement familial et social du salarié. Les habitudes du quotidien sont bouleversées. Qu'importe la situation familiale de ce-dernier, vie privée paisible ou perturbée, aucune mutation n'est anodine. La mobilité du salarié peut donc entraîner des risques pour la santé physique et mentale de ce-dernier. Dans cette hypothèse malencontreuse, les deux parties perdent au jeu ; le salarié souffre et l'employeur ne dispose plus d'un salarié disponible et efficace. Par ailleurs, l'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat.

Il est donc important d'anticiper ces risques au stade de la mise en place de la mobilité du salarié. L'insertion d'une clause de mobilité par accord collectif offre de meilleurs outils en la matière que la négociation individuelle.

50. L'existence de gardes fous pour limiter les abus – La force majeure des accords collectifs tient dans ses acteurs. Un accord collectif de mobilité peut être considéré comme une mesure de réorganisation de l'entreprise. Or, lorsqu'un projet d'évaluation ou de réorganisation est envisagé, les prérogatives des institutions représentatives du personnel, telles que le comité d'entreprise ou le comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail, doivent être respectées¹¹⁷. Notamment le comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) peut demander une expertise, une enquête, faire des recommandations, donner un avis défavorable, refuser de donner un avis dans l'hypothèse d'un manque d'informations de l'employeur...etc. Les prérogatives du CHSCT ont été renforcées depuis ces dernières années, en permettant de bloquer les projets d'évaluation ou

¹¹⁶ « *La face cachée des accords de mobilité interne* », Semaine Sociale Lamy, 2013, 1587.

¹¹⁷Soc. 28 novembre 2007 (n°06-21.964), Bull. 2007, V, n°201.

de réorganisation, ou encore d'avoir recours à un « droit d'alerte judiciaire »¹¹⁸. Autant de mesures qui permettent l'anticipation des risques pour la santé du salarié.

51. La menace d'une censure judiciaire latente – Toutefois, la jurisprudence relative aux projets de réorganisation de l'employeur est sévère et imprévisible. Si dans un avenir prochain, les juges considèrent qu'ils faillent appliquer cette jurisprudence aux accords collectifs de mobilité, alors lesdits accords risquent de souffrir d'une insécurité juridique grandissante.

A l'origine, les juges intervenaient en contrepois du pouvoir de direction de l'employeur pour les entreprises dites à haut risque industriel seulement¹¹⁹. Depuis, la portée de cette jurisprudence a été largement étendue aux entreprises sans risque particulier. En effet, dans le cadre d'un contrôle de projet de réorganisation, des juges du fond ont reproché à un employeur un défaut de précision quant à l'évaluation des risques sur la santé des salariés, les moyens de les éviter et de les combattre en cas de survenance¹²⁰.

52. Bilan de la mobilité individuelle et collective au stade de la mise en place – Les accords collectifs de mobilité semblent offrir davantage d'alternatives aux opérateurs par oppositions aux classiques clauses contractuelles de mobilité. En effet, toutes les formes de mobilité peuvent être envisagées ; mobilité interne/externe, professionnelle/géographique, nationale/internationale. Tandis que la clause contractuelle de mobilité ne permet pas la mobilité externe, ni la mobilité intragroupe.

Par ailleurs, les accords collectifs font intervenir de multiples acteurs, tels que les institutions représentatives du personnel. Ceci a le mérite de rééquilibrer les débats lors des négociations. Tandis que pour la négociation d'une clause contractuelle de mobilité, le salarié est seul, et bien souvent, il n'est pas en mesure de négocier cette clause automatiquement insérée dans tous les contrats de travail de l'entreprise.

¹¹⁸ A. Dejean de La Bâtie, *CE et CHSCT comment travailler ensemble ?*, *Les Cahiers Lamy* du CE no 75, oct. 2008. V. aussi G. Bossy et P. Delmas, *Restructurations, réorganisations et santé au travail des salariés*, *Les Cahiers du DRH* no 182, déc. 2011.

¹¹⁹ Soc. 5 mars 2008 (n°06-45.888), Bull. 2008, V, n°46 ; Sem. Soc. Lamy 2008, n°1346, obs. P. BAILLY ; Dr. Ouvrier 2008, p.313, P. ADAM.

¹²⁰ CA Paris, 13 déc. 2012 (no 12-00.303).

Enfin, le contrôle du CE, ou du CHSCT permet une meilleure anticipation des risques, notamment pour la santé du salarié. Les institutions représentatives du personnel disposent de plus grandes prérogatives (pouvoir d'enquête, faculté de blocage...etc.) qu'un salarié isolé. L'anticipation des risques pour la santé physique et mentale du salarié est un impératif majeur pour assurer l'efficacité du dispositif, notamment lorsqu'il s'agit d'une mobilité internationale où les risques sont potentiellement aggravés par la distance.

Cependant, l'analyse ne peut se limiter au stade de la mise en place de la mobilité du salarié. La conciliation des intérêts économique de l'employeur avec les droits et libertés du salarié est particulièrement délicate au stade de la mise en œuvre de la mobilité.

TITRE II – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITE DU

SALARIE

La conciliation des intérêts du salarié avec ceux de l'employeur devient particulièrement délicate au stade de la mise en œuvre de la mobilité. Qu'il s'agisse de la mise en œuvre de la mobilité d'origine individuelle (**Chapitre I**), ou de la mobilité d'origine collective (**Chapitre II**), l'objectif est toujours de garantir est certain équilibre entre les droits des parties.

CHAPITRE I – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITE D'ORIGINE INDIVIDUELLE

Dans le cadre d'une clause contractuelle de mobilité, la mise en œuvre de la clause répond du pouvoir de direction de l'employeur (**Section 1**). Toutefois, le pouvoir de direction de l'employeur n'est pas illimité et peut être refreiné par une tendance à la limitation du pouvoir de direction de l'employeur (**Section 2**). Enfin, les clauses contractuelles de mobilité internationales posent des difficultés accentuées au stade de leur mise en œuvre (**Section 3**).

Section 1 : La mise en œuvre liée au pouvoir de direction de l'employeur

La mise en œuvre de la clause contractuelle de mobilité est de droit pour l'employeur (§1). Toutefois, le pouvoir de direction de l'employeur est classiquement limité (§2) afin d'éviter les comportements déloyaux dangereux pour les droits des salariés.

§1 – La mise en œuvre de droit pour l’employeur

53. Mise en œuvre d’une clause de mobilité ou simple modification des conditions de travail – La mobilité du salarié étant contractualisée par le biais d’une clause, la mise en œuvre de ladite stipulation relève alors du pouvoir de direction de l’employeur¹²¹. En effet, sa mise en action s’intègre dans le champ de la modification des conditions de travail. La Cour de cassation adopte une position autonome par rapport au droit civil des contrats, en se fondant sur les principes du droit du travail ; le pouvoir de direction de l’employeur¹²².

Par principe, la Cour de cassation refuse d’opérer un contrôle poussé des décisions de l’employeur qui relèvent d’un « *pouvoir de direction présumé* »¹²³.

54. Délai de prévenance. – La mise en œuvre de la mobilité ne saurait être brutale pour le salarié. C’est pourquoi, la Cour de cassation a par exemple censuré un délai de cinq jours pour quitter Paris et rejoindre Le Mans¹²⁴. Il convient donc de laisser un délai raisonnable au salarié pour effectuer le nécessaire avant de rejoindre sa nouvelle affectation.

55. L’hypothèse de refus du salarié. – « *on lie les bœufs par les cornes...et le salarié par la parole donnée* ». Les clauses contractuelles, choisies par les parties contractantes sont revêtues de la force obligatoire. Ainsi, une partie ne peut se délier unilatéralement d’une obligation introduite d’un commun accord au contrat¹²⁵ au risque d’engager sa responsabilité civile¹²⁶. L’absence de conformité à une clause de mobilité par le salarié ne se concrétise que si elle est mise en œuvre, ce qui n’est pas toujours certain. La portée obligatoire de la clause de mobilité s’applique également envers le juge prud’homal.

A l’origine, la Chambre sociale adoptait une position sévère à l’encontre du salarié fautivement réfractaire à la mise en œuvre d’une clause de mobilité, en retenant la faute

¹²¹ Soc. 10 juin 1997 (n°94-43.889) ; Bull. Civ. V, n°210 ; RJS 1997, n°794 ; JCP G 1997. IV. 1647.

¹²² Soc. 14 octobre 2008 (07-43.071). P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*. D. 2008. Chron. 2293.

¹²³ V. *supra* n°12, §129

¹²⁴ Soc. 3 mai 2012 (n°10-25.937). Soc. 28 novembre 2012 (n°11-22.645).

¹²⁵ Article 1134 alinéa 2 du Code civil.

¹²⁶ Article 1137 et 1147 du Code civil.

grave¹²⁷. Pour ensuite considérer qu'il ne s'agissait « *pas nécessairement d'une faute grave* »¹²⁸.

Actuellement, par une jurisprudence constante, la Chambre sociale considère que « *le refus de modification de son lieu de travail par le salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité ne caractérise pas, à lui seul, une faute grave* »¹²⁹. Seule la faute simple, toute au plus, ne peut être retenue par l'employeur. Cette décision permet de ne pas sanctionner trop lourdement un salarié qui demeure dans l'incapacité de faire face à une mobilité, pourtant contractualisée en amont. Le tout en donnant une porte de sortie à l'employeur qui peut procéder au licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse de son salarié en cas de manquement à son obligation contractuelle de mobilité.

La sanction du licenciement, bien que sévère au premier abord, semble indispensable pour conférer à la clause une meilleure force exécutoire. Mais également, la faculté de licencier semble indispensable pour permettre à l'employeur d'embaucher un salarié dans le nouveau lieu de travail sans pour autant cumuler les salaires pour une même fonction. Bien souvent, la mobilité permet, soit de déplacer un salarié indispensable à l'entreprise dans un nouveau lieu de travail pour accomplir la même mission que dans le lieu initial. Ou bien, de permettre à l'employeur de déplacer son salarié dans une autre structure ayant besoin de main d'œuvre, tandis que l'entreprise actuelle connaît une baisse d'activité. La possibilité de procéder à un licenciement pour faute simple permet cette « *fluidification du marché interne* » du travail.

Néanmoins, la différence indemnitaire entre la faute simple et la faute grave, tient dans l'allocation d'une indemnité de licenciement, ainsi qu'une indemnité compensatrice de préavis (ou l'exécution pure et simple du préavis) pour le premier cas.

Or, le Professeur Jean-Emmanuel RAY souligne la possibilité pour l'employeur de faire exécuter le préavis dans le nouveau lieu de travail¹³⁰. Ainsi, si le salarié refuse de s'exécuter (pour les mêmes raisons que la clause de mobilité), l'employeur pourra, lui aussi, refuser d'accorder l'indemnisation. La faute simple ainsi retenue se situerait donc à la lisière de la faute simple et de la faute grave du point de vue indemnitaire.

¹²⁷ Soc. 1990.

¹²⁸ Soc. 9 mai 2001.

¹²⁹ Soc. 23 janvier 2008.

¹³⁰ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §139.

Toutefois, le pouvoir de direction de l'employeur n'est en aucune circonstance un pouvoir discrétionnaire. De telle sorte que le salarié n'est pas dépourvu de recours, notamment lorsque le recours à la clause de mobilité est étranger à l'intérêt de l'entreprise ou exclusif de bonne foi.

§2 – Les limites classiques au pouvoir de direction de l'employeur

La mise en œuvre de la clause de mobilité doit être conforme à l'intérêt de l'entreprise **(A)**, mais également répondre à l'exigence de bonne foi **(B)**. Par ailleurs, le pouvoir de direction de l'employeur va être limité à l'égard des salariés protégés **(C)**.

A) Le recours à la clause de mobilité conforme à l'intérêt de l'entreprise

56. Présentation générale de « l'intérêt de l'entreprise »¹³¹ – La formule prétorienne est toujours répétée à l'identique : « *la mise en œuvre de la clause de mobilité doit être conforme à l'intérêt de l'entreprise* »¹³². Il s'agit d'un « *standard de décision* », « *une technique de contrôle du pouvoir, à l'instar de l'intérêt social en droit des sociétés ou de l'intérêt général en droit public* »¹³³. Les juges vont alors opérer un contrôle sur l'utilisation par l'employeur de ses pouvoirs.

57. Le contrôle de pouvoir – Selon les arguments du salarié, les juges vont vérifier que la décision de l'employeur ne fait pas l'objet d'un détournement de pouvoir. Cette notion, empruntée du droit administratif¹³⁴, se rapporte à l'hypothèse d'une personne qui fait usage de ses pouvoirs à des fins étrangères à ses fonctions.

En droit du travail, le détournement de pouvoir a pu être caractérisé lorsqu'un employeur réclamait à son salarié de rejoindre sa nouvelle affectation à 150 Km de son lieu de travail

¹³¹ Soc. 16 février 1987, Bull. Civ. V, n°83 ; Soc. 12 février 2002 (n°99-45.610) ; 18 septembre 2002, Bull. Civ. V, n°273, Dr. Soc. 2002. 997, obs. R. Vartinet.

¹³² Soc. 14 octobre 2008 (n°07-43071), mais déjà affirmé par Soc. 23 février 2005, 2 arrêts (n°03-42.018 et n°04-45.463), Liaisons sociales 3 mars 2005, Bref Soc. n°14332, Dr. Soc. 2005. 576, obs. Jean MOULY ; P. BOUAZIZ et I. GOULET.

¹³³ Pascal LOKIEC, *La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail*, Recueil Dalloz, 2009, p.1427.

¹³⁴ CE 24 novembre 1875, *Pariset*.

initial dans les 24 heures¹³⁵, ou bien lorsque l'employeur mutait une salariée « *pour des problèmes relationnels avec son supérieur hiérarchique* »¹³⁶.

Dans ce cas, il reviendra au salarié de rapporter la preuve¹³⁷ que « *la décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt* »¹³⁸.

Le problème est que l'appréciation du détournement de pouvoir repose nécessairement sur des considérations subjectives¹³⁹. Or, bien souvent, les juges refusent d'effectuer un contrôle poussé de l'opportunité des décisions de l'employeur. D'une certaine façon, le droit du travail fait application de l'adage « *Gallus in suo sterquilinio plurimum potest* »¹⁴⁰ signifiant que *charbonnier est maître chez lui*. De plus, le recours du salarié semble davantage restreint au regard des difficultés probatoires auxquelles il va être confronté. Il semble en effet périlleux pour un salarié de rapporter la preuve du lien de causalité entre un événement (souvent personnel) et la décision de mutation de l'employeur.

Par ailleurs, la Haute Juridiction institue un contrôle de proportionnalité¹⁴¹. Par opposition au détournement de pouvoir, ledit contrôle permet aux juges d'opérer un contrôle beaucoup plus poussé puisqu'une pesée des intérêts en présence sera effectuée. Notamment, en vérifiant que l'employeur ne disposait pas d'une meilleure alternative en demandant la mutation à un salarié en meilleure position pour un changement d'affectation¹⁴², ou bien en pouvant maintenir le salarié dans son lieu de travail habituel pour effectuer la mission¹⁴³. De plus, ce contrôle est beaucoup plus avantageux pour le salarié en raison d'un inversement de la charge de la preuve. En effet, la charge de la preuve incombe, en l'occurrence, à l'employeur.

¹³⁵ Soc. 16 février 1987, Bull. Civ. V. n°83.

¹³⁶ Soc. 14 octobre 2008 (n°07-40092).

¹³⁷ Soc. 23 février 2005 (n°04-45.463 : JurisData n°2005-027117 : Dr. Soc. 2005, p.576, obs. Jean MOULY ; RDC 2005, p.761, obs. Ch. RADÉ.

¹³⁸ Soc. 11 mai 2005 (n°03-43040) ; Soc. 23 janvier 2002 (n°99-44845).

¹³⁹ C. BALLANDRAS-ROZET, *Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir*, AJDA 2007. 2236.

¹⁴⁰ Ier siècle après J.C., SENECA (Sénèque) « *charbonnier est maître chez soi* ».

¹⁴¹ Soc. 14 octobre 2008 (07-40523) « (...) *si une telle atteinte pouvait être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché* ».

¹⁴² Soc. 18 mai 1999, Bull. Civ. V., n°219 ; D. 2000. Somm. 84, obs. ESCANDE-VARNIOL, et 2001. Somm. 2797, obs. Bossu ; RTD Civ. 2000. 326, obs. Mestre et Fages ; Dr. Soc. 1999. 734.

¹⁴³ Soc. 13 février 2005, Dr. Soc. 2005. 809, obs. SAVATIER.

Toutefois, ce contrôle est directement corrélé à une atteinte aux droits et libertés fondamentaux du salarié qui doit être préalablement constatée¹⁴⁴.

Outre ce contrôle d'inspiration sans doute européeniste¹⁴⁵, le salarié peut également rapporter la preuve d'une mise en œuvre exclusive de bonne foi contractuelle.

B) Le contrôle de la bonne foi

58. La présomption de bonne foi de l'employeur – La limite classique au pouvoir de direction de l'employeur est la mauvaise foi.

Le recours à la bonne foi correspond en réalité à un emprunt au droit commun des contrats, parfois critiqué par les auteurs et jugé « *incompatible* » avec la logique travailliste¹⁴⁶. En effet, l'utilisation de la notion de bonne ou de mauvaise foi par les juges ne peut donner lieu qu'à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec l'indemnisation possible du préjudice tout au plus. Ainsi, quelle qu'en soit l'issue, alors que le salarié avait légitimement refusé la mise en œuvre de la clause de mobilité, ce-dernier a perdu son emploi. Sa situation est inchangée.

En droit civil « *La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver.* »¹⁴⁷. La jurisprudence sociale adopte la même position en considérant qu'« *il incombe au salarié de démontrer que la décision de l'employeur a été prise en réalité pour des raisons étrangères à son intérêt ou que la clause a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* »¹⁴⁸. La bonne foi semble au droit des contrats (contrats de droit commun et spéciaux) autant que la présomption d'innocence est au droit pénal français. La charge de la preuve incombe donc au salarié afin que les juges retiennent un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

59. Le recours abusif à la clause de mobilité – « *L'abus de droit et la bonne foi sont*

¹⁴⁴ Soc. 14 octobre 2008 (n°07-40523), RDT 2008. 731, obs. AUZERO ; D. 2009. Pan. 592, obs. FABRE, et 2008. AJ. 2672, obs. PERRIN, préc.

¹⁴⁵ De manière générale, la Cour Européenne des Droits de l'Homme adopte un contrôle de proportionnalité des intérêts en présence afin d'évaluer l'atteinte à un droit ou une liberté fondamentale.

¹⁴⁶ C. RADÉ, *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, Dr. Soc. 1999. 3 ; A. MAZEAUD, *Contractuel, mais disciplinaire*, Dr. Soc. 2003. 164.

¹⁴⁷ Article 2268 du Code civil.

¹⁴⁸ Soc. 14 octobre 2008 (07-43.071).

des standards de comportement »¹⁴⁹. Les juges vont contrôler, à la lumière des éléments de preuve versés aux débats par le salarié, la loyauté de l'employeur. Notamment, l'utilisation d'une clause de mobilité est abusive lorsque l'employeur décide une mutation dans « *l'intention de nuire* »¹⁵⁰ au salarié. En l'espèce, l'employeur demandait une mutation à son salarié dans l'unique but de le licencier par ailleurs car savait pertinemment que le salarié était dans l'impossibilité d'honorer la clause de mobilité à ce moment. Egalement, est exclusive de bonne foi, la mise en œuvre d'une clause de mobilité afin de sanctionner disciplinairement le salarié¹⁵¹, ou bien qui entraînerait une modification de la rémunération du salarié¹⁵².

La bonne foi est donc une notion large qui permet au salarié de l'invoquer dans diverses situations pour assurer sa défense. Toutefois, cette limite classique au pouvoir de direction de l'employeur est naturellement restreinte par une charge de la preuve lourde qui pèse sur le salarié. Tout d'abord, pour rapporter la preuve de la mauvaise foi de l'employeur, la dimension psychologique est omniprésente. Ceci rend délicate la preuve pour le salarié. Ensuite, le salarié ne dispose pas des mêmes moyens matériels qu'un employeur. Ainsi, n'ayant pas accès à tous les documents de l'entreprise (*exemple : situation de tous les salariés, planning d'activité de l'entreprise actuelle, et dans le potentiel nouveau lieu de travail...etc.*), le salarié, seul, pris individuellement, rencontrera quelques difficultés pour prouver la mauvaise foi de son employeur. C'est pourquoi, le droit du travail tend la plupart du temps à alléger la charge de la preuve du salarié. Notamment pour les cas les plus graves, comme l'hypothèse d'un harcèlement¹⁵³ au travail.

En outre, de manière exceptionnelle, le pouvoir de direction de l'employeur est limité pour les salariés protégés.

C) La limite au profit des salariés protégés : une protection pour tous les salariés

60. La protection classique des salariés protégés – Le Conseil Constitutionnel, après des arrêts de la Cour de cassation¹⁵⁴ et du Conseil d'Etat¹⁵⁵ consacre le statut protecteur des

¹⁴⁹ Pascal LOKIEC, article précité, v. *supra* note n°133.

¹⁵⁰ Soc. février 1987, Bull. Civ. V, n°83.

¹⁵¹ Soc. 16 décembre 2005 (03-44.843).

¹⁵² Soc. 25 février 2004 (n°01-47.104).

¹⁵³ Loi Fillion du 3 janvier 2003 (reconnaissance d'un faisceau d'indices permettant un inversement de la charge de la preuve).

¹⁵⁴ Soc. 21 juin 1974, *Perrier* : Bull. 1974, Ch. mixte, n° 3 (n° 71-91.225) ; Bull. 1974, Ch. mixte, n° 2, (n° 72-40.054) ; Bull. crim. 1974, Ch. mixte, n° 236, (n° 71-91.225).

salariés protégés. Ces-derniers bénéficient « *d'une protection exceptionnelle et exorbitante de droit commun* »¹⁵⁶.

Cette position largement consacrée au niveau national, européen¹⁵⁷ et international¹⁵⁸, trouve également à s'appliquer au stade de la mise en œuvre d'une clause de mobilité à l'encontre d'un salarié protégé. En effet, même si la décision est prise de bonne foi, la mobilité du salarié sera neutralisée dès lors que le salarié est un représentant élu du personnel ou un délégué du personnel¹⁵⁹. La jurisprudence considère que le pouvoir de direction de l'employeur est limité, même si la clause de mobilité existait avant l'élection ou la désignation du salarié¹⁶⁰.

L'exclusion des salariés protégés tend à sauvegarder les intérêts de l'ensemble de la communauté des salariés. En effet, les institutions représentatives du personnel conseillent les salariés, contrôlent les décisions de l'employeur, et sont également consultées à divers moments de la vie de l'entreprise. Il est essentiel que les salariés ayant une fonction représentative du personnel ou syndicale aient une bonne connaissance de l'entreprise, et plus encore, des salariés qui la compose.

Contraindre un salarié protégé à une mobilité serait donc dangereux pour les autres salariés, et pourrait masquer l'intention de l'employeur d'éloigner un représentant des salariés un peu trop actif à son goût, et dérangeant pour son pouvoir de direction.

Aux côtés de ces limites classiques, le pouvoir de direction de l'employeur doit cohabiter avec les droits et libertés des salariés qui se développent en droit du travail et qui amenuisent parfois son pouvoir de direction.

¹⁵⁵ CE 5 mai 1976, *Safer d'Auvergne* et CE 18 février 1977, *Abellan*.

¹⁵⁶ DC 20 juillet 1988 (n° 88-244) DC 16 juillet 1991 (n° 91-284).

¹⁵⁷ Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, Directive 2001/23/CE, du 12 mars 2001, Directive 94/45/CE, du 22 septembre 1994, Directive 2002/14/CE, du 11 mars 2002, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000.

¹⁵⁸ Convention n° 135 adoptée en 1971 par l'Organisation internationale du travail ; Convention n° 158, du 22 juin 1982.

¹⁵⁹ V. Répertoire de Droit du travail, §91.

¹⁶⁰ Soc. 4 octobre 1995, Dr. Soc. 1995. 1044.

Section 2 : La cohabitation du pouvoir de direction de l'employeur avec les droits et libertés du salarié

61. La conciliation des droits et libertés des salariés avec le pouvoir de direction de l'employeur – Le « *lieu de travail (est un) élément essentiel de la vie personnelle du salarié* »¹⁶¹ car en dehors de son temps de travail, le salarié y développe sa vie familiale et sociale. Ainsi, la mise en œuvre d'une clause de mobilité, en ce qu'elle contraint le salarié à changer de lieu de travail, et *de facto*, le plus souvent, de domicile, peut être constitutive d'une atteinte à sa vie privée et familiale.

C'est pourquoi, la Cour de cassation introduit cette dimension personnelle et subjective dans le contrôle de mise en œuvre d'une clause de mobilité en considérant que les juges doivent rechercher si « *la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché* »¹⁶².

Cette décision a un impact direct sur la charge de la preuve. En effet, dès lors que le salarié rapporte la preuve d'une atteinte à ses droits et libertés, la charge de la preuve est inversée. L'employeur devra alors prouver que la mobilité a été mise en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise. Enfin, le juge opérera un contrôle de proportionnalité des intérêts en présence. L'employeur ne peut pas mettre en œuvre une clause de mobilité dès lors qu'elle porte une « *atteinte excessive à la vie personnelle et familiale du salarié* »¹⁶³.

La charge de la preuve est donc allégée pour le salarié. Cela génère un risque d'insécurité juridique important pour l'employeur qui verra sa décision censurée par les juges, et la mise en œuvre de la clause, neutralisée.

62. L'essor des droits et libertés fondamentaux en jurisprudence – La jurisprudence relative à la mise en œuvre des clauses de mobilité sous l'article L1221-1 du Code du travail est abondante. En se fondant sur la vie privée et familiale, la jurisprudence va au-delà de la simple atteinte à la liberté de domicile. Historiquement, la liberté de choix du

¹⁶¹ Jean SAVATIER, Dr. Soc. 2008, p.498.

¹⁶² Soc. 14 octobre 2008 (n°07-40.523).

¹⁶³ Soc. 3 novembre 2011 (n°10-30.033) : JurisData n°2011-023701 : « arrêt relatif à la durée du travail mais transposable dans des conditions comparables à la mobilité » selon Arnaud MARTINON, v. supra note n°1.

domicile personnel a toujours été reconnue au salarié dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause de mobilité. Une telle restriction ne peut être admise que lorsqu'elle est « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée au but recherché* »¹⁶⁴.

Toutefois, « *une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de domicile* »¹⁶⁵. Or, le recours récurrent à la vie privée et familiale semble souligner l'atteinte effective, inéluctable, d'une clause de mobilité. Comme le souligne le Professeur Arnaud MARTINON¹⁶⁶, certains juges du fond n'hésitent pas à se fonder sur des normes internationales telles que la Convention de l'Organisation Internationale du Travail¹⁶⁷ pour neutraliser la mise en œuvre d'une clause de mobilité à l'égard d'une salariée, huit jours après son retour de congé maternité alors que « *son enfant n'était âgé que de quatre mois* »¹⁶⁸.

La caractérisation répétée de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux des salariés pour neutraliser la mise en œuvre des clauses de mobilité marque les difficultés de gestion des clauses individuelles de mobilité. En effet, l'employeur aura recours à la mobilité auprès du salarié, non pas le plus adéquat, mais à celui qui dispose la stipulation contractuelle opportune (avec la bonne zone géographique par exemple).

Il y a un risque d'insécurité juridique pour l'employeur. De plus, lorsque le salarié a refusé de se soumettre à la directive de l'employeur en raison d'une atteinte caractérisée ensuite par les juges à ses droits et libertés, l'issue est pour autant la même : ce-dernier a perdu son emploi. La prochaine étape du développement des droits et libertés tiendra peut-être dans une modification de l'issue du litige.

63. Vers la nullité du licenciement en cas d'atteinte aux droits et libertés du salarié ?

– La Cour de cassation considère qu' « *une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile*

¹⁶⁴ Soc. 12 janvier 1999 ; Bull. Civ. V, n°7 ; D. 1999. IR 47 ; Dr. Soc. 1999.287, obs. RAY ; RJS 1999. 103, n°151 ; CSB 1999. 159, A. 25.

¹⁶⁵ Soc. 28 mars 2006 ; D. 2006. IR 1063 ; RJS 2006 479, n°690 ; JS Lamy 2006, n°1885.

¹⁶⁶ Arnaud MARTINON, article précité, v. *supra* note n°1.

¹⁶⁷ Convention de l'OIT n°156.

¹⁶⁸ CA Versailles 5 septembre 2012, n°11/00637 ; JurisData n°2012-020441 ; Semaine sociale Lamy 2012, n°1551, p.14. Patrice Adam, Vie familiale et mobilité : des racines et des ailes : Semaine sociale Lamy 2012, n°1554, p.6.

*et, si elle peut priver de cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié qui la refuse lorsque l'employeur la met en œuvre dans des conditions exclusives de bonne foi contractuelle, elle ne justifie pas la nullité de ce licenciement »*¹⁶⁹. *A contrario*, dès lors qu'une atteinte aux droits et libertés fondamentaux du salarié serait caractérisée, le licenciement nul doit être retenu. La nullité du licenciement offre une option au salarié. Ce dernier peut, de droit, décider de réintégrer ou non l'entreprise à son emploi précédent, ou à un emploi équivalent, sans que l'employeur ne puisse s'y opposer. Cette décision, qui, à la lumière du droit commun du travail, semble déjà retenue dans l'hypothèse d'une mise en œuvre discriminatoire de la clause de mobilité¹⁷⁰ assurerait une meilleure efficacité à la jurisprudence fondée sur l'article L1221-1 du Code du travail. En effet, le salarié n'a pas à pâtir, en perdant son emploi, d'une mise en œuvre illicite de la clause de mobilité par son employeur.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la clause de mobilité pose des difficultés accentuées dans le cadre d'une mobilité internationale.

Section 3 : Les insécurités accentuées de la mobilité internationale

64. Le recours aux clauses de « Mond'ilité »¹⁷¹ – *« Entre liberté de circulation des travailleurs, mondialisation de l'économie, performances accrues des moyens de transport et rapidité de l'information, le monde est devenu un village dans lequel les salariés se déplacent pour des durées de plus en plus courtes »*¹⁷².

En conformité aux besoins des entreprises, les clauses de mobilité revêtent de plus en plus une zone géographique étendue au niveau international.

Ladite clause peut alors être d'origine contractuelle ou conventionnelle. Toutefois, l'atteinte aux droits et libertés des salariés semble davantage marquée dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause contractuelle de mobilité.

En effet, les conventions et accords sont négociés par les partenaires sociaux. Ainsi, il

¹⁶⁹ Soc. 28 mars 2006 ; D. 2006. IR 1063 ; RJS 2006 479, n°690 ; JS Lamy 2006, n°1885.

¹⁷⁰ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §133.

¹⁷¹ Néologisme pour marquer l'essor des clauses de mobilité internationale qui bénéficient d'un régime plutôt autonome par comparaison aux clauses de mobilité nationale.

¹⁷² Marie-Cécile ESCANDE VARNIOL, *Mobilité internationale des travailleurs, entre pouvoir et responsabilité de l'employeur*, *Revue de Dr. Du travail* 2015, p.47.

apparaît une meilleure anticipation des risques, sans doute liée à une meilleure connaissance des risques pour les institutions représentatives du personnel. C'est notamment ce qui ressort, à titre subsidiaire, de l'arrêt de Chambre sociale du 12 juin 2014¹⁷³. En l'espèce, le salarié intentait un pourvoi sur le fondement de l'article 66 de la convention collective « *des bureaux d'études techniques du 15 décembre 1987* ». Cet article encadrait, à titre préventif, les déplacements de plus de six mois des salariés en imposant la précision « *du lieu, de la durée, de la couverture des risques et le contrôle médical.* »¹⁷⁴.

Cet encadrement prévu au sein de la convention collective permet un alourdissement des obligations d'information de l'employeur afin de garantir une meilleure sécurité du salarié a priori. Le manque d'obligations préventives dans les clauses de mobilité négociées individuellement a davantage d'importance au regard de la jurisprudence actuelle, relativement permissive, au profit du pouvoir de direction de l'employeur.

65. L'existence d'un pouvoir de direction étendu a priori – L'insertion d'une clause de mobilité internationale concerne les salariés dits « *nomades* ». C'est-à-dire, les salariés qui ont pour habitude de se déplacer pour une courte durée dans l'exercice de leur mission. Selon la Cour de cassation¹⁷⁵, dès lors que la mobilité est inhérente aux fonctions¹⁷⁶, une clause de mobilité deviendrait presque superfétatoire. Ainsi le pouvoir de direction de l'employeur est très étendu puisque le contrôle classique de validité de la clause, ainsi que celui de sa mise en œuvre est exclu.

Par opposition à la mise en œuvre des clauses de mobilité nationale, la Cour de cassation ne semble pas vouloir développer davantage les droits et libertés fondamentaux des salariés pour restreindre le pouvoir de direction de l'employeur, et protéger davantage les salariés. Ceci est surprenant dans ce « *monde troublé et parfois hostile : djihad, enlèvements, grippe aviaire, Ebola, autant de mots et d'images relayés par les médias qui peuvent refroidir les élans d'exotisme des salariés envoyés en mission dans des pays qui semblent de moins en moins sûrs.* ».

¹⁷³ Soc. 12 juin 2014 (n°13-16.179) inédit.

¹⁷⁴ Marie-Cécile ESCANDE VARNIOL, *Mobilité internationale des travailleurs, entre pouvoir et responsabilité de l'employeur*, *Revue de Dr. Du travail* 2015, p.47.

¹⁷⁵ Soc. 11 juill. 2012, n° 10-30.219, Bull. civ. V, n° 217 ; D. 2012. 1969 ; ibid. 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; JCPS 2012. 1506, note J.-P. Tricoit ; JS Lamy 2012, n° 329-7, obs. J.-P. Lhernould.

¹⁷⁶ En l'espèce, le contrat de travail précisait que « *le § 4.5 rappelle que : « de façon générale, l'employeur et le salarié reconnaissent expressément que la mobilité du salarié dans l'exercice de ses fonctions constitue une condition substantielle du présent contrat sans laquelle ils n'auraient pas contracté* ».

Comme le souligne la doctrine, en toute occurrence, le salarié peut disposer de son droit de retrait¹⁷⁷. Néanmoins, cette prérogative ne peut s'appliquer pour une situation qui dure et évolue lentement comme il est bien souvent le cas pour une guerre. La protection du salarié au stade de la mise en œuvre d'une clause de mobilité internationale est donc très faible. L'obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur apparaît comme un des seuls remparts pour protéger la santé du salarié.

66. L'obligation de sécurité de résultat de l'employeur : une sanction *a posteriori*.

– L'obligation de sécurité de résultat applicable en cas d'accident du travail, est également transposable au salarié en mission¹⁷⁸ « *peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf la possibilité pour l'employeur ou la caisse de rapporter la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel* »¹⁷⁹. L'admission de la faute inexcusable de l'employeur permet au salarié de bénéficier d'une certaine garantie. Malheureusement, la protection du salarié intervient *a posteriori*, c'est-à-dire après la survenance d'un accident. Or, une protection (*lat. protegere ; abriter*) est-elle réellement efficace lorsqu'elle intervient à titre de réparation ?! « *On doit punir, non pour punir, mais pour prévenir* »¹⁸⁰. Toutefois, la sécurité de résultat à la charge de l'employeur demeure sans doute un moyen de le dissuader en amont. D'autant, que la responsabilité pénale personnelle d'un employeur pourrait être envisagée selon les hypothèses.

En théorie, la mise en œuvre d'une clause de mobilité appartient à l'employeur au titre de son pouvoir de direction. Toutefois, afin de garantir les droits et libertés du salarié, la jurisprudence actuelle semble de plus en plus neutraliser la mise en œuvre desdites stipulations contractuelles. L'exigence de sécurité juridique n'est donc pas remplie et les intérêts des parties ne peuvent pas être conciliés. C'est pourquoi, il convient de compléter l'analyse par l'étude de la mise en œuvre de la mobilité d'origine collective.

¹⁷⁷ Article L4121-3 du Code du travail.

¹⁷⁸ Civ. 2^e, 7 mai 2009, n° 08-12.998 ; Paris, 24 janv. 2008 n° 07/00255.

¹⁷⁹ Civ. 2^e, 23 janv. 2014, n° 12-35.421.

¹⁸⁰ Sénèque.

CHAPITRE II – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITÉ D’ORIGINE COLLECTIVE

La mise en œuvre de la mobilité d’origine collective peut porter sur un accord de mobilité externe (**Section 1**), ou sur un accord de mobilité interne (**Section 2**).

Section 1 : La mise en œuvre d’un accord de mobilité externe

La mise en œuvre de la mobilité externe concerne le congé de mobilité (§1) et la mobilité volontaire sécurisée (§2).

§1 – La mise en œuvre du congé de mobilité externe

67. L’assimilation affirmée à un licenciement pour motif économique – Lors de l’adoption du congé de mobilité, le Gouvernement affirmait que celui-ci équivalait « à un licenciement pour motif économique du point de vue du droit du travail »¹⁸¹. Le congé ne peut être proposé aux salariés que dans l’hypothèse d’un reclassement, qui intervient, *a fortiori*, dans l’hypothèse d’un licenciement pour motif économique.

Le congé de mobilité ne doit donc pas être assimilé à un départ volontaire du salarié, mais à une rupture d’un commun accord. Néanmoins, il ne s’agit pas pour autant d’une rupture conventionnelle qui est prohibée dans le cadre d’un accord de GPEC ou pour un PSE¹⁸². Le régime entièrement applicable est celui du licenciement pour motif économique¹⁸³. Cette perception du texte, confirmée par le Conseil Constitutionnel¹⁸⁴, permet d’éviter les pratiques abusives. Notamment, en ayant recours au congé de mobilité afin d’éluder la procédure lourde mais protectrice des droits des salariés, du licenciement pour motif économique, avec l’établissement d’un PSE par exemple. Le PSE est un outil essentiel pour assurer la protection des salariés. Il vise notamment à éviter ou à limiter le nombre de licenciements pour motif économique en établissant des actions de soutien, de formation, en créant de nouvelles activités...etc. Le congé de mobilité externe doit justement s’intégrer dans les mesures visant à favoriser le reclassement externe.

¹⁸¹ Intervention de Madame la Ministre déléguée C. VAUTRIN, Assemblée Nationale 1^{re} lecture, séance du 10 octobre 2006.

¹⁸² Article L1237-16 du Code du travail.

¹⁸³ Grégoire LOISEAU, *Les départs volontaires, des ruptures d’adhésion*, *Sem. Ju. Soc.* n° 22, 2 Juin 2015, 1193.

¹⁸⁴ Conseil Constitutionnel 28 décembre 2006, n°2006-545 DC.

Le congé de mobilité permet donc de garantir davantage de sécurité qu'un départ volontaire, puisque, tout en permettant son départ, le salarié est accompagné dans sa sortie de l'entreprise. Néanmoins, quelques difficultés existent quant à l'appréciation du motif économique.

68. Les difficultés d'appréciation du motif économique – Le congé de mobilité vise à anticiper des difficultés économiques prévisibles, à tempérer à titre préventif les conséquences d'une menace de difficultés économiques. L'appréciation du motif devient alors délicate puisque les difficultés économiques ne sont pas encore réellement concrétisées. Toutefois, l'acceptation du motif économique par les juges serait fondée sur le respect de la volonté des parties.

69. Les difficultés liées au choix du salarié – Le droit du licenciement économique établit un ordre des licenciements. Ceci souligne qu'un licenciement économique n'est pas fondé sur une cause personnelle. Toutefois la Cour de cassation considère que l'ordre de classement des licenciements ne s'impose à l'employeur que lorsque les licenciements sont décidés¹⁸⁵. Or, le congé de mobilité résulte de la commune intention des parties. C'est pourquoi, quelques doutes demeurent au stade de la mise en œuvre du congé de mobilité. Toutefois, en tout état de cause, l'ordre de classement des licenciements s'appliquera en cas de refus du salarié au congé de mobilité.

Parallèlement, la mobilité volontaire sécurisée permet la mise en œuvre d'une mobilité externe.

§2 – La mise en œuvre de la mobilité volontaire sécurisée

La mobilité volontaire sécurisée est actionnée à la demande du salarié sous réserve de la réponse de l'employeur **(A)**. Si l'employeur accepte la mobilité volontaire sécurisée, le situation du salarié va changer au cours de la mobilité externe **(B)**. Puis, à l'issue de la mobilité volontaire sécurisée, le salarié dispose d'un choix **(C)**.

A) La demande du salarié et la réponse de l'employeur

¹⁸⁵ Soc. 2 décembre 1996, *IBM France*, Bull. Civ. V, n°410 ; Dr. Soc. 1997. 105, obs. J. Savatier.

La mobilité volontaire sécurisée est mise en œuvre à la demande du salarié (1). Toutefois, la mise en œuvre est conditionnée par la réponse de l'employeur (2).

1. La mise en œuvre à la demande du salarié

70. La souplesse du contexte de mise en œuvre – Par opposition au congé de mobilité externe, la mobilité volontaire sécurisée n'est pas une procédure propre aux entreprises en difficulté. Elle peut être négociée dans le cadre, ou non, d'un PSE. Pour certains auteurs, la négociation d'un tel accord permet de contourner la mise en place d'un PSE¹⁸⁶ en ce qu'il permet à plus de dix salariés sur une période de trente jours de quitter matériellement l'entreprise sans PSE. La différence tient dans le fait que ce départ, n'est par principe, pas définitif, à l'inverse d'un départ volontaire dans le cadre d'un PSE.

Toutefois, si au retour de l'entreprise, le salarié ayant bénéficié d'une mobilité volontaire sécurisée est licencié pour motif économique, il pourra demander l'application du PSE. Par ailleurs, il est possible que la Chambre sociale retienne dans ses effectifs, pour l'ouverture d'un PSE, les salariés qui ne pas revenus dans l'entreprise à l'issue d'une mobilité volontaire sécurisée, et qui n'ont jamais été remplacés¹⁸⁷.

De plus, l'article L1222-16 prévoit que « *L'employeur communique semestriellement au comité d'entreprise la liste des demandes de période de mobilité volontaire sécurisée avec l'indication de la suite qui leur a été donnée* ». La consultation des institutions représentatives du personnel est un rempart pour éviter les abus. Notamment, en permettant aux « *IRP de contrôler la réalité du volontariat et éviter toute mobilité forcée, visant par exemple uniquement à externaliser la main-d'œuvre vers d'autres entreprises partenaires* »¹⁸⁸.

Néanmoins, il ne s'agit que d'un avis consultatif, dont la réponse n'est pas impérative. Ainsi, même si le CE s'oppose à la mobilité volontaire sécurisée, cela ne fait pas obstacle à la décision finale de l'employeur. Toutefois en pratique, pour éviter une altération du climat social, mais également afin de se protéger contre toute action en responsabilité s'il y a un risque pour le salarié, l'employeur aura tendance à respecter les prescriptions des institutions représentatives du personnel.

¹⁸⁶ P. LOKIEC et G. LOISEAU, *l'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit*, Semaine sociale Lamy, 2013, n°1569 p.2.

¹⁸⁷ P. Moreau de BELLAING, *le mythe de la mobilité sécurisée*, Semaine sociale Lamy 2014, n°1634, p.8.

¹⁸⁸ Rapport AN, n°847, 27 mars 2013, p.131.

71. Demande d'une mobilité volontaire sécurisée du salarié : une procédure facilitée – La mobilité volontaire sécurisée ne peut être mise en œuvre, en toute occurrence, qu'à l'initiative du salarié. Le Professeur Patrick MORVAN¹⁸⁹ opère une distinction avec le congé sabbatique, afin de souligner l'utilité de ce nouveau dispositif. Comme pour le congé sabbatique, l'employeur est en droit de refuser ladite mobilité, néanmoins, la procédure est facilitée pour l'employeur qui n'a pas l'obligation de motiver sa décision pour une mobilité volontaire sécurisée, alors que pour le congé sabbatique la décision doit être motivée sous peine de nullité¹⁹⁰. Cependant, l'absence de motivation peut être dangereuse pour ce-dernier qui pourra être par la suite accusé de discrimination. C'est pourquoi, de nombreux auteurs encouragent à motiver le refus¹⁹¹, ainsi qu'à procéder à un entretien préalable à la décision avec le salarié¹⁹². De même, silence de l'employeur ne vaut pas accord¹⁹³. Toutefois, une réponse dans un délai raisonnable est opportune¹⁹⁴.

Le rééquilibrage des droits du salarié et des prérogatives de l'employeur passe alors par un droit à un congé individuel de formation¹⁹⁵ dès lors que l'employeur a opposé deux refus successifs (droit inexistant pour le congé sabbatique).

Par ailleurs, la procédure est facilitée pour le salarié qui n'est contraint à aucune obligation légale de formalisme pour faire sa demande, par opposition au congé sabbatique qui suppose un formalisme particulier¹⁹⁶. Toutefois, « *le salarié peut être bien inspiré de garder une trace de sa demande afin, en cas de double refus, de pouvoir solliciter un congé individuel de formation* »¹⁹⁷.

Cette procédure, au formalisme très épuré par la loi, tend à encourager le salarié à faire sa

¹⁸⁹ V. Note n°51.

¹⁹⁰ C. trav., art. L. 3142-91. ; C. trav., art. L. 3142-97 : dans les entreprises de moins de 200 salariés, l'employeur peut refuser un congé sabbatique « *s'il estime, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, que ce congé aura des conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise. L'employeur précise le motif de son refus, à peine de nullité* ».

¹⁹¹ O. Picquerey et B. Dehaene, *Mobilité souhaitée et mobilité imposée : quelle sécurisation ?* : Cah. soc. juill. 2013, n° 254, p. 293. - J.-R. Le Meur, *Comment traiter en pratique une demande de mobilité sécurisée ?* : Cah. DRH janv.-févr. 2014, n° 205-206, p. 16.

¹⁹² J.-R. Le Meur, *Comment traiter en pratique une demande de mobilité sécurisée ?* : Cah. DRH janv.-févr. 2014, n° 205-206, p. 16.

¹⁹³ Débats AN, 1re séance du 5 avril 2013, p. 3850.

¹⁹⁴ D. Jourdan, *La mobilité volontaire sécurisée* : JCP S 2013, 1429.

¹⁹⁵ L1222-2 alinéa 2 du Code du travail.

¹⁹⁶ C. trav., art. L. 3142-93 et D. 3142-47 : *le salarié informe son employeur par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, au moins trois mois à l'avance.*

¹⁹⁷ Lucien FLAMENT, Avocat, *Fasc. 19-46, Mobilité externe. – Mobilité volontaire sécurisée, JurisClasseur Travail Traité*, 6 octobre 2014.

demande avant la recherche effective d'un emploi¹⁹⁸. Notamment, parce que l'accord peut prévoir un délai minimal avant la date du départ du salarié¹⁹⁹.

En ce qui concerne le contenu de la demande, afin de rassurer l'employeur quant au respect de l'obligation de non-concurrence inhérente au contrat de travail, le salarié est invité à exposer les tâches confiées, la finalité de son projet professionnel...etc. Néanmoins, les auteurs soulignent que l'employeur ne dispose pas d'un droit à l'information quant à la rémunération du salarié dans l'entreprise d'accueil²⁰⁰. Cette obligation découle en réalité de l'obligation de loyauté applicable à tout contrat. Il ne s'agit pas d'une obligation expresse de la loi, mais plutôt d'une norme de bon comportement qui incombe aux parties pour assurer le bon déroulement des relations contractuelles.

Le salarié dispose d'une véritable liberté de choix, puisque seule sa volonté permet la mise en œuvre de la mobilité volontaire sécurisée. Toutefois, cela dépend de la réponse de l'employeur.

2. La mise en œuvre conditionnée par la réponse de l'employeur

Le Code du travail envisage le refus de l'employeur **(a)** ainsi que son acceptation **(b)**.

a) L'hypothèse d'un refus de l'employeur

72. Le droit à un congé individuel de formation : un avantage pour le salarié et l'employeur – La jonction des intérêts de l'employeur ainsi que ceux du salarié se manifeste, pour la mobilité volontaire sécurisée, dans la faculté de refus de l'employeur, mais également, par une porte de sortie pour le salarié ; le droit à un congé individuel de formation à partir de deux refus successifs²⁰¹. Le Code du travail ne fait mention que des « deux refus successifs ». Il ne précise pas le délai maximal entre les deux réponses négatives de l'employeur. Ceci marque notamment la volonté pour le législateur, de laisser les parties prévoir librement les conditions de mise en œuvre, et le cas échéant permet une grande souplesse au salarié qui pourra invoquer, pour avoir droit à un congé individuel de formation, à une succession de refus sur une période plus ou moins longue, sans obligation de délai. Par ailleurs, le texte de loi empêche l'employeur d'invoquer les dispositions relatives aux conditions d'ancienneté

¹⁹⁸ L. Marquet de Vasselot, *La mobilité et l'emploi : vers de nouvelles pratiques ?* : JCP S 2013, 1262.

¹⁹⁹ Accords Oracle France du 18 avril 2014 : Liaisons sociales, n° 16646, 7 août 2014, dossier n° 142-2014, p. 5.

²⁰⁰ Comp. S. PELICIER LOEVENBRUCK et Gh. FREREJACQUES, article précité, v. *supra* note n°103.

²⁰¹ L1222-12 alinéa 2 du Code du travail.

normalement applicables pour un congé de formation²⁰², ainsi que celles relatives au « *pourcentage de salariés simultanément absents au titre de ce congé* » qui doit pas dépasser 2 % de l'effectif total de l'établissement pour une entreprise d'au moins 200 salariés²⁰³. Néanmoins, l'exclusion des conditions d'ancienneté n'a pas une grande incidence en raison de la condition préalable d'une ancienneté de 24 mois consécutifs ou non pour faire valoir une mobilité volontaire sécurisée.

La mobilité volontaire sécurisée facilite les conditions de mise en œuvre d'un congé individuel de formation qui offre en pratique « *au salarié (le droit) de s'absenter de son poste afin de suivre une formation pour se qualifier, évoluer ou se reconvertir* »²⁰⁴. Ceci permet au salarié d'accéder à un niveau de qualification supérieure afin d'évoluer dans l'entreprise, mais également d'envisager un changement de profession, de secteur d'activité, de préparer un concours...etc. Les sociologues soulignent l'importance de la reconversion professionnelle dans l'ère actuelle²⁰⁵.

La négociation collective devient donc un excellent moyen de servir les besoins individuels des salariés tout en sécurisant le processus, à la fois pour le salarié, qui dispose d'un droit au retour, mais également pour l'employeur, qui conserve malgré tout une liberté de choix en ce qui concerne le congé individuel de formation. Notamment, si « *après avis du comité d'entreprise ou, s'il n'en existe pas, des délégués du personnel, (l'employeur estime) que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise. En cas de différend, l'inspecteur du travail peut être saisi par l'une des parties et peut être pris pour arbitre.* »²⁰⁶.

En raison de la liberté de choix dont dispose l'employeur, ce-dernier peut toutefois accepter une mobilité volontaire sécurisée demandée par le salarié.

²⁰² L6322-4 du Code du travail.

²⁰³ L6322-7 du Code du travail.

²⁰⁴ <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F14018.xhtml>.

²⁰⁵ Catherine NEGRONI, *La reconversion professionnelle volontaire : d'une bifurcation professionnelle à une bifurcation biographique*, *Cahiers internationaux de sociologie*, 2005/2 (n°119), p.206.

²⁰⁶ L6322-6 et R6322-7 du Code du travail.

b) L'hypothèse d'une acceptation de l'employeur

73. La liberté d'établissement des modalités de la mobilité volontaire sécurisée par avenant – En cas d'acceptation de l'employeur d'une mobilité volontaire sécurisée un avenant au contrat de travail doit être établi. Il « détermine l'objet, la durée, la date de prise d'effet et le terme de la période de mobilité, ainsi que le délai dans lequel le salarié informe par écrit l'employeur de son choix éventuel de ne pas réintégrer l'entreprise. Il prévoit également les situations et modalités d'un retour anticipé du salarié, qui intervient dans un délai raisonnable et qui reste dans tous les cas possible à tout moment avec l'accord de l'employeur. »²⁰⁷. Le Code du travail laisse donc une grande place à la liberté contractuelle. Les dispositions collectives relatives à la mobilité volontaire sécurisée permettent simplement une mise en action du dispositif à l'échelle individuelle. C'est-à-dire, en permettant une véritable personnalisation de la mobilité volontaire sécurisée, en précisant le poste nouvellement occupé, en prévoyant un préavis, ou bien des dispositions plus favorables que la loi pour le salarié. Notamment, le législateur a exclu la période de mobilité volontaire sécurisée pour le calcul de l'ancienneté du salarié²⁰⁸. Néanmoins, les praticiens soulignent la possibilité de déroger à cette règle en prévoyant dans l'avenant, l'inclusion de la mobilité volontaire sécurisée pour le calcul de l'ancienneté²⁰⁹.

De plus, la loi ne pose aucune limitation de durée. Il revient aux parties de fixer par avenant la durée ainsi que le terme de la mobilité volontaire sécurisée. Il ressort des dispositions légales, la possibilité pour les parties de poser un terme certain indéterminé. Toutefois, procéder ainsi pourrait s'avérer dangereux pour l'employeur qui devra à un moment imprévisible réintroduire le salarié dans l'entreprise. De surcroît, ceci alourdira la gestion, puisque l'employeur devra vérifier, preuve à l'appui, que la survenance du terme a bien eu lieu.

La rédaction de l'avenant est donc laissée à l'appréciation souveraine des parties, ce qui permet d'assurer la dose d'individualité nécessaire pour la mobilité volontaire sécurisée, qui revêt des conditions particulières pour chaque salarié. En laissant une aussi grande latitude à l'employeur et au salarié pour fixer les modalités de la mobilité volontaire sécurisée, le législateur renforce la liberté contractuelle en droit du travail.

²⁰⁷ L1222-13 alinéa 1 et 2 du Code du travail.

²⁰⁸ Rapport AN, n° 847, 27 mars 2013, p. 126. - adde P.-Y. Verkindt, *Les mobilités* : JCP S 2013, 1261, précité n° 11.

²⁰⁹ *Fasc. 16-46 : mobilité externe. – Mobilité volontaire sécurisée.*

La protection des droits des parties, employeur et salarié, se concrétise également pendant la période de mobilité.

B) La situation du salarié pendant la période de mobilité

74. La protection des intérêts de l'employeur par des outils classiques – Pendant la période de mobilité, le contrat de travail du salarié est suspendu. Ainsi, comme pour le congé sabbatique²¹⁰, ou le congé individuel de formation²¹¹ le salarié « *reste tenu par l'obligation de loyauté et de non-concurrence* »²¹² inhérente au contrat de travail, qui découle de l'article 1134²¹³ et 1135 du Code civil²¹⁴, rappelé par l'art L1222-1 du Code du travail²¹⁵. Le manquement à l'obligation de loyauté du salarié peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement, et être constitutif d'une faute grave. Mais également, dans les cas les plus caractérisés, le salarié peut être poursuivi pénalement²¹⁶. L'objectif de la mobilité volontaire sécurisée n'est donc pas, pour le salarié, de manquer de fidélité à son employeur. C'est pourquoi, les intérêts de ce-dernier sont protégés par les dispositions classiques.

De plus, la loi pose l'obligation de déterminer l'objet de la mobilité²¹⁷. L'employeur peut donc refuser, en amont, la mobilité volontaire sécurisée, si le projet n'honore pas, selon lui, l'obligation de loyauté et de non-concurrence. La mise en œuvre de la mobilité volontaire sécurisée doit donc avoir lieu dans le consensus et la transparence afin de protéger au mieux les intérêts des parties en présence.

Un refus de l'employeur fondé sur un manquement à l'obligation de non-concurrence ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre du salarié pour autant. En effet, le salarié demeure libre de démissionner pour s'adonner ensuite à une activité concurrente. C'est pourquoi, aucune contrepartie financière n'est imposée par la loi en cas de refus, sous le même schéma d'une

²¹⁰ Soc. 5 juin 1996 ; Bull. Civ. V, n°231 ; RJS 1996, 600, n°937.

²¹¹ Cass. soc., 12 oct. 2004 ; Bull. civ. V, n° 246.

²¹² Soc. 5 juin 1996 ; Bull. Civ. V, n°231 ; RJS 1996, 600, n°937.

²¹³ Article 1134 alinéa 3 « *Elles doivent être exécutées de bonne foi.* ».

²¹⁴ Article 1135 du Code civil « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* ».

²¹⁵ Article L1222-1 du Code du travail « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi.* ».

²¹⁶ Exemple : *délit de corruption passible de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.*

²¹⁷ Article L1222-13 du Code du travail.

clause de non-concurrence, qui, par opposition porte atteinte, par essence à la liberté d'entreprendre du salarié²¹⁸.

75. La conciliation de la mobilité volontaire sécurisée et de la clause de non-concurrence – Si un employeur accepte une mobilité volontaire sécurisée dans une entreprise entrant pourtant dans le champ d'application de la clause de non-concurrence initialement incluse dans le contrat de travail du salarié mobile, il se pose la question de l'avenir de ladite clause en cas de démission du salarié dans l'entreprise initiale, et de poursuite du contrat de travail dans l'entreprise d'accueil. La mobilité volontaire sécurisée étant fondée sur le consensus entre les parties, avec une obligation d'information préalable pour le salarié, il semblerait que l'acceptation d'une telle mobilité vaille renonciation à la clause de non-concurrence. Bien que la force obligatoire des contrats semble directement amoindrie, c'est en réalité la liberté contractuelle qui est enrichie. En effet, les parties peuvent, en cours de contrat, adapter à leurs besoins les stipulations contractuelles.

76. Le renforcement de la liberté d'entreprendre et de travail du salarié – Dans le cadre de la mobilité volontaire sécurisée, le salarié peut conclure toute sorte de contrat de travail. Il peut également créer sa propre entreprise. Aucune obligation d'effectif n'existe quant à l'entreprise d'accueil ce qui lui assure une grande liberté de choix. Ce renforcement de la liberté d'entreprendre du salarié est davantage efficace en ce que la loi pose un maintien de la plupart des droits du salarié. Notamment, le salarié conserve ses droits aux congés payés en les percevant sous forme d'une indemnité compensatrice ou reporter les congés payés sur autorisation de l'employeur²¹⁹.

Mais également, la mobilité volontaire sécurisée ouvre droit à l'assurance chômage en cas de rupture anticipée du contrat de travail dans l'entreprise d'accueil et d'impossibilité pour l'employeur initial de réintégration prématurée dans l'entreprise²²⁰. Cela offre au salarié un véritable coussin de sécurité, qui ne fait que réduire la prise de risque, et rendre plus attractif

²¹⁸ Adde J.-M. Albiol et Ch. Cougnaud, *Mobilité : un pas vers la modernité* : Cah. DRH, janv.-févr. 2014, n° 205-206, p. 2. - J.-R. Le Meur, *Comment traiter en pratique une demande de mobilité sécurisée ?* : Cah. DRH janv.-févr. 2014, n° 205-206, p. 16. - S. Pélicier-Loevenbrück et Gh. Frèrejacques, *Mobilité externe des salariés : modus operandi* : Cah. DRH avr. 2014, n° 208, p. 31. - contra O. Picquerey et B. Dehaene, *Mobilité souhaitée et mobilité imposée : quelle sécurisation ?* : Cah. soc. juill. 2013, n° 254, p. 293.

²¹⁹ Rapport AN, n° 847, 27 mars 2013, p. 122.

²²⁰ A. 8 juill. 2013 relatif à l'agrément de l'avenant n° 5 du 29 mai 2013 portant création d'un article 6 bis et modification de l'article 3 du règlement général annexé à la convention du 6 mai 2011 relative à l'indemnisation du chômage : Journal Officiel 3 Aout 2013.

le dispositif. L'encadrement du processus est également avantageux pour le salarié à l'issue de la mobilité volontaire sécurisée.

C) L'issue de la mobilité volontaire sécurisée

77. Le choix du retour dans l'entreprise d'origine – « *A son retour dans l'entreprise d'origine, le salarié retrouve de plein droit son précédent emploi ou un emploi similaire, assorti d'une qualification et d'une rémunération au moins équivalentes ainsi que du maintien à titre personnel de sa classification. Il bénéficie de l'entretien professionnel mentionné au I de l'article L6315-1.* »²²¹. Le cas échéant, le salarié serait en droit de réclamer des dommages et intérêts²²². Toutefois, le risque d'un licenciement pour motif économique au retour du salarié dans l'entreprise n'est pas impossible. Dans cette hypothèse, le salarié sera protégé par les dispositions relatives au licenciement pour motif économique.

78. Le choix du départ du salarié – Le salarié peut également décider de démissionner, ainsi le contrat de travail initial est rompu²²³. Afin de faciliter la procédure, de retirer toute ambiguïté (démission ou abandon de poste ?) et ainsi de sécuriser davantage la mobilité volontaire sécurisée, les parties pourraient négocier les modalités applicables en cas de rupture dans l'avenant au contrat de travail (exemple : envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception).

La mobilité volontaire sécurisée semble être faite de nombreux compromis afin de garantir la conciliation des intérêts des parties en présence. D'origine collective au stade de sa mise en place, la mobilité volontaire sécurisée revêt des aspects majoritairement individuels lors de sa mise en œuvre afin de s'adapter sur-mesure aux besoins des parties. En effet, au stade de la mise en œuvre, le maître mot est la liberté contractuelle en prévoyant librement la plupart des modalités de la mobilité volontaire sécurisée. Toutefois, le Professeur Jean-Emmanuel RAY, à l'instar de beaucoup d'auteurs, note que la mobilité volontaire sécurisée est « *une bonne idée, mais un peu théorique en nos temps de méfiance généralisée* »²²⁴. Selon l'auteur, la mobilité volontaire sécurisée n'est un succès qu'exclusivement si le salarié reste dans l'entreprise d'accueil. Le cas échéant, la mobilité volontaire sécurisée est un « *échec* ».

²²¹ Art L1222-14 du Code du travail.

²²² Cass. soc., 16 mars 1989 : Bull. civ. V, n° 231.

²²³ L1222-15 du Code du travail.

²²⁴ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §231s.

Car en réalité, un retour dans l'entreprise serait, d'une part mal vu par l'entreprise d'accueil, *quid* des intérêts du nouvel employeur qui prend le temps de former son nouveau salarié pour le voir quitter sa structure par la suite ? Mais également, un retour dans l'entreprise d'origine serait plus difficile en pratique que sur le papier : « *problème classique après un congé maternité ou un congé parental un peu long que le retour du salarié. Ici, vu la durée minimale d'une telle mobilité, le collaborateur n'a pas droit au retour dans son poste précédent si celui-ci est occupé* »²²⁵.

Par ailleurs, un accord de mobilité interne peut être mis en œuvre.

Section 2 : La mise en œuvre d'un accord de mobilité interne

Les accords de mobilité interne négociés avant la loi du 14 juin 2013 ne présentent pas de particularités au stade de leur mise en œuvre. C'est pourquoi, l'étude se concentre sur la mise en œuvre des accords de mobilité interne issus de la loi du 14 juin 2013. A ce titre, il peut être relevé l'établissement d'une procédure respectueuse de la vie personnelle et familiale du salarié (§1). De plus, en cas d'acceptation du salarié, la mise en œuvre des accords de mobilité interne conduit à se questionner sur la conciliation de l'accord avec les clauses contractuelles de mobilité (§2). Enfin, le refus du salarié à un accord de mobilité interne entraîne un licenciement pour motif économique à caractère individuel (§3).

§1 – L'établissement d'une procédure respectueuse de la vie personnelle et familiale du salarié

Le Code du travail met en place une procédure respectueuse de la vie personnelle et familiale du salarié. Cette-dernière se concrétise par une phase de concertation préalable (A), ainsi qu'une proposition de modification du contrat de travail (B).

A) La phase de concertation préalable

79. Une procédure de concertation obligatoire mais librement établie – Le Professeur Jean-Emmanuel RAY souligne que « *la vie personnelle de chaque collaborateur*

²²⁵ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §245.

surplombe l'accord collectif »²²⁶ en mettant en avant le renvoi législatif à la vie personnelle et familiale du salarié au sein des dispositions relatives aux accords de mobilité interne.

Notamment, au stade la « *concertation* »²²⁷, soit la première étape de la mise en œuvre de l'accord, avant même de recueillir la décision du salarié sur la potentielle modification de son contrat de travail. L'objectif de cette « *concertation* » est de « *permettre à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés* »²²⁸.

La finalité d'une telle mesure est d'assurer, autant que possible, le respect des droits et libertés des salariés. Néanmoins, la loi ne prescrit aucune procédure particulière applicable en l'occurrence. Ainsi, il revient à l'employeur d'établir une procédure de « *concertation* », écrite ou orale. L'objectif étant toujours de concilier la sécurité juridique pour l'employeur et le respect des droits et libertés du salarié, l'établissement d'une procédure « *traçable* » est alors fortement conseillé par les auteurs et praticiens, sans oublier de laisser s'écouler un délai suffisant entre « *l'expression des deux contraintes des deux parties et la prise de décision* »²²⁹. En pratique, les services des ressources humaines effectuaient déjà de telles vérifications²³⁰. Le changement tient donc dans l'impérativité de la disposition légale qui encourage fortement les employeurs à garder une preuve de cette « *concertation* ».

A la suite de cette concertation, l'employeur va proposer la modification du contrat de travail au salarié.

B) La proposition de modification du contrat de travail

80. Une procédure de modification légalement fixée – La deuxième étape réside dans la proposition au salarié d'une modification de son contrat de travail. L'accord du salarié ayant une finalité bien au-delà de la simple consultation, et emportant pour conséquence la modification de son contrat de travail, la loi impose l'application de la procédure de « *modification du contrat de travail pour motif économique* »²³¹. C'est-à-dire, la notification

²²⁶ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §150.

²²⁷ L2242-23 alinéa 3 du Code du travail.

²²⁸ L2242-23 alinéa 2 du Code du travail.

²²⁹ Stéphane BEAL, article précité, v. *supra* note n°105.

²³⁰ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §150

²³¹ Art L1222-6 du Code du travail.

de la proposition de modification du contrat de travail par lettre recommandée avec accusé de réception ainsi qu'un délai de réflexion d'un mois au profit du salarié.

Dans le cadre d'une modification du contrat de travail pour motif économique, la Cour de cassation se montre extrêmement sévère en cas de non-respect de ladite procédure. En considérant notamment que « *l'employeur qui n'a pas respecté les formalités prescrites ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié* »²³².

Les prescriptions légales impératives permettent une meilleure protection du salarié, en évitant tout abus comme une proposition de modification peu claire sur papier libre ou l'absence d'un délai de réflexion. Le fait que la proposition de modification soit obligatoirement écrite permet au salarié de faire murir sa décision, en réfléchissant calmement à une modification de son contrat de travail.

Par opposition, la procédure de modification du contrat de travail, par le biais d'une négociation individuelle n'est pas régie par la loi. Ainsi, un salarié plus réservé, sera peut être amené à accepter à la hâte, dans le bureau de son employeur, l'insertion d'une clause de mobilité, alors même qu'il s'y opposait originellement.

La procédure est donc respectueuse des droits du salarié. Néanmoins, quelques difficultés liées à la conciliation entre l'accord et le contrat de travail peuvent survenir. Cela peut affaiblir la sécurité juridique des accords.

§2 – La conciliation de l'accord avec les clauses contractuelles de mobilité en cas d'acceptation

Le Code du travail prévoit que « *les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues.* »²³³.

81. La « suspension » des clauses de mobilité au profit de l'accord – Par principe, la « *suspension* » prévue par la loi devrait réduire à néant toute problématique liée à la

²³² Soc. 25 janvier 2005 : Bull. Civ. V, n°18 ; D. 2005 IR 458 ; RJS 2005. 255, n°344 ; CSB 2005, A. 34, obs. CHARBONNEAU.

²³³ Article L2242-23 alinéa 2 du Code du travail.

conciliation des clauses contractuelles de mobilité avec l'accord collectif de mobilité.

Toutefois, comme peut le souligner le Professeur Jean-Emmanuel RAY²³⁴, le choix pour la « *suspension* » de l'obligation est juridiquement surprenant. En effet, seule une obligation à durée déterminée peut être suspendue. Or, un accord de mobilité peut être négocié à durée indéterminée.

L'objectif du législateur était possiblement d'encourager, de façon informelle, les opérateurs à prévoir des accords de mobilité à durée limitée pour promouvoir une négociation régulière de la mobilité.

En pratique, la mobilité fait l'objet de débats fréquents dans l'entreprise car ses modalités doivent s'adapter aux nouveautés de l'entreprise. Le contraire aurait été surprenant et plutôt paradoxal car conduirait à une mobilité immobile conventionnellement.

82. La définition trouble des « *clauses contraires* » – De plus, seules les « *clauses contraires* » sont suspendues.

L'expression « *clauses contraires* » est obscure et peut laisser place à plusieurs interprétations. Soit, il s'agit de toute clause contractuelle de mobilité plus avantageuse pour le salarié (c'est-à-dire avec une zone géographique moins étendue). Soit, il s'agit de toute clause différente *stricto sensu*.

En fonction de l'interprétation, la finalité de l'accord de mobilité diverge.

Pour la première acception, la finalité serait peut-être de rendre plus facilement mobile des salariés qui ne l'étaient pas par le jeu de la négociation collective.

Tandis que pour la seconde, l'objectif de l'accord serait plutôt une harmonisation des stipulations contractuelles afin de faciliter la gestion de l'entreprise.

La question reste ouverte et sans réponse pour le moment. L'obscurité de la disposition légale

²³⁴ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §151

affaiblit quelque peu la sécurité juridique du dispositif au stade de sa mise en œuvre. Toutefois, cette question ne trouve pas à se poser en cas de refus du salarié.

§3 – Le licenciement pour motif économique à caractère individuel en cas de refus du salarié

Le procédé collectif donne une réponse individuelle en cas de refus du salarié. En effet, un licenciement pour motif économique à caractère individuel pourra être prononcé à l'encontre du salarié réfractaire. Ce dispositif est risqué pour les droits du salarié **(A)**. De plus, des doutes liés à l'exigence de motivation du licenciement existent **(B)**.

A) Les risques d'atteinte aux droits du salarié

L'article L2242-23 alinéa 4 du Code du travail prévoit que « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne mentionnées au premier alinéa de l'article L. 2242-21, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord* ».

83. La possibilité de refus du salarié – En prévoyant les conséquences d'un refus du salarié, la loi préserve sa liberté de choix. Il ne peut pas être contraint à la mobilité. Toutefois, son refus entraîne un licenciement pour motif économique à caractère individuel. D'une certaine façon, son refus emporte les mêmes conséquences qu'un refus fautif (c'est-à-dire qui entre dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur). Le salarié encourt le risque d'un licenciement.

Néanmoins, le motif n'est pas personnel, comme cela est le cas lorsque le salarié oppose un refus à l'employeur qui met en œuvre une clause de mobilité déjà existante au contrat. En effet, le motif est économique. L'objectif affirmé est donc de ne pas sanctionner le salarié qui n'est pas fautif mais qui a simplement manifesté l'autonomie de sa volonté.

Cependant, le licenciement est à caractère individuel. Ainsi, toute la protection légale liée au licenciement pour motif économique est exclue. C'est pourquoi, dans l'hypothèse de plus de

dix licenciements sur une période de trente jours, la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas obligatoire.

A travers ce dispositif, le législateur cherche à dissuader les salariés d'un départ volontaire. De plus, cette procédure allégée est plus rapide afin d'encourager à la négociation d'un accord collectif de mobilité. Elle permet de maintenir un climat social dans l'entreprise par opposition à une négociation individuelle de la mobilité, qui peut s'avérer longue et conflictuelle.

Toutefois, les praticiens dressent un bilan mitigé de ces accords au regard des premières expériences plus ou moins satisfaisantes²³⁵.

84. Le risque de détournement de l'accord de mobilité interne – Pour exemple, la société OCCITANE a appliqué un accord de mobilité interne pour « *transférer une quinzaine de salariés d'Ardèche vers les Alpes de Haute-Provence* ». Mais seulement trois salariés ont accepté la mobilité (étant précisé que trois autres se sont rétractés lors de la période d'adaptation) contre onze salariés qui ont été licenciés pour motif économique, et seulement deux qui ont été reclassés.

La mise en œuvre de l'accord de mobilité a entraîné des licenciements pour motif économique sans « *chèque de départ* », avec des budgets de formation qui ne dépassent pas 1 500 € et un congé de reclassement de six mois seulement, et de dix mois pour les plus de 45 ans.

La direction des ressources humaines justifie la valeur modique des indemnités, et la faiblesse des efforts de reclassement et de formation comme un moyen de ne « *pas favoriser les ruptures* ».

Cependant, la CFDT, non signataire de l'accord, perçoit sous un tout autre jour ce procédé en considérant que sans l'accord, « *les mobilités se seraient faites sur la base du volontariat. Signer l'accord revenait (...) à signer pour licencier des gens* ».

²³⁵ *Mobilité : ce que la réforme a changé, Entreprise & Carrière*, n°1227, 10 au 16 février 2015.

Les accords de mobilité facilitent la mise en œuvre de la mobilité, *via* une procédure souple. Mais, une utilisation détournée du dispositif peut porter atteinte aux droits des salariés. Notamment, leur liberté de choix est altérée par une menace de licenciement pour motif économique à caractère individuel, beaucoup moins protecteur des droits du salarié.

De plus, certaines questions relatives à la compatibilité des accords avec le droit, et notamment aux règles relatives à la motivation du licenciement pour motif économique, restent ouvertes. Ceci peut affaiblir la prévisibilité des accords qui est utile à son efficacité.

B) Les doutes liés à la motivation du licenciement pour motif économique

85. La motivation des licenciements : un risque d'incompatibilité jurisprudentielle – Par opposition aux accords de maintien de l'emploi, la mobilité interne est mise en place « *dans le cadre de mesures collectives d'organisation courante sans projet de réduction d'effectifs* ». Il n'est donc pas question de difficultés économiques. Toutefois, le motif économique demeure la cause du licenciement du salarié réfractaire à l'accord.

Le risque est donc la censure des juges après une mise en œuvre de l'accord de mobilité. Selon le Professeur Jean-Emmanuel RAY²³⁶ il y aurait deux solutions.

Tout d'abord, la recherche d'un motif économique n'est pas utile car « *en droit l'indicatif vaut impératif : ce licenciement est présumé reposer sur une cause économique...réelle et sérieuse* »²³⁷.

La seconde solution serait une modification de la jurisprudence de la Cour de cassation qui reposerait sur la légitimité des accords collectifs, tout « *en s'inspirant « des mutations technologiques » justifiant un licenciement économique en dehors de tout problème économique* ».

La décision du 27 janvier 2015 qui exclut l'application du principe d'égalité pour les conventions et accords collectifs est plutôt encourageante. La Cour de cassation a manifesté sa volonté d'accorder une grande légitimité à la négociation collective. Cette position sera peut-être maintenue pour les accords collectifs de mobilité.

²³⁶ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°12, §153.

²³⁷ Jean-Emmanuel RAY, ouvrage précité, v. *supra* note n°236.

CONCLUSION GÉNÉRALE

86. Bilan de la mobilité d'origine individuelle – La mise en place d'une clause contractuelle de mobilité est toujours possible, à divers moments des relations contractuelles. Toutefois, elle impose à l'employeur la plus grande vigilance quant au respect des conditions de validité, mais également des grands principes du droit travail tel que le principe d'égalité. C'est pourquoi, la tendance est à la standardisation des clauses, ainsi l'autonomie de la volonté du salarié est fortement remise en cause car en pratique, il n'a pas véritablement le choix.

De plus, la conciliation entre les intérêts économiques de l'employeur et le respect des droits et libertés du salarié est remise en cause au stade de la mise en œuvre d'une clause contractuelle de mobilité. Les juges neutralisent la mise en œuvre des clauses sur le fondement du respect du droit à la vie privée et familiale du salarié par exemple. L'objectif de sécurité juridique n'est donc pas atteint.

De façon surprenante, la jurisprudence est parfois plus permissive en l'absence de stipulations contractuelles (*exemple : absence de contrôle de respect de la vie privée en cas d'affectation dans le secteur géographique, jurisprudence permissive, y compris pour des départs à l'international, pour la mobilité inhérente aux fonctions du salarié*). Alors que les juges adoptent un contrôle plus strict, et s'ingèrent dans les relations contractuelles dès lors que la mobilité est contractualisée (*exemple : neutralisation de la mise en œuvre d'une clause de mobilité*).

87. Bilan de la mobilité d'origine collective – La mobilité d'origine collective met en scène divers acteurs. Elle permet de multiplier les formes de mobilité (interne, externe) ainsi que d'anticiper les risques pour la santé du salarié par exemple.

Néanmoins, les procédés sont nouveaux, ainsi, quelques questions sont laissées sans réponse. Ceci affaiblit la prévisibilité des accords qui est essentielle pour garantir la flexibilité recherchée par l'employeur. De plus, la mise en œuvre de certains accords de mobilité, tel que l'accord collectif de mobilité interne peut être dangereuse pour le salarié. La menace d'un licenciement pour motif économique à caractère individuel affaiblit sa liberté de choix. Toutefois, cette concession est essentielle pour assurer la flexibilité du dispositif. Mais le risque majeur est le détournement des accords par les employeurs, pour licencier les salariés à moindre coût.

88. Les risques de conflit de normes entre les sources de la mobilité – Enfin, la multiplicité des sources de la mobilité fait encourir un risque de conflit de normes. Notamment, entre les stipulations contractuelles et les dispositions conventionnelles. Mais également, le développement de la négociation collective en matière de mobilité, accroît les risques de conflits entre accords. Le conflit entre les normes, en droit du travail, atteint la mobilité. Toutefois, cette problématique se situe au-delà des questions de conciliation entre les intérêts économiques de l’employeur et le respect des droits et libertés du salarié, et requiert une étude approfondie des sources du droit du travail.

89. En somme – Ni raccourci, ni route n’existe pour la mobilité du salarié, c’est sur un fil qu’il convient de clopiner.

BIBLIOGRAPHIE

(Classement par ordre alphabétique)

I. OUVRAGES GENERAUX

- AUZERO (G.), DOCKES (E.),** *Droit du travail*, Précis Dalloz, 29^e éd., 2015.
- BOSSU (B), DUMONT (F.), VERKINDT (P.Y.),** *Droit du travail*, Cours, Monchrestien, 3^e éd., 2011.
- CESARO (J. – F), MARTINON (A.), TEYSSIE (B.),** *Droit du travail Relations individuelles*, Litec, 3^e éd. 2014.
- DOCKES (E.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), PELISSIER (J.),** *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4 éd., 2008.
- MAZEAUD (A.),** *Droit du travail*, Montchrestien, Domat, 9^e éd., 2014.
- PESKINE (E.), WOLMARK (C.),** *Droit du travail*, Hypercours, Dalloz, 9^e éd., 2014.
- RAY (J-E.),** *Droit du travail, droit vivant*, éd. Liaisons, 23^e éd., 2014/2015.
- RAY (J-E.),** *Les relations individuelles de travail*, éd. Liaisons, 2014/2015.
- TEYSSIE (B.),** *Droit du travail Relations collectives*, LexisNexis Litec, 9^e éd., 2014.

II. OUVRAGES SPECIAUX

- FAVENNEC-HERY (F.),** *La sécurité juridique en droit du travail*, éd. LexisNexis, janvier 2014.
- MOREAU (M-A.),** *La représentation collective des travailleurs, ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, 2012.
- RAY (J-E.),** *La mobilité du salarié*, éd. Liaisons, novembre 2014.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

- ALBIOL (J.-M.) et COUGNAU (Ch.),** *Mobilité : un pas vers la modernité : Cah. DRH*, janv.-févr. 2014, n° 205-206, p. 2.
- ANTONMATTEI (P.-H.),** *Les éléments du contrat de travail*, RDS 1999 p.33.
- BALLANDRAS-ROZET (C.),** *Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir*, AJDA 2007. 2236.
- BEAL (S.),** *La mobilité interne : un outil GPEC*, La Semaine Juridique Sociale n°44-45, 29 octobre 2013, 1428.
- BOSSY (G.) et Delmas (P.),** *Restructurations, réorganisations et santé au travail des salariés*, Les Cahiers du DRH no 182, déc. 2011.
- DEJEAN DE LA BATIE (A.),** *CE et CHSCT comment travailler ensemble ?*, Les Cahiers Lamy du CE no 75, oct. 2008.

DUMONT (F.), *Clause de mobilité : le « territoire français » est une précision suffisante*, *Sem. Ju. Soc.* n°1-2, 13 janvier 2015, 1003.

DURLACH (E.), « *Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit au licenciement économique* », *Rev. Droit du travail* 2007, p.440.

ESCANDE VARNIOL (M.-C.), « *Mobilité internationale des travailleurs, entre pouvoir et responsabilité de l'employeur* », *Revue de Dr. Du travail* 2015, p.47.

FABRE (A.), *Semaine sociale Lamy*, n°1633, 2 juin 2014.

FAVENNEC-HERY (F.), *Dr. Soc.* 2006, 926.

FLAMENT (L.), Avocat, Fasc. 19-46, *Mobilité externe. – Mobilité volontaire sécurisée*, *JurisClasseur Travail Traité*, 6 octobre 2014.

JOLIVET (G.), *La loi de sécurisation de l'emploi : de la flexisécurité à la pseudo-sécurité ?*, *La Sem. Ju. Soc.* n°44-45, 29 octobre 2013, 1427.

JOURDAN (D.), *La mobilité volontaire sécurisée*, *JCP S* 2013, 1429.

Le Meur (J.-R.), *Comment traiter en pratique une demande de mobilité sécurisée ?*, *Cah. DRH janv.-févr.* 2014, n° 205-206, p. 16.

LE MEUR (J.-R.), *Comment traiter en pratique une demande de mobilité sécurisée ?*, *Cah. DRH janv.-févr.* 2014, n° 205-206, p. 16.

LECOURT (V.), *Les conventions de l'OIT : une arme efficace*, *Sem. Soc. Lamy* 2012, n°1554, p.9.

LEGOUX (M.), Avocat général à la Cour de cassation, avis, arrêt n°547.

LOISEAU (G.), *Les départs volontaires, des ruptures d'adhésion*, *Sem. Ju. Soc.* n° 22, 2 Juin 2015, 1193.

LOKIEC (P.) et LOISEAU (G.), *l'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit*, *Semaine sociale Lamy*, 2013, n°1569 p.2.

LOKIEC (P.), *La mise en œuvres des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail*, *Recueil Dalloz*, 2009, p.1427.

MARQUET DE VASSELLOT (L.), *La mobilité et l'emploi : vers de nouvelles pratiques ?* : *JCP S* 2013, 1262.

MARTINON (A.), « *Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence* », *La Sem. Ju. Soc.* n°11, 18 mars 2014, 1107.

MAZEAUD (A.), *Contractuel, mais disciplinaire*, *Dr. Soc.* 2003. 164.

MONIOLLE (C.), Fasc. 814-20 : *AGENTS NON TITULAIRES* . – *Conditions et intégration*, 21 Mars 2013 (mise à jour le 25 Novembre 2013).

Moreau de BELLAING (P.), *le mythe de la mobilité sécurisée*, *Semaine sociale Lamy* 2014, n°1634, p.8.

MORVAN (P.), *Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013*, *La Semaine Juridique* n°18-19, 6 Mai 2014, 1184.

MOUSSERON (P.-H.), *le lieu de travail, territoire de l'entreprise*, *Droit Social* 2007, p. 1110.

NADAL (S.), *Conventions et accords collectifs de travail (I - Droit de la négociation collective)*, janvier 2008 (actualité : juin 2013).

NEGRONI (C.), *La reconversion professionnelle volontaire : d'une bifurcation professionnelle à une bifurcation biographique*, *Cahiers internationaux de sociologie*, 2005/2 (n°119), p.206.

PACTEAU (B.), *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?*, *AJDA* 1995, numéro spécial, p.155.

PELICIER (S.) et FREREJACQUES (Gh.), *La mobilité interne, vecteur d'une véritable GPEC*, *Sem. Sociale Lamy*, 8 juillet 2013, n°1592, p.49.

PELISSIER (J.), « *les questions relatives à la mise en œuvre d'une clause contractuelle n'ont à se poser que si la clause est valable* », *Rev. Trav.* 2006 .

PICQEREY (O.) et DEHAENE (B.), *Mobilité souhaitée et mobilité imposée : quelle sécurisation ?*, *Cah. soc. juill.* 2013, n° 254, p. 293.

RADÉ (C.), *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, *Dr. Soc.* 1999. 3.

REMY (V.-P.) et KRAUSSE (R.), *Droits des contrats et droit du travail* : *RDT* 2007, spéc. p. 477 et p. 481.

SAVATIER (J.), *Dr. Soc.* 2008, p.498.

SCIBERRAS (J.-Ch.), *DRH France Rhodia et Président de l'ANDRH*, « *Les paradoxes du contrat et de l'accord collectif* », *Sem. Soc. Lamy* 2011, Suppl. 1508.

VATINET (R.), *Nouveaux cadres juridiques pour des parcours professionnels diversifiés*, *JCP S* 2007. 1131.

WAQUET (P.), *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, *RJS* 12/96 1996, 791.

IV. ARTICLES DE PRESSE ET SITES INTERNET

Articles :

CFDT, *mode d'emploi : sécurisation de l'emploi*, septembre 2014.

Entreprise & Carrières, *Mobilité : ce que la réforme a changé*, n°1227, 10 au 16 février 2015.

Le Monde, *La nouvelle bataille du code du travail*, 16 juin 2015.

Liens :

https://www.cfdt.fr/upload/docs/application/pdf/2013-10/me_mobilite.pdf).

<http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques,89/fiches-pratiques,91/accompagnement-des-mutations,593/le-conge-de-mobilite,5642.html>.

<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F14018.xhtml>.

http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/securisation_emploi.asp.

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/sociale_cour_3421/salaries_proteges_3437/introduction_15349.html.

TABLE DE JURISPRUDENCE

(Classement par ordre chronologique)

I. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

DC 20 juillet 1988 (n° 88-244).

DC 16 juillet 1991 (n° 91-284).

Conseil Constitutionnel 28 décembre 2006, n°2006-545 DC.

II. CONSEIL D'ETAT

CE 24 novembre 1875, *Pariset*.

CE 5 mai 1976, *Safer d'Auvergne*

CE 18 février 1977, *Abellan*.

III. COUR DE CASSATION

A) CHAMBRE CIVILE

Civ. 25 mai 1870.

Civ. 2^e, 7 mai 2009, n° 08-12.998 ; Paris, 24 janv. 2008 n° 07/00255.

Civ. 2^e, 23 janv. 2014, n° 12-35.421.

B) CHAMBRE SOCIALE

Soc. 21 juin 1974, *Perrier* : Bull. 1974, Ch. mixte, n° 3 (n° 71-91.225) ; Bull. 1974, Ch. mixte, n° 2, (n° 72-40.054) ; Bull. crim. 1974, Ch. mixte, n° 236, (n° 71-91.225).

Soc. février 1987, Bull. Civ. V, n°83.

Soc. 16 février 1987, Bull. Civ. V. n°83.

Soc. 16 février 1987, Bull. Civ. V, n°83 ; Soc. 12 février 2002 (n°99-45.610) ; 18 septembre 2002, Bull. Civ. V, n°273, Dr. Soc. 2002. 997, obs. R. Vartinet.

Cass. soc., 16 mars 1989 : Bull. civ. V, n° 231.

Soc. 4 octobre 1995, Dr. Soc. 1995. 1044.

Soc. 5 juin 1996 ; Bull. Civ. V, n°231 ; RJS 1996, 600, n°937.

Soc. 5 juin 1996 ; Bull. Civ. V, n°231 ; RJS 1996, 600, n°937.

(2 arrêts) Soc. 10 juillet 1996 : Bull. Civ. V, n°278 ; GADT, 4^e éd., n°50 ; D. 1996 IR 199 ; Dr. Soc. 1996. 976, obs. Blaise ; RJS 1996. 580, n°900 ; JCP 1997. II. 22768, note Saint-Jours ; Dr. Ouvrier 1996. 457, note Moussy.

Soc. 29 octobre 1996, *Ponsolle* (n°92- 43.680), Bull. civ. V, no 359 ; Dr. soc. 1996, p. 1013, obs. A. LYON CAEN.

Soc. 2 décembre 1996, *IBM France*, Bull. Civ. V, n°410 ; Dr. Soc. 1997. 105, obs. J. Savatier.

Cass. Soc. 3 décembre 1996 (n°95-17.352 et n°95-20.360) Bull. civ. V, no 411, Dr. soc. 1997, p. 18, rapport Ph. Waquet

Soc. 10 juin 1997 (n°94-43.889) ; Bull. Civ. V, n°210 ; RJS 1997, n°794 ; JCP G 1997. IV. 1647.

Soc. 30 septembre 1997 : Bull. Civ. V, n°289, Dr. Soc. 1997. 1094, obs. Ray ; RJS 1997. 748n b°1202.

Soc. 19 novembre 1997 (n°95-41.260) ; Bull. Civ. V, n°383.

V. Cass. Soc., 20 octobre 1998, L.S. Jurisprudence, 26 novembre 1998, p.2. V. Cass. Soc., 16 déc. 1998, Bull. civ. V, n° 558 ; 21 mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 650, obs. Savatier ; D. 2000, IR p. 114. V. Cass. Soc. 4 mai 1999

Soc. 2 avril 1998 (n°95-43.541) ; Bull. Civ. V, n°196, RJS 5/1998, n°564, D. 1999, somm. 33, 2^e espèce, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL.

Soc., 20 octobre 1998, L.S. Jurisprudence, 26 novembre 1998, p.2.

Soc. 12 janvier 1999 (n°96-40.755).

Soc. 12 janvier 1999 ; Bull. Civ. V, n°7 ; D. 1999. IR 47 ; Dr. Soc. 1999.287, obs. RAY.

Soc. 12 janvier 1999 ; Bull. Civ. V, n°7 ; D. 1999. IR 47 ; Dr. Soc. 1999.287, obs. RAY ; RJS 1999. 103, n°151 ; CSB 1999. 159, A. 25.

Soc. 18 mai 1999, Bull. Civ. V., n°219 ; D. 2000. Somm. 84, obs. ESCANDE-VARNIOL, et 2001. Somm. 2797, obs. Bossu ; RTD Civ. 2000. 326, obs. Mestre et Fages ; Dr. Soc. 1999. 734.

Soc. 9 mai 2001.

Soc. 27 juin 2002 (n°00-42.646).

Soc., 3 juin 2003, Bull. civ. V, n° 185 ; D. 2004, Jur. p. 89, note C. Puigelier ; JCP E 2003, II, 1668, note M. Véricel ; F. Chautard et L. Le Berre, art. préc.

Soc. 25 février 2004 (n°01-47.104).

Cass. soc., 12 oct. 2004 : Bull. civ. V, n° 246.

Soc. 13 février 2005, Dr. Soc. 2005. 809, obs. SAVATIER.

Soc. 23 février 2005 (n°04-45.463 : JurisData n°2005-027117 : Dr. Soc. 2005, p.576, obs. Jean MOULY ; RDC 2005, p.761, obs. Ch. RADÉ.

Soc. 11 mai 2005 (n°03-43040) ; Soc. 23 janvier 2002 (n°99-44845).

Soc. 16 décembre 2005 (03-44.843).

Soc. 15 mars 2006 (n°04-47.368).

Soc. 15 mars 2006.

Soc. 28 mars 2006 ; D. 2006. IR 1063 ; RJS 2006 479, n°690 ; JS Lamy 2006, n°1885.

Soc. 28 mars 2006 ; D. 2006. IR 1063 ; RJS 2006 479, n°690 ; JS Lamy 2006, n°1885.

Soc. 29 mars 2006 (n°04-46.499)

Soc. 31 mai 2006, n° 04-43.592 ; Cass. Soc. 12 février 2014 (n°12-23051).

Soc. 7 juin 2006 (n°04-45.846) ; JurisData n°2006-034030 ; JCP S 2006, 1917, note B. BOSSU. – Soc. 12 juillet 2006 (n°04-45.396) : JurisData n°2006-034609 ; RDT 2006, p.313, note J. Pélissier.

Soc. 7 juin 2006 (n°04-45.846) ; RJS 9-9/2006, n°920, Dr. Soc. 2006. 926, obs. F. FAVENNEC-HERY. – Soc. 12 juillet 2006 (n°04-45.396).

Soc. 15 mai 2007 : D. 2007. AJ 1600 ; RDT 2007. 449, obs. Bonni ; RJS 2007. 617, n°811 ; JCP S 2007. 1642, note BOSSU.

Soc. 28 novembre 2007 (n°06-21.964), Bull. 2007, V, n°201.

Soc. 23 janvier 2008.

Soc. 20 février 2008 (n°05-45.601).

Soc. 5 mars 2008 (n°06-45.888), Bull. 2008, V, n°46 ; Sem. Soc. Lamy 2008, n°1346, obs. P. BAILLY ; Dr. Ouvrier 2008, p.313, P. ADAM.

Soc. 14 octobre 2008 (n°07-40.092).

Soc. 14 octobre 2008 (n°07-40.523) ; JurisData n°2008-045382 ; RJS 2008, n°1162, 2^e espèce.

Soc. 14 octobre 2008 (07-40.523) « (...) si une telle atteinte pouvait être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché ».

Soc. 14 octobre 2008 (n°07-40523), RDT 2008. 731, obs. AUZERO ; D. 2009. Pan. 592, obs. FABRE, et 2008. AJ. 2672, obs. PERRIN, préc.

Soc. 14 octobre 2008 (n°07-40.523).

Soc. 14 octobre 2008 (n°07-42.352). V. aussi Soc. 9 novembre 2011 (n°10-10.320).

Soc. 14 octobre 2008 (07-43.071). P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*. D. 2008. Chron. 2293.

Soc. 14 octobre 2008 (07-43.071).

Soc. 14 octobre 2008 (n°07-43.071), mais déjà affirmé par Soc. 23 février 2005, 2 arrêts (n°03-42.018 et n°04-45.463), Liaisons sociales 3 mars 2005, Bref Soc. n°14332, Dr. Soc. 2005. 576, obs. Jean MOULY ; P. BOUAZIZ et I. GOULET.

Soc. 23 septembre 2009, *Renault* (n°07-44.200) ; JurisData n°2009-049560 ; Bull. Civ. 2009, V, n°191 ; JCP S 2009, 1535, note S. BEAL et P. KLEIN

Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°07-44.200 : Bull. Civ. V, n°191 – P. LOKIEC et G. Loiseau, l'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit : semaine sociale Lamy 2013, n°1569, p.2.

Soc. 3 mai 2012 (n°10-25.937). Soc. 28 novembre 2012 (n°11-22.645).

Soc. 26 mai 2010 (n°09-40.422).

Soc., 12 juill. 2010.

Soc. 30 novembre 2010 (n°08-43.499), JCP S 2011, n°1077, p. 27, note L. Sébille

Soc. 3 novembre 2011 (n°10-30.033) : JurisData n°2011-023701 : « arrêt relatif à la durée du travail mais transposable dans des conditions comparables à la mobilité » selon Arnaud MARTINON, v. supra note n°1.

Soc. 21 mars 2012 (10-12.009).

Soc. 11 juillet 2012 (n°10-30.219). – Soc. 2 avril 2014 (12-19.573).

Soc. 12 décembre 2012 (n°11-23.762), Sem. Soc. Lamy 2013, n°1567, p. 15.

Soc. 27 février 2013 (11-27.612), JurisData n°2013-002937. V. Damien CHENU, Indétermination de l'objet d'une clause de mobilité « mixte », La Sem. Juridique Soc. n°24, 11 juin 2013, 1247.

Soc. 2 avril 2014 (12-19.573).

Soc. 12 juin 2014 (n°13-16.179) inédit.

Soc. 9 juillet 2014 ; D. 2014. Actu. 1595 ; Dr. Soc. 2014. 857, obs. Mouly ; RJS 2014. 576, n°667 ; JS Lamy 2014, n°373-2, obs. LHERNOULD.

Soc. 9 juillet 2014 (n° 13-17.206).

Soc. 27 janvier 2015 (n°13-22.179).

Soc. 27 janvier 2015 (13-22.179).

IV. COUR D'APPEL

CA Versailles 5 septembre 2012, n°11/00637 : JurisData n°2012-020441 ; Semaine sociale Lamy 2012, n°1551, p.14. Patrice Adam, Vie familiale et mobilité : des racines et des ailes : Semaine sociale Lamy 2012, n°1554, p.6.

CA Paris, 13 déc. 2012 (no 12-00.303).

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus, bonne foi : 9, 58-59

Accord de mobilité interne : 41, 42-48, 79,
87

C

Clause de mobilité : 13-26, 53-66, 86

Congé de mobilité : 33-36, 67, 69, 87

D

Droits et libertés fondamentaux : 2, 48

- *Domicile* : 21
- *Entreprendre* : 76
- *Santé* : 49-52
- *Vie privée et familiale* : 61-63

L

Lieu de travail : 6, 7

M

Mobilité inhérente au contrat de travail :
10-12

Mobilité internationale : 64-66

Mobilité volontaire sécurisée : 37-40, 70-
78, 87

N

Négociation collective : 3, 27-32, 43, 44

S

Salariés protégés : 60

Secteur géographique : 8

Z

Zone géographique : 18, 19, 45

TABLE DES MATIÈRES

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION	6
TITRE I – L’INSTITUTION DE LA MOBILITE DU SALARIE	11
CHAPITRE I – L’INSERTION D’UNE CLAUSE CONTRACTUELLE DE MOBILITÉ PAR LA NÉGOCIATION INDIVIDUELLE	11
<i>Section 1 : Le contexte des négociations</i>	<i>11</i>
§1 – La négociation utile pour une mobilité étendue	11
A) La restriction géographique de la mobilité inhérente au contrat de travail	12
1. L’établissement d’un socle contractuel	12
2. La valeur informative du lieu de travail	13
B) La restriction temporelle de la mobilité temporaire inhérente au contrat de travail	17
§2 – Les occasions multiples de négocier	19
A) La négociation à la signature du contrat de travail	19
B) La négociation en cours de contrat	20
C) La négociation en cas de difficultés économiques	22
<i>Section 2 : Les conditions de validité des clauses</i>	<i>23</i>
§1 – Les conditions et les enjeux de la validité des clauses de mobilité	24
A) L’exposé des conditions de validité	24
1. Les conditions impératives de validité	24
2. Les modalités accessoires des clauses de mobilité	28
B) Les enjeux du respect des conditions de validité	29
§2 – L’insécurité juridique générée par l’appréciation souveraine des juges du fond	30
<i>Section 3 : La gestion des clauses contractuelles de mobilité dans l’entreprise</i>	<i>31</i>
CHAPITRE II – L’INSERTION D’UNE CLAUSE DE MOBILITÉ PAR ACCORD COLLECTIF 33	
<i>Section 1 : La souplesse de la négociation collective</i>	<i>33</i>
§1 – La diversité des contextes de négociation	33
§2 – Les conditions raisonnables de validité	34
§3 – La flexibilité des acteurs des négociations	35
<i>Section 2 : La mise en place d’un accord de mobilité externe</i>	<i>35</i>
§1 – Le congé de mobilité externe	35
A) Le congé de mobilité externe : outil d’anticipation des difficultés	36
B) La libre fixation des modalités conventionnelles	37
§2 – La mobilité volontaire sécurisée	39
A) La mobilité volontaire sécurisée : la liberté de choix du salarié	39
B) Les conditions souples de mise en place de la mobilité volontaire sécurisée	40
<i>Section 3 : La mise en place d’un accord de mobilité interne</i>	<i>42</i>
§1 – La mise en place d’un accord de mobilité interne avant la loi du 14 juin 2013	42
§2 – La mise en place d’un accord de mobilité interne après la loi du 14 juin 2013	43
A) La fluidification du marché interne en l’absence de contexte particulier	43
B) Le contenu classique et protecteur de l’accord de mobilité interne	46
1. La délimitation de la zone géographique de mobilité	46
2. La libre identification des salariés concernés	47
3. L’insertion de mesures de protection favorables au salarié	49
<i>Section 4 : L’anticipation des risques pour la santé du salarié mobile</i>	<i>50</i>
TITRE II – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITE DU SALARIE	52
CHAPITRE I – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITE D’ORIGINE INDIVIDUELLE	52
<i>Section 1 : La mise en œuvre liée au pouvoir de direction de l’employeur</i>	<i>52</i>
§1 – La mise en œuvre de droit pour l’employeur	53
§2 – Les limites classiques au pouvoir de direction de l’employeur	55
A) Le recours à la clause de mobilité conforme à l’intérêt de l’entreprise	55
B) Le contrôle de la bonne foi	57
C) La limite au profit des salariés protégés : une protection pour tous les salariés	58
<i>Section 2 : La cohabitation du pouvoir de direction de l’employeur avec les droits et libertés du salarié</i>	<i>60</i>
<i>Section 3 : Les insécurités accentuées de la mobilité internationale</i>	<i>62</i>

CHAPITRE II – LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOBILITÉ D’ORIGINE COLLECTIVE	65
<i>Section 1 : La mise en œuvre d’un accord de mobilité externe</i>	65
§1 – La mise en œuvre du congé de mobilité externe	65
§2 – La mise en œuvre de la mobilité volontaire sécurisée	66
A) La demande du salarié et la réponse de l’employeur	66
1. La mise en œuvre à la demande du salarié	67
2. La mise en œuvre conditionnée par la réponse de l’employeur	69
a) L’hypothèse d’un refus de l’employeur	69
b) L’hypothèse d’une acceptation de l’employeur	71
B) La situation du salarié pendant la période de mobilité	72
C) L’issue de la mobilité volontaire sécurisée	74
<i>Section 2 : La mise en œuvre d’un accord de mobilité interne</i>	75
§1 – L’établissement d’une procédure respectueuse de la vie personnelle et familiale du salarié	75
A) La phase de concertation préalable	75
B) La proposition de modification du contrat de travail	76
§2 – La conciliation de l’accord avec les clauses contractuelles de mobilité en cas d’acceptation	77
§3 – Le licenciement pour motif économique à caractère individuel en cas de refus du salarié	79
A) Les risques d’atteinte aux droits du salarié	79
B) Les doutes liés à la motivation du licenciement pour motif économique	81
CONCLUSION GENERALE	82
TABLE DES MATIERES	93