UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

-

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

Discipline : Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement par

Henrik de Brier

Le 14 décembre 2015

La mobilité du salarié

Directeur de thèse

M. Franck Petit

Professeur à l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse

JURY :

M. PAUL-HENRI ANTONMATTEI, professeur à l'Université Montpellier 1, doyen honoraire de la faculté de Droit et de Sciences Politiques (Rapporteur)

M. MICHEL BLATMAN, conseiller honoraire à la Cour de cassation

M. ALEXIS BUGADA, professeur à l'Université d'Aix-Marseille (Rapporteur)

MME FLORENCE CANUT, professeure à l'Université Lyon 2

M. FRANCK PETIT, professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, doyen de la faculté de Droit, d'Economie et de Gestion

« *La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur* »

Remerciements

L'issue de ce travail et sa présentation me permettent de remercier un certain nombre de personnes, qui m'ont accompagné et soutenu, me permettant de mener à bout ce travail dans de bonnes conditions.

Je tiens tout particulièrement à remercier Monsieur le Professeur Franck Petit, pour avoir accepté d'encadrer ce travail de recherche, pour ses conseils et sa très grande disponibilité durant ces cinq années. Je le remercie également pour le choix de ce sujet, d'une très grande actualité. J'espère avoir répondu à ses attentes. Je le remercie également de m'avoir confié des travaux dirigés en droit social au cours de mon doctorat.

J'adresse mes remerciements les plus sincères aux membres du jury, pour l'honneur qu'ils me font, en acceptant de venir, aujourd'hui, apprécier et critiquer mon travail.

Pour m'avoir confié différentes charges de travaux dirigés, je tiens à remercier vivement Mme Bérengère Gleize et M. Jean-Louis Respaud. Également Mme Patricia Partyka, et à nouveau Mme Bérengère Gleize, pour m'avoir permis de participer à l'encadrement la Recherche Collective des étudiants de Master 2.

Je tiens, également, à remercier tout particulièrement Abdenbi Allouch pour ces discussions animées et si riches d'enseignements ; sans lui, ce travail aurait été tout autre. Mais également Charlotte Brès et Aziza Bouhayoufi, Loredana Pavel et Annelieke Gillotot, Caroline Faure, Kay Phongsavanh et Stanislas Kluczynski, ainsi que tous les autres doctorants.

Enfin, un grand merci à tout le personnel administratif, spécialement messieurs Mori, Mallem et Hebbard, pour leur disponibilité, leur gentillesse et leur grande serviabilité.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Cah. soc.	Cahiers sociaux
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Coll.	Collection dans laquelle est publié l'ouvrage
Conv. EDH/Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
D.	Recueil Dalloz
Dall. Act.	Actualité Dalloz
Dir.	Ouvrage écrit sous la direction de
Dr. ouvr.	Revue Le Droit Ouvrier
Dr. soc.	Revue Droit social
Fasc.	Fascicule
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
Ibid	*Ibidem* (au même endroit)
Infra	Ci-dessous
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
JCP E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique édition générale
JCP S	Juris-classeur périodique édition sociale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observation
OIT	Organisation Internationale du Travail
Op. cit.	*Opere citato* (ouvrage déjà cité)
p.	page
Préf.	Ouvrage préfacé par

PUAM	Presses Universitaires d‟Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
RDT :	Revue de droit du travail
Rép. Dalloz Trav. :	Encyclopédie Dalloz de droit du travail
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Sem. Soc. Lamy :	Semaine sociale Lamy
Suppl.	Supplément
Supra	Ci-dessus

Sommaire

PARTIE I LES MANIFESTATIONS DE LA MOBILITÉ

Titre I LES APPLICATIONS TRADITIONNELLES DE LA MOBILITÉ

Chapitre 1 Les dynamiques internationales de la mobilité

Chapitre 2 Les mécanismes nationaux de la mobilité

Titre II LES DÉVELOPPEMENTS CORROMPUS DE LA MOBILITE

Chapitre 1 L'instrumentalisation de la mobilité

Chapitre 2 L'élaboration d'un impératif de mobilité sur le marché du travail

PARTIE II LA RECONNAISSANCE D'UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ

Titre I UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ ORGANISÉ COLLECTIVEMENT

Chapitre 1 L'utilisation du collectif, moyen de négocier la mobilité

Chapitre 2 L'instrumentalisation du collectif, moyen d'imposer la mobilité

Titre II UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ APPLIQUÉ INDIVIDUELLEMENT

Chapitre 1 La construction du parcours professionnel

Chapitre 2 L'encadrement du parcours professionnel

À mes parents

INTRODUCTION

« *Rien n'est plus difficile à déplacer que l'homme* »

A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*

« *Il fallait appeler à la fabrication d'un Droit de l'emploi, frère siamois du Droit du travail ou même partie intégrante de celui-ci. De plus jeunes s'y sont attaqués en privilégiant les uns le droit de la formation, les autres le régime du chômage* »

G. Lyon-Caen, *Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée*[1]

1. - Immobilité du droit. « *La stabilité est de l'essence du droit* »[2]. Le Droit n'apparait donc pas des plus à l'aise avec la *mobilité*. Généralement, le droit préfère ce qui est figé, inscrit

[1] G. LYON-CAEN, *Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée*, Dr. Ouvr., février 2004, p. 49.

[2] G. LYON-CAEN, *La mobilité, vue de haut*, Dr. soc., juin 1989, p. 430.

dans le marbre, tel une déclaration universelle de droits ou un code « bien fait ». La sacralisation du Code civil pendant tout le XIX^{ème} siècle est un indicateur de cet attachement des juristes à la stabilité. Ainsi, la doctrine dite *classique* est restée très attachée à la lettre des textes, à l'époque récemment codifiés dans le Code Napoléon, ne s'en écartant quasiment pas et aboutissant à une interprétation littérale de la Loi.

2. - Attachement du droit à la stabilité. Cet attachement à la stabilité peut également se voir dans la présence actuelle d'articles du Code civil datant de 1804. Mais cette présence peut se justifier, au moins pour partie, dans la qualité des textes de l'époque. Cependant, nombre de textes sont encore présents dans le Code civil, sans véritable utilité[3]. La stabilité de ce code n'est pas donc uniquement liée à sa qualité.

C'est certainement dans la sécurité juridique que se trouve cette attache à l'immobilité, notamment dans le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle[4], qui ne peut être écarté, en matière civile, qu'en cas de loi expressément rétroactive. Hors ce cas, le droit plaide pour le maintien des situations acquises et donc la sécurité juridique ; « *le Droit a pour raison d'être de donner la sécurité par une certaine permanence* »[5].

3. - Stabilité et droit du travail. La situation est similaire en droit du travail. La raison qui laisse imaginer que la mobilité n'a pas sa place en droit du travail, est la construction théorique de la relation de travail. En effet, en droit du travail français, la relation de travail se conçoit comme une relation contractuelle. Or, une relation contractuelle, selon la durée prévue au contrat, incarne une forme de stabilité, dont l'article 1134 du Code civil en exprime la valeur.

Le fait que le contrat soit conclu dans un domaine particulier ne change en rien la donne. D'une part, le contrat originel de travail est le contrat de louage de service, prévu par l'article 1780 du Code civil, et donc soumis au droit commun des contrats, dont le principe de la force

---

V. également A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail* (préf. B. TEYSSIÉ), Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de Thèses, volume 48, 2005, p. 1.

[3] R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, p. 75.

[4] C. civ., art. 2.

[5] G. LYON-CAEN, *La mobilité, vue de haut*, *op. cit.*, p. 430.

obligatoire des conventions. D'autre part, le droit du travail contemporain a expressément prévu la soumission du contrat de travail au droit du commun[6].

Ces deux considérations incarnent ainsi la stabilité attendue du contrat de travail. Pour renforcer ce sentiment de durabilité de la relation de travail, citons la réflexion du professeur A. Supiot, qui a défini l'emploi précaire comme étant « *le travail sans l'emploi* »[7], c'est-à-dire, sans la stabilité. En droit du travail, la relation s'entend/devrait donc s'entendre comme une relation stable.

De cette manière, le droit aspire à maitriser toutes les formes de mobilité, qu'elles soient propres au droit du travail ou à d'autres disciplines juridiques.

4. - Suspicion vis-à-vis de la mobilité. S'il y a environ neuf-mille ans, le nomadisme était le mode de vie des êtres humains, il est couramment admis que c'est la sédentarisation qui a permis la mise en culture des terres et l'élevage organisé. La sédentarisation a donc marqué un progrès dans le développement de l'espèce humaine. L'immobilité a ainsi marqué une étape importante de l'histoire humaine. C'est peut-être pour cette raison qu'il existe une forme de suspicion vis-à-vis des personnes nomades.

5. - Livret ouvrier. D'un point de vue historique, le développement du droit du travail est indissociable de l'évolution de la classe laborieuse, dite ouvrière. Avec le livret ouvrier, lui est associé l'un des éléments historiques les plus importants de l'histoire du droit du travail. Rétabli au tout début du XIX^{ème} siècle, après avoir été aboli au moment de la Révolution française, le livret ouvrier illustre la condition ouvrière de l'époque, à tout le moins, l'un de ses aspects.

Une partie de la classe laborieuse de l'époque évoquée est mobile, car se déplaçant de ville en ville, au gré des travaux demandés. Il est possible, à ce propos, d'évoquer le tour de France des compagnons. Mais à côté de ces métiers, d'autres ouvriers effectuent d'autres tâches, que ce soit à domicile ou au sein d'une manufacture. S'ils sont moins mobiles géographiquement, ils peuvent l'être juridiquement, par le changement d'employeur. Le livret ouvrier agit, à cette

[6] C. trav., art. L. 1221-1.

[7] A. SUPIOT, *Du bon usage des lois en matière d'emploi*, Dr. soc., 1997, p. 229 ; *infra n° 533*

époque, sur ces deux aspects de la vie du salarié ; sa mobilité géographique, comme sa mobilité dans l'emploi.

Aux salariés mobiles géographiquement, il leur est demandé de faire viser leur livret par une autorité de police avant de quitter une ville. S'ils se font contrôler sur les routes, sans livret ou avec un livret non visé par l'autorité compétente, ils peuvent être poursuivis pour vagabondage, ce qui, en théorie, réduit considérablement les possibilités d'être mobile.

Quant à la mobilité professionnelle, le livret ouvrier en constitue également un frein. En effet, l'employeur qui embauche un ouvrier peut lui confisquer son livret pendant le temps qu'il est à son service. Cette faculté offerte à l'employeur empêche donc le titulaire du livret, d'une part, de quitter la ville, d'autre part, de se faire embaucher par un autre employeur. Car ce dernier, à l'embauche, visait le livret, et en faisait autant au moment de donner congé à l'ouvrier. Pendant la période d'embauche, l'ouvrier est donc fortement rattaché à son patron.

Une des fonctions du livret ouvrier est, par ailleurs, un outil de « *discipline contractuelle* »[8]. L'employeur ne faisait pas que viser l'embauche et le congédiement de l'ouvrier ; il y apposait également les avances sur salaire qu'il accordait à l'ouvrier. De fait, ce dernier pouvait se retrouver débiteur de son employeur, et ne pouvait se libérer de son engagement contractuel, que par le paiement de sa dette. Sans livret, il lui était impossible de se faire embaucher par un autre employeur ; ou si c'était le cas, le nouvel employeur pouvait se faire condamner par une juridiction, ce qui était fortement dissuasif. A tout point de vue, le livret ouvrier représentait donc surtout un outil d'immobilité, de stabilité, mais au service de l'employeur.

6. - Contrôle contemporain des populations nomades. Encore aujourd'hui, est perceptible une forme de suspicion vis-à-vis des populations nomades, par nature mobiles. Une catégorie de personnes est donc soumise à la possession d'un titre de circulation, qui varie selon son statut exact. Un livret de circulation est ainsi délivré aux personnes sans domicile fixe mais ayant une source régulière de revenu, et un carnet de circulation pour les personnes dépourvues de domicile et de revenu pécuniaire régulier[9].

[8] N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Economica, coll. CORPUS HISTOIRE DU DROIT, 2011, p. 34.

[9] J.-L. CHAPUIS, *Nomades et caravaniers*, 7 et s., Rép. Dalloz Pén., 2009.

Cette forme de mobilité est contrôlée, car les titulaires de ces carnets ou livrets doivent les faire viser par une autorité de police de manière relativement régulière : tous les trois mois pour les personnes sans revenus réguliers, et tous les ans pour les personnes ayant un revenu régulier[10].

Mais de nos jours, ce contrôle est moins lié à la crainte du vagabondage, qu'au besoin, pour chaque personne physique, d'être administrativement rattachée à une commune. Différents droits et obligations sont, en effet, liés au choix d'un domicile, notamment en matière fiscale, en matière de droit électoral ou encore de mariage[11]. Le titre de circulation et le choix d'une commune de rattachement par les personnes nomades remplacent alors ce domicile.

7. - Livret professionnel maritime. Ce contrôle des personnes mobiles se retrouve également, mais de manière différente, dans le livet professionnel maritime, dont les marins sont pourvus. Ce livret retrace les dates d'embarquement des marins, mais aussi les visites médicales obligatoires, ainsi que les habilitations et qualifications dont le marin est titulaire. Le livret s'apparente donc plus à un document de suivi professionnel et administratif qu'à un véritable outil de contrôle sur les marins.

Ces différents exemples de contrôle avancent l'idée d'une pluralité de mobilité, bien qu'avant tout géographique. Afin d'éviter toute confusion lors de cette étude, il est nécessaire de présenter les différentes acceptions, que reconnait le droit du travail, à la notion de mobilité.

I. L'éclatement de la notion de mobilité

8. - Définitions. Le dictionnaire *Littré* définit la mobilité comme la « *propriété générale des corps, en vertu de laquelle ils obéissent parfaitement, et en tous sens, aux causes de mouvement* ». Le dictionnaire *Larousse* la définit, quant à lui, comme la « *propriété, caractère*

[10] Loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe.

[11] J.-L. CHAPUIS, *op. cit.*, 69.

de ce qui est susceptible de mouvement, de ce qui peut se mouvoir ou être mû ». Deux points de vue s'opposent donc, l'un actif, l'autre passif. Le dictionnaire *Littré* met l'accent sur une mobilité subie par un corps, qui suit la « cause » du mouvement, alors que le dictionnaire *Larousse* propose les deux acceptions, l'une active - se mouvoir -, et l'autre passive - être mû. Mais, *in fine*, la mobilité sous-entend un changement de position.

La mobilité peut se rapprocher aussi de l'idée d'une *position sociale*. De fait, une personne ne se situe pas seulement dans l'espace, mais aussi par rapport à d'autres personnes, parfois dans une forme de hiérarchie. Cela peut, bien sûr, faire référence à un placement dans la société dans laquelle la personne vit, mais cette situation peut s'entendre dans tout milieu de socialisation, dont l'entreprise. De même, la position sociale peut résulter de la naissance, mais aussi du métier exercé.

Force est ainsi d'admettre que la notion de mobilité est largement protéiforme, revêtant plusieurs acceptions, comme le rappelle régulièrement la doctrine[12]. Le champ lexical apparait alors très large : « *souplesse, amovibilité, variation, variabilité, oscillation, changement, mais aussi [celui d']inconstance* »[13].

9. - Mobilité du salarié. Appliqué au salarié, la mobilité doit également entrainer, pour lui, un changement de position. Mais, le salarié n'étant pas un objet, l'on serait en droit de s'opposer à une mobilité non choisie ; par exemple, de manière concrète, le droit consacre le principe du libre choix du domicile[14] . Une obligation de mobilité est donc difficilement concevable. Plus encore, elle peut apparaitre contreproductive, pour le salarié comme pour l'entreprise.

Mais le droit du travail, branche du droit qui régit les rapports salariés[15], pose le postulat d'un rapport déséquilibré entre l'employeur et le salarié, et caractérise le contrat de travail par

[12] V. P.-Y. VERKINDT, *Les mobilités*, JCP S, n° 25, 2013, 1261 ; v. également A. MARTINON, *Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence*, JCP S, 2014, 1107.

[13] V. P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*

[14] Conv. EDH, art. 8 ; cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40755, obs. J.-E. RAY, Dr. soc., 1999, p. 287.

[15] Pour d'autres définitions du droit du travail, v. G. LYON-CAEN, *Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail*, Dr. Ouvr., décembre 1950, *in* Dr. Ouvr., février 2004, p. 52.

l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et son employeur[16]. De cette subordination, il apparait qu'une mobilité subie est tout aussi envisageable, qu'une mobilité choisie ; elle est même d'autant plus probable, qu'un lien de subordination existe. Il reste néanmoins à déterminer la ou les formes que peut prendre la mobilité, lorsqu'elle s'applique au salarié.

10. - Stabilité du contrat de travail et mobilité. Cependant, en vertu de l'article 1134 du Code civil, le contrat incarne une forme de stabilité ; les parties doivent donc impérativement respecter ce contrat. Et le contrat de travail, soumis normalement au droit commun[17], n'échappe pas à cette règle. En cela, il apparait que le droit commun est plus protecteur que le droit du travail[18], qui permet certaines modifications unilatérales du contrat[19].

À première vue, donc, la mobilité du salarié semble difficilement conciliable avec la nature contractuelle de la relation de travail, qui semble figée.

Mais, le législateur n'ayant pas défini les éléments du contrat de travail, ce contrat représente une sorte d'anomalie du paysage contractuel. Plus certainement, le contrat de travail opère une nette distinction entre les dispositions *informationnelles* et celles *contractuelles*[20]. Cela a pour conséquence que certaines stipulations, pourtant présentes sur le document signé par les parties, échappent à leur nature apparemment contractuelle. Il ressort néanmoins de la jurisprudence que la rémunération[21], la qualification[22] et la durée du travail sont des éléments contractuels. La conséquence est logiquement que la modification de ces éléments contractualisés nécessite l'accord de l'employeur du salarié. À l'inverse, l'employeur peut

---

[16] Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, note J.-J. DUPEYROUX, *À propos de l'arrêt Société Générale*, Dr. soc., 1996, p. 1067.

[17] C. trav., art. L. 1221-1.

[18] J.-E. RAY, *La mobilité du salarié, aspects individuels*, Dr. soc., 1989, p. 432.

[19] *Infra n° 112 et s.*

Pour un développement sur l'intérêt d'appliquer des mécanismes du droit civil en droit du travail, v. notamment A. SUPIOT, *Pourquoi un droit du travail ?*, Dr. soc., 1990, p. 487 et s.

[20] S. MAILLARD-PINON, *Contrat de travail : modification*, 11-12, Rép. Dalloz Trav., 2015.

[21] Cass. soc., 25 avril 2001, n° 99-43009.

[22] Cass. soc., 6 avril 2011, n° 09-66818, note H.-K. GABA, *La modification du contrat de travail par réduction des responsabilités et prérogatives du salarié*, Dr. soc., 2011, p. 803.

unilatéralement modifier les autres éléments du « *rapport de travail* »[23]. À côté de ces éléments, existe un flou portant sur divers éléments, notamment le lieu de travail. Par principe, l'indication du lieu de travail ne constitue qu'une information ; l'employeur peut donc, dans une certaine mesure, le modifier unilatéralement.

11. - Mobilité et modification du contrat de travail. Parce que le contrat de travail supporte la relation de travail et donne un statut salarié au titulaire du contrat, force est d'admettre que la mobilité du salarié passe par une modification des éléments du rapport de travail, contractuels ou simplement informationnels. En cela, le droit de la mobilité s'apparente à un droit de la modification du contrat de travail[24]. Ce changement dans le rapport de travail constitue le mouvement sous-entendu par la définition littéraire de la mobilité. Son expression la plus classique est la modification du lieu de travail, le mouvement, au sens propre du terme, se caractérisant par un déplacement géographique.

Mais une mobilité figurée peut tout aussi bien être acceptée d'un point de vue juridique, laissant au terme *mobilité* le loisir de se développer de manière très large. Professionnelle, interne, externe, choisie ou subie…

12. - Mobilité géographique. De toutes les acceptions de la mobilité, il en est une qui attire plus régulièrement l'œil du juriste ; il s'agit de la mobilité géographique. Cela est dû au fait que la définition même de la mobilité équivaut à celle de la mobilité géographique. De fait la doctrine s'épanche plus facilement dessus[25].

En matière de mobilité géographique, le lieu de travail est l'élément le plus important. Il est généralement stipulé dans le contrat ; la mobilité géographique entraine donc, au moins en apparence, une modification du contrat de travail. Mais le droit du travail étant une discipline qui ne peut se dissocier de la matière économique, la force apparente du contrat doit se concilier

---

[23] P. LOKIEC, Droit du travail, Tome 1, *Les relations individuelles de travail*, PUF, Thémis, 2011, p. 221.

[24] Y. FROMONT, *L'avenir des clauses de mobilité*, Dr. soc., 2011, p. 919.

[25] A. MARTINON, *op. cit.* : « *La mobilité est naturellement protéiforme : il y a la mobilité géographique ; il y a la mobilité professionnelle. S'agissant de la seconde, elle passe souvent par une promotion et s'accompagne, le cas échéant, d'une formation. Mais dans la mesure où ce type de mobilité présente juridiquement moins de difficultés (du moins pour le moment), la présente analyse sera principalement tournée vers la mobilité géographique* ».

avec les impératifs de gestion de l'entreprise. Comme le souligne le professeur A. Martinon, « *l'intérêt de l'entreprise en droit social n'est pas l'intérêt social du droit de l'entreprise* »[26].

La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi élaboré une véritable doctrine de la modification du contrat de travail en matière de mobilité géographique. Tout d'abord, les juges du fond ont créé la notion de *secteur géographique*, qui permet de considérer qu'une mobilité décidée par l'employeur n'en est pas une, évitant ainsi à ce dernier de devoir recueillir le consentement du salarié au sujet de la modification du lieu de travail[27]. Hors ce cas, l'employeur peut avoir inséré une clause de mobilité dans le contrat de travail ; de fait, la modification est acceptée par le salarié, de manière anticipée, et s'assimile alors à la simple exécution du contrat de travail. Mais si la validité de la clause en tant que telle ne pose guère de problème, il en est tout autrement concernant la mise en œuvre de ces clauses[28], qui doit être conciliée avec les droits fondamentaux du salarié depuis un arrêt *Stéphanie M*, du 14 octobre 2008[29].

13. - Mobilité professionnelle. Sans doute trop général, le terme de *mobilité géographique* est absent du Vocabulaire juridique initié par le professeur Cornu. Ceci, à l'inverse du terme de *mobilité professionnelle*, qui est d'ailleurs la seule entrée concernant la notion de mobilité.

La mobilité professionnelle est ainsi définie comme l'« *adaptation aux changements dans la qualification des emplois, rendue nécessaire par le progrès technique et les modifications des structures économiques* » [30]. Cette définition renvoie à l'aspect le plus important de la mobilité professionnelle, qui est la formation des salariés. Cela consiste à permettre au salarié d'évoluer, non pas de manière géographique, mais dans les tâches qui lui sont confiées. Ce n'est pas un même travail dans un lieu différent, mais un travail différent, quel que soit le lieu. Car bien souvent, la mobilité professionnelle peut être accompagnée d'une mobilité géographique, notamment en cas de promotion d'un salarié à un poste plus important. Hors le cas d'une promotion, la mobilité professionnelle se retrouve plus simplement dans le droit d'accès, pour

[26] *Ibid*.

[27] F. CANUT, *Le secteur géographique*, Dr. soc., 2011, p. 923.

[28] J.-E. RAY, *Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ?*, Dr. soc., 2011, p. 909.

[29] Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523, *Stéphanie M*, note P. LOKIEC, *La mise en œuvre des clauses contractuelles*, D., 2009, p. 1427 ; obs. G. AUZERO, RDT, 2008, p. 731.

[30] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, Quadrige - Dicos Poche, 2011, p. 660.

toute personne, à la formation professionnelle. Cette prescription se retrouve, tant dans les textes internationaux[31], que les textes de droit interne[32].

L'objectif de la formation professionnelle apparait dans la sixième partie du Code du travail, relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie[33] ; la formation professionnelle a notamment pour objectif le maintien dans l'emploi.

Si le droit du travail, et spécialement le droit de la formation professionnelle, a connu des évolutions importantes, il n'en reste pas moins que c'est principalement sur l'employeur que repose le droit de la formation professionnelle[34]. Dans le Code du travail, l'article L. 1233-4 interdit ainsi à l'employeur de licencier pour motif économique, s'il n'a réalisé tous les efforts de formation et d'adaptation du salarié[35]. La mobilité professionnelle apparait donc comme un vecteur d'évitement du licenciement économique[36] ; l'obligation est grande, l'employeur risquant, à défaut d'efforts suffisants, de se voir condamner pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'obligation à la charge de l'employeur apparait encore à l'article L. 6321-1 du Code du travail, qui dispose que l'employeur veille à l'adaptation des salariés à leur poste de travail et à leur capacité à occuper un emploi.

Mais la mobilité professionnelle ne se résume pas à la formation professionnelle. Le changement de poste sans formation consiste également en une mobilité professionnelle. Le plus fort contentieux de ce type de mobilité se retrouve dans le cadre d'un projet de licenciement économique, quel qu'en soit le nombre. Il incombe alors à l'employeur une obligation de reclassement de chaque salarié menacé de licenciement, sur un autre poste de l'entreprise.

---

[31] *Infra n° 53, 66, 67 et s.*

[32] *Infra n° 74 et s., 341, et s., 446 et s.*

[33] C. trav., art. L. 6311-1 : « *La formation professionnelle continue a pour objet de favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle des travailleurs, de permettre leur maintien dans l'emploi, de favoriser le développement de leurs compétences et l'accès aux différents niveaux de la qualification professionnelle, de contribuer au développement économique et culturel, à la sécurisation des parcours professionnels et à leur promotion sociale* ».

[34] B. SIAU, *La mobilité professionnelle*, Dr. soc., 2011, p. 883.

[35] C. trav., art. L. 1233-4 : « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie* ».

[36] B. SIAU, *op. cit.*

Abstraction faite d'une éventuelle et nécessaire formation, le changement de poste du salarié s'analyse en une mobilité professionnelle. Cette obligation de reclassement est la dernière possibilité d'éviter ce qui est couramment appelé la mobilité externe.

14. - Mobilité interne et externe. À côté, donc, de la mobilité géographique ou professionnelle, se développe une autre *summa divisio*. Les types de mobilité déjà évoqués peuvent tout à fait s'inscrire dans une mobilité que l'on qualifiera d'interne, puisque l'employeur peut, sous condition, imposer ou accompagner ces mobilités au sein de son entreprise.

Cette mobilité interne géographique existe dans le cas d'une entreprise à établissements multiples. Il en est différemment dans le cas des groupes de sociétés, la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant annulé une clause de mobilité intragroupe. En effet, une mobilité intragroupe signifie un changement d'employeur, ce que ne peut accepter, par avance un salarié[37]. Le contrat de travail constitue donc, dans une certaine mesure, une limite à la mobilité géographique.

À l'inverse, la mobilité externe est souvent une manière « pudique » d'évoquer une restructuration des effectifs de l'entreprise, quelle que soit la forme des suppressions de postes choisie, par l'employeur, afin de parvenir à son objectif. Mais parce que la mobilité externe regroupe plusieurs catégories juridiques - licenciements, ruptures amiables -, les manuels de droit du travail n'évoquent que rarement cette mobilité sous cet intitulé. Seuls, généralement, les travaux de doctrine reprennent cette dénomination, qui a le mérite de permettre une réflexion d'ensemble sur des catégories différentes. Cette dénomination est, par ailleurs, utilisée quel que soit le nombre de salariés concernés par la restructuration, même s'il est vrai que l'actualité et les juristes posent leur attention sur les grands licenciements collectifs - plus de dix salariés sur une même période de trente jours. La raison est simple ; les conséquences sur l'emploi sont beaucoup plus importantes, et cela « impacte » directement un ou des bassins d'emploi.

[37] Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 07-44200, note G. AUZERO, *Les clauses de « mobilité » intragroupe condamnée*, RDT, 2009, p. 647, note F.-J. PANSIER, *Clause de mobilité L'Oréal - parce qu'elle ne vaut rien*, Cah. soc., 1 avril 2012, n° 240, p. 118.

15. - Mobilité choisie ou subie. Au-delà des effets de telle ou telle mobilité, une distinction peut se faire par l'instigateur de celle-ci. La différenciation entre mobilité choisie et subie est, peut-être, celle qui pose le moins de difficultés. Mais dans les faits, si les deux aspects existent, la mobilité choisie n'aboutit normalement pas à un contentieux. De fait, seule la mobilité subie présente un véritable intérêt au regard du droit du travail, qui s'attache, en particulier, à la protection du salarié. Elle concerne principalement l'aspect géographique de la mobilité ; parfois son aspect professionnel.

Contrairement au droit de la fonction publique, qui autorise beaucoup plus facilement une mobilité géographique choisie[38], la mobilité choisie dans les entreprises privées s'avère par ailleurs beaucoup plus rare, à tout le moins, comme cela a été dit, beaucoup moins problématique. Cette étude portera donc presque exclusivement sur les cas les plus problématiques, c'est-à-dire les personnes en réelles positions de subordination du fait de leur contrat de travail.

16. - Mobilité et subordination[39]. En 2013, les catégories des ouvriers et employés constituent 48,9 % de la population active ayant un emploi ; si ce chiffre a légèrement diminué entre 2011 et 2013 - moins 4 % environ -, il n'en reste pas moins qu'environ la moitié de la population française ayant un emploi est dans un état de subordination certain, ne laissant guère de doute quant à leur possibilité d'obtenir, ou au contraire de refuser, une mobilité. Si l'on y ajoute les professions intermédiaires, le pourcentage de la population salariée en état de subordination était, en 2013, de 66,4 % ; ce chiffre atteint 83,9 % si l'on y ajoute les cadres et les professions intellectuelles supérieures.

De manière heureuse, il apparait néanmoins que le contentieux de la mobilité reste relativement rare. Les cas soulevés par la Chambre sociale de la Cour de cassation relèvent souvent de « cas d'école ». Tel est, par exemple, le cas d'une consultante en congé parental à temps partiel, qui refuse une mobilité de trois mois pour des raisons familiales[40]. Comme cela

[38] Pour la fonction publique d'État : loi n°84-16 du 11 janvier 1984, articles 60, 61, 62 et 83 ; pour la fonction publique territoriale : loi n°84-53 du 26 janvier 1984, articles 41, 51, 52 et 54.

[39] Source INSEE.

[40] Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523, *Stéphanie M*, note P. LOKIEC, *La mise en œuvre des clauses contractuelles*, D., 2009, p. 1427 ; obs. G. AUZERO, RDT, 2008, p. 731.

a été souligné par un auteur, tous les salariés ne contestent pas l'exécution de leur contrat de travail, et en particulier une clause de mobilité[41]. Plus encore, les entreprises, qui ont à mettre en œuvre des clauses de mobilité, n'ont généralement aucun intérêt à forcer une mobilité, y compris en présence d'une clause de mobilité ; une discussion est donc généralement engagée au moment de la mise en œuvre de la clause pour savoir si le salarié est, en pratique, mobile[42]. La mobilité apparait ici comme « *un concept RH* »[43]. Toutefois, les apports de la loi de sécurisation de l'emploi, en matière de mobilité géographique interne, pourrait changer la donne[44].

17. - La polysémie de la notion de mobilité en droit du travail, qui englobe des mécanismes très différents les uns des autres, oblige à une prise de distance avec toutes les acceptions de la notion, au risque, sinon, de se cantonner à un travail de description, qui n'aurait que peu d'intérêt scientifique. Il est donc nécessaire de tenter un regroupement des acceptions autour d'une notion unitaire.

II. L'émergence de la notion de mobilité

18. - Mobilité traditionnelle. La stabilité en droit du travail s'est incarnée par la montée en puissance du contrat de travail à durée indéterminée, notamment depuis l'une des ordonnance *Auroux* du 5 février 1982, disposant que le contrat de travail à durée indéterminée devient le contrat de travail de droit commun[45]. Associé au principe de la force obligatoire des conventions, le contrat de travail a donc de plus en plus de mal à cohabiter avec l'idée d'une mobilité du salarié ou d'une quelconque évolution de la relation de travail. Mais cette

[41] Y. FROMONT, *L'avenir des clauses de mobilité*, Dr. soc., 2011, p. 919.

[42] *Ibid*.

[43] F. FAVENNEC-HÉRY, *Les variables de la mobilité*, JCP S, n° 11, 18 mars 2014, 1104.

[44] *Infra n° 343 et s.*

[45] Ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982, modifiant les dispositions du Code du travail, relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi que certaines dispositions du code civil.

V. également le rapport intitulé *Les droits des travailleurs*, remis au Président de la République et au Premier ministre, par Monsieur le Ministre du Travail J. AUROUX, dit *rapport Auroux*, p. 12 (septembre 1981).

prescription se heurte au principe de réalité, qui rend impossible le maintien inébranlable de la relation de travail, sans modification aucune, pendant, il fut un temps, plusieurs dizaines d'années, du fait des impératifs économiques fluctuants.

Deux possibilités se présentent donc à l'employeur. Soit il anticipe une modification, soit il est obligé de renégocier la relation de travail avec le salarié. Si l'employeur décide de négocier, il risque de se voir opposer le refus du salarié, qui n'est aucunement obligé d'accepter une modification de son contrat de travail. Par contre, l'hypothèse la plus avantageuse pour l'employeur est sans aucun doute d'avoir prévu une faculté de modification unilatérale du contrat de travail.

En matière de mobilité, l'employeur soucieux de prévoir l'évolution de son entreprise aura ainsi inséré une clause de mobilité géographique, voire professionnelle ou fonctionnelle, au contrat de travail de son salarié. Selon la formule du professeur Ripert, « *contracter c'est prévoir* »[46] ; un employeur qui a contractualisé la possibilité de modifier le lieu d'exécution du contrat de travail ne fait ainsi qu'exécuter le contrat de travail, et la Chambre sociale de la Cour de cassation n'y voit donc pas une modification du contrat de travail exigeant l'accord du salarié.

Cette distinction de la Chambre sociale entre les modifications du contrat de travail et le simple changement des conditions de travail résulte du nécessaire équilibre à préserver, entre l'intérêt de l'employeur ou de l'entreprise, et celui du salarié[47].

19. - Évolution du contexte économique. Si la situation ne semble pas problématique à première vue, il faut la contextualiser avec l'évolution du chômage depuis le milieu des années 1970.

Un ensemble de facteurs explique cet accroissement du chômage. Certains pointent le « choc pétrolier » de 1974, d'autres, la construction européenne et la globalisation, ou encore l'évolution technique caractérisée par l'arrivée des nouvelles technologies. Sans doute ces facteurs sont-ils liés, entrainant un ensemble de conséquences. Mais des facteurs sociologiques

[46] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1948, p. 144.

[47] A. MARTINON, *Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence*, *op. cit.*

expliquent également cette hausse du chômage, notamment l'augmentation du nombre de personnes en âge de travailler dans les années 1970, en raison du « baby-boom » de l'après Seconde Guerre mondiale. L'on peut également citer le développement de l'éducation et une évolution culturelle, entrainant, par exemple, une arrivée accrue des femmes sur le marché du travail[48].

20. - Dynamique européenne. S'il existe donc un ensemble de facteurs, une place importante doit être faite au développement de l'Union européenne et à la globalisation.

Historiquement, la vocation de l'Union européenne, au moment de sa création, est d'instaurer une paix durable en Europe, après les évènements de la Seconde Guerre mondiale. L'une des causes de la montée de l'idéologie nazie en Allemagne, au cours des années précédant janvier 1933, étant la situation économique désastreuse de l'Allemagne, les pères fondateurs de l'Europe ont l'intuition de réunir les intérêts économiques de l'Allemagne et de la France. La construction de l'Europe s'est donc faite autour d'échanges économiques. Cette mise en commun des intérêts a abouti à un espace de libre échange - libre circulation des personnes, des capitaux et des services -, et sert les objectifs d'une mobilité bénéfique.

Aussi, l'histoire de la construction européenne apparaît comme argument pour la mobilité. La libre circulation apparait nécessaire pour assurer une paix durable. De fait, la mobilité tire profit des arguments en faveur de la mise en commun des intérêts économiques.

21. - Contexte national. D'un contexte européen favorable à la mobilité, s'est ainsi créée une dynamique favorable à la mobilité, qui s'est peu à peu propagée au droit interne. Mais cette propagation de la mobilité dans le droit français ne s'est pas limitée à la mobilité géographique comme l'ouverture des frontières aurait pu le laisser penser ; l'ouverture des frontières a entrainé une avalanche de conséquences sur l'emploi.

La mise en place des principes de libre circulation des personnes et des services et celui de la liberté d'établissement ont contribué à la mise en concurrence des législations sociales[49]. Le

[48] E. MALINVAUD, *Les causes de la montée du chômage en France*, Revue Française d'Économie, vol. 1, n° 1, 1986, p. 50.

[49] A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie - la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 64 : « *le darwinisme social* ».

droit du travail français s'est ainsi vu confronté à des modèles juridiques parfois, souvent, moins protecteurs, ce qui a contribué à l'établissement de la production industrielle hors des frontières. En parallèle de ce phénomène d'expatriation de la production, le principe de la libre prestation de service a autorisé la venue de travailleurs étrangers en France, afin de réaliser des prestations selon un régime social avantageux[50]. À l'inverse, des entreprises françaises se sont également installées hors des frontières nationales, dans le but de diminuer les coûts de production.

22. - Exigence de simplification du droit du travail. C'est en réponse à cette concurrence croissante, que des souhaits de réforme du droit du travail, dans le sens d'un assouplissement du droit du travail, voient le jour[51]. Ils sont nombreux, les auteurs, à plaider en faveur d'une refonte du droit du travail. Parfois pour une refonte totale[52], d'autres fois pour une « sauvegarde » du Code du travail, sans exclure pour autant l'idée d'une réforme[53]. La critique porte principalement sur le droit de la rupture du contrat de travail, jugé trop compliqué à mettre en œuvre, notamment dans le cadre d'une procédure de licenciement économique collectif ; le corollaire de ce reproche fait au droit du travail est qu'il constitue un frein à l'embauche. La demande principale est donc celle d'une flexibilisation de la relation de travail, notamment portée par le MEDEF.

23. - Équilibre propre au droit du travail. Il n'est pas certain que le droit du travail soit de plus en plus simple, en témoigne les adjectifs et surnoms donnés au Code du travail ; il serait « obèse » ou constituerait un « millefeuille ». Malgré cela, les tentatives de réforme du droit du travail sont néanmoins nombreuses, sans, pour autant, parvenir à cette simplification souhaitée. Ainsi, diverses lois sont entrées en vigueur depuis la fin des années 1990, dont certaines ont apporté de profonds changements par rapport à la logique qui guidait

[50] Directive n°2006/123/CE ; *infra n° 37, 48, 100.*

[51] P. CAHUC et F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, La Documentation Française, 2004, J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La documentation Française, 2010, J.-D. COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, 2015.

[52] J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail*, Dr. soc., 2013, p. 17.

[53] P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail !*, Éd. Odile Jacob, coll. Corpus, 2015.

principalement et jusqu'alors le développement du droit du travail, à savoir une certaine protection croissante du salarié dans l'entreprise.

Mais comme l'a souligné le professeur Lyon-Caen, le droit du travail a toujours su s'adapter à son époque ; tantôt au service de l'employeur, tantôt à l'avantage des salariés. Le droit du travail dépasse ainsi la simpliste affirmation selon laquelle ce droit n'aurait pour fin que de « *protéger le travailleur salarié, partie faible au contrat de travail, placé en outre en état de subordination au cours de son exécution* »[54]. Comme le Droit en général, le droit du travail est une perpétuelle recherche d'équilibre, une recherche du juste[55], un « *équilibre (toujours instable) entre les besoins des entreprises - employeurs, et les revendications de ceux qui travaillent pour elles* »[56].

III. Vers un impératif de mobilité

24. - D'une mobilité dans l'entreprise… Notre étude consistera alors, dans un premier temps, à présenter l'évolution de la notion de mobilité. D'une mobilité géographique autorisée par le droit, voire encouragée, mais plus certainement rendue indispensable au maintien de l'activité économique, notre étude montrera que la *mobilité* s'est développée au-delà de sa définition la plus classique, géographique.

25. - … à une mobilité sur le marché du travail. Alors que le salarié est généralement mobile de manière interne, dans la relation de travail, vis-à-vis de son employeur, les développements de la *mobilité* montrent un salarié plus seulement partie au contrat de travail, mais partiellement objet de celui-ci. C'est le cas dans les formes atypiques d'emploi, où la mobilité n'est pas considérée au stade de l'exécution du contrat de travail, mais comme

[54] G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 3.

[55] C. LARROUMET et A. AYNÈS, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL*, *tome 1 - Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. CORPUS DROIT PRIVÉ, 6ème éd., 2013, p. 5 : « *le droit apparait comme un art du juste et du bon, (*ars aequi et boni*)* ».

[56] G. LYON-CAEN, *op. cit.*

condition de formation de ce contrat. L'on retrouve cette forme de relation de travail notamment dans le mécanisme des groupements d'employeurs, le travail temporaire ou encore le portage salarial, qui sont des mécanismes de mise à disposition du salarié[57].

Cette mobilité posée en condition de la relation de travail amène logiquement à s'interroger sur l'émergence d'une obligation de mobilité pour le salarié. L'évolution de la relation entre Pôle-emploi et les demandeurs d'emploi pose la même interrogation ; la notion d'offre raisonnable d'emploi et le « fléchage » des formations proposées aux demandeurs d'emploi vont dans le sens d'une « quasi obligation » d'être mobile, géographiquement, mais également professionnellement. C'est déjà le cas à l'étranger, où des salariés sont formés, d'office, à certains métiers[58].

26. - Regard comparatiste sur la mobilité[59]**.** La France n'est, en effet, pas le seul pays à flexibiliser la relation de travail. Le « modèle danois », mais aussi le système néerlandais, sont ainsi souvent présentés en exemples de réussite sociale et économique ; ils se caractérisent notamment par une relation de travail très souple, mais assortie d'importantes allocations chômage[60]. En cela, il se distingue du modèle anglais, qui offre énormément de flexibilité - *via* notamment les *bad jobs* -, mais très peu de garanties sociales. Le modèle américain est proche du modèle anglais, en ce qu'il est fortement orienté vers une flexibilité externe, notamment pour les franges les plus pauvres de la population, qui accumulent les emplois peu qualifiés et peu rémunérés.

En Allemagne, les « lois *Hartz* » - quatre lois successives de janvier et avril 2003, janvier 2004 et janvier 2005 - ont également fait évoluer le modèle de ce pays, flexibilisant la relation de travail, mais privilégiant néanmoins une mobilité interne - horaires et salaires -, à la mobilité

---

[57] *Infra n° 171 et s., 198 et s.*

[58] *Infra n° 409.*

[59] Pour des développements, v. A. ALLOUCH, *L'argument de droit comparé en droit du travail. Recherche sur le comparatisme d'intimidation*, thèse en préparation (dir. A. MARTINON et M. LE FRIANT), Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

[60] P. D'IRIBARNE, *Le chômage paradoxal*, PUF, Économie en liberté, 1990, p. 71, *in* F. GAUDU, *L'organisation juridique du marché du travail*, Dr. soc., 1992, p. 941 ;

v. aussi F. GAUDU, *De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité*, Formation Emploi, janvier-mars 2008, n° 101, p. 71 ; F. CANUT, *Le contexte européen de la flexicurité*, Dr. soc., 2014, p. 668.

externe, ceci par la reconnaissance d'un principe de proximité, et non pas de faveur ; ont toutefois été créés des « *mini jobs* » extrêmement précaires[61].

En comparaison, la France représente l'archétype du modèle traditionnel, basé sur une protection encore forte de la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée et un contrôle relativement efficace de la part du juge. Notre étude montrera néanmoins que le « modèle français » évolue, en raison d'« attaques » plus ou moins vives de la part du législateur[62].

Ces évolutions progressives de la mobilité, posée de plus en plus comme un impératif, reflètent non pas seulement la simple image de la mobilité, mais celle d'un droit du travail en mutation. En effet, l'étude de différentes réformes, qui ont touché le droit du travail depuis plusieurs décennies, et plus récemment la loi de sécurisation de l'emploi, montre la mobilité comme un impératif, la présente comme une « normalité ».

27. - Définition d'un impératif. Accolé au terme de loi, cette dernière devient d'ordre public[63]. Aussi, *impératif* peut désigner un « *commandement inflexible* »[64]. Néanmoins, ces définitions ne peuvent s'appliquer à la mobilité, celle-ci ne découlant pas de la loi, ni d'une quelconque norme juridique. Plus certainement, la mobilité peut être considérée comme un « *objectif essentiel* »[65]. Reste à déterminer à qui cet objectif est assigné, et à qui il profite. Malgré l'imprécision juridique d'un *impératif*, arrêtons-nous sur l'idée qu'il s'agit d'une « force » ou d'une « pression » imposée au salarié, telle qu'il n'a guère le choix de s'y soustraire.

28. - Impérativité de l'accord collectif. Dans ce même esprit, cette étude sera l'occasion de s'interroger sur la supériorité de l'accord collectif sur le contrat de travail ; mais également sur l'instrumentalisation de ce collectif à travers deux aspects : la négociation et la notion d'emploi[66]. Car différentes réformes sont intervenues pour imposer certains types d'accords

---

[61] *Infra n° 449*

[62] *Infra n° 414, 423 et s.*

[63] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, Quadrige - Dicos Poche, 2011, p. 519 : « *Le mot impératif peut toujours être remplacé par l'expression d'ordre public* ».

[64] *Ibid*.

[65] *Ibid*.

[66] V. *Partie II, Titre I, Chapitre 2.*

collectifs au contrat de travail, même à ceux conclus antérieurement. Peuvent être cités les accords de réduction du temps de travail, issus de la loi du 19 janvier 2000, dite *Aubry II*, qui entrainent le licenciement pour motif personnel du salarié refusant l'application de l'accord de réduction du temps de travail[67]. La loi de sécurisation de l'emploi, du 14 juin 2013, offre, elle aussi, deux autres exemples d'accord s'imposant au salarié ou entrainant son licenciement.

L'on assiste donc à une évolution progressive du droit du licenciement, qui se juxtapose à des évolutions régulières du droit de la formation professionnelle, l'idée étant de fluidifier le *marché du travail*, en adaptant notamment les demandeurs d'emploi à la demande de main-d'œuvre. La recherche de l'équilibre entre les intérêts de l'employeur et du salarié[68] peut alors être dépassée par une nouvelle recherche d'équilibre entre une nouvelle dualité d'intérêts, celui du salarié toujours, mais opposé, cette fois, à l'intérêt de la collectivité[69].

Confronté à un *intérêt collectif*, il apparait que le salarié ne s'inscrit plus nécessairement dans son emploi, au sens de poste de travail, mais dans un parcours professionnel, redéfinissant l'*emploi*, qui est devenu un « discours », un argument à même de valider toute réforme[70], le professeur J. Icard avançant, par ailleurs, que « *favoriser la mobilité des salariés sur le marché du travail est devenu l'objet implicite, voire explicite, de toute réforme du droit social* »[71].

29. - Plan. Fort de cette hypothèse, notre étude nous amènera à établir la reconnaissance d'un impératif de mobilité en droit du travail (Partie II), ce qui nécessite d'identifier préalablement les manifestations de la mobilité (Partie I).

PARTIE I : LES MANIFESTATIONS DE LA MOBILITÉ

PARTIE II : LA RECONNAISSANCE D'UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ

---

[67] Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, art. 30 – II.

[68] A. MARTINON, *op. cit.*

[69] *Infra n° 421 et s.*

[70] *Infra n° 418*, T. AUBERT-MONPEYSSEN, *Valeur juridique d'un accord de maintien de l'emploi*, D., 1998, p. 480.

[71] J. ICARD, *Analyse économique et droit du travail* (dir. G. LOISEAU), thèse dactyl., Paris I, 2011, p. 322.

Partie I

LES MANIFESTATIONS DE LA MOBILITÉ

30. - Manifestation. Selon le dictionnaire *Littré*, une manifestation est l'« *action de rendre manifeste* ». Concernant la mobilité, il est nécessaire d'identifier ses *manifestations*, qui permettent de rendre compte de la notion, et plus sûrement, de son évolution.

31. - Source de la mobilité. Les manifestations sont diverses. Il est possible de faire état d'une mobilité répondant à la définition traditionnelle de la mobilité[72]. Il est également possible d'identifier une mobilité qui s'éloigne de sa conception traditionnelle, car ne se contentant pas de rendre mobile le salarié dans son entreprise. Néanmoins, cette prise de distance entre la mobilité principalement géographique, et des mobilités plus atypiques s'explique ; la mobilité traditionnelle restant tout de même utile aux entreprises, elle n'est plus suffisante pour répondre aux défis de la globalisation, dont le fort accroissement de la concurrence.

Seront donc traité successivement les applications traditionnelles de la mobilité (Titre I) et les développements en forme de corruption de la mobilité (Titre II).

[72] *Supra n° 8.*

Titre I

LES APPLICATIONS TRADITIONNELLES DE LA MOBILITÉ

32. - La mobilité géographique étant une faculté au bénéfice de l'employeur, elle serait traitée dans cette partie, contrairement à la mobilité professionnelle, qui est avant tout une obligation pesant sur l'employeur, qui sera donc traitée ultérieurement.

La notion de mobilité s'est déployée de différentes manières dans l'ordre juridique français. Notamment, ce dernier s'enrichit continuellement du droit européen et international, vecteurs important de la mobilité. Le développement des échanges internationaux y contribue. La source de ces échanges se trouve principalement dans le droit européen, qui a institué un espace de libre-échange, et a créé un cadre adéquat à même de développer ces échanges et de les sécuriser. La mobilité est ainsi soutenue par des dynamiques internationales (Chapitre 1), même si les mécanismes obéissent ensuite au droit interne (Chapitre 2).

Chapitre 1

Les dynamiques internationales de la mobilité

33. - La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne est dotée d'une force juridique depuis 2009, par le truchement du Traité de Lisbonne[73]. L'article 15 de la Charte est intéressant du point de vue de la mobilité, car il prévoit une *liberté professionnelle* et un *droit de travailler*. Est notamment proclamé un droit, pour tout ressortissant d'un État membre, de chercher un emploi et de travailler. Cette disposition vise donc la mobilité du salarié, tout comme la disposition qui la précède, et qui permet à tout ressortissant d'exercer toute profession librement choisie ou acceptée. La nuance apportée par la Charte, entre ce qui est de l'ordre du choisi et ce qui est de l'ordre de l'accepté, va dans le même sens, celui d'une application aussi bien aux travaux exercés sous la forme libérale, que salariée. Pour consolider le tout, la Charte reprend de manière on ne peut plus logique le principe d'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et migrants[74].

À travers la liberté de travailler, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne proclame ainsi un droit à la mobilité pour les travailleurs de l'Union. Si ce droit existait déjà - le marché commun ne pouvant se passer de cette liberté économique en 1957 -, ce qui est plus

[73] L'article 151 du Traité FUE fait une référence directe à cette charte.

[74] Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens de l'Union.

récent est l'extension de cette liberté à tous les citoyens de l'Union, et non plus aux seuls travailleurs, puisqu'elle date des accords de Schengen du 14 juin 1985, puis de la Convention du même nom, du 19 juin 1990. Ce droit à la mobilité se trouve ainsi renforcé par ladite charte.

L'approche globalisante du droit international fait de la liberté de travailler un vecteur privilégié de la mobilité. Conjointement, les différents ordres juridiques - européen et international - organisent et incitent à une mobilité du salarié au-delà des frontières nationales. Une partie de ces règles a pour vocation de poser un certain nombre de libertés, visant à encourager la mobilité (Section 1), une autre partie de ces règles a pour objectif d'aménager la mobilité en coordonnant les législations propres à chaque État (Section 2).

Section 1. LA MOBILITÉ ENCOURAGÉE

34. - Depuis ses débuts, le droit de l'Union européenne est majoritairement économique. L'organisation de ce nouveau marché du travail, composé de systèmes juridiques indépendants, a nécessité la proclamation de certaines règles afin de concrétiser les objectifs européens ; c'est le cas du droit relatif à la circulation des personnes, qui encourage la mobilité géographique des citoyens de l'Union européenne, et donc des travailleurs. Inhérent à la mise en place du marché unique voulu par les pères fondateurs de l'Union européenne, le droit de se déplacer pour trouver un emploi est également défendu par le Conseil de l'Europe. En effet, la convention européenne sur le statut juridique du travailleur migrant proclame notamment le droit de sortir du territoire d'un État signataire afin d'aller travailler sur celui d'un autre[75].

Mais comme le souligne le professeur B. Teyssié, le salarié qui se déplace sur le territoire de l'Union européenne ne se déplace pas afin de « *répondre à un emploi effectivement offert* »[76],

[75] Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, art. 4 : « *Toute Partie contractante garantit au travailleur migrant les droits ci-après :*

- le droit de sortie du territoire de la Partie contractante dont il est ressortissant ;

- le droit à l'admission sur le territoire de l'une des Parties contractantes pour y occuper un emploi salarié lorsque, ayant obtenu les documents requis, le travailleur migrant y a préalablement été autorisé ».

[76] TFUE, art. 45.

mais se déplace dans le cadre d'une relation de travail déjà existante[77]. De fait, le principe de libre circulation des travailleurs ne concerne pas le salarié. À l'inverse, c'est le principe de libre prestation de service qui doit s'appliquer.

Afin d'encourager la mobilité sous la forme d'une prestation de service, les États - parfois *via* une organisation régionale - se sont engagés sur la voie d'une harmonisation - sinon d'une coordination - des droits nationaux afin d'offrir un cadre cohérent et protecteur au salarié, premier acteur socioéconomique à être confronté à la mobilité. Ce cadre passe par l'ouverture des frontières et la liberté de circuler (§ 1), mais aussi, donc, par une certaine harmonisation des droits possiblement applicables à la relation de travail (§ 2).

§ 1. Le droit de circuler dans l'Union européenne

35. - Déjà engagé dans une relation de travail, le salarié mobile ne voit pas son statut soumis au principe de libre circulation des travailleurs. En matière de salariat, c'est la libre circulation afin de « prester » qui s'applique, tout du moins dans le cadre communautaire (I). Mais afin de ne pas totalement déréguler les marchés nationaux, qui se sont organisés afin d'offrir cohérence et sécurité au consommateur, il est indispensable de vérifier les qualifications ou compétences des personnes amenées à effectuer la prestation de service sur un territoire autre que le leur. Par ailleurs, l'absence de reconnaissance des qualifications rendrait ineffective la liberté du travail (II).

I. Le principe nécessaire de libre prestation de service

36. - Principe. Le principe de la libre prestation de service est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne. Il permet à toute entreprise de faire exécuter, par un salarié, des tâches

[77] B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Lexisnexis 2013, 5ème éd., p. 179.

découlant d'un contrat de travail de droit interne, sur le territoire d'un autre État de l'Union européenne. De fait, ce principe est fondamental dans l'établissement du marché unique, permettant une mobilité largement facilitée du salarié[78]. Cependant, cette mobilité bénéficie, avant tout, aux entreprises, et non aux salariés.

37. - Application du principe. La directive du 16 décembre 1996[79] organise l'application du principe de libre prestation de service. Ainsi, le texte s'applique à toutes les entreprises établies dans un État membre. La conséquence est l'égalité de traitement entre une entreprise nationale et une autre détachant un salarié dans le cadre d'une prestation de service transfrontalière. L'égalité de traitement implique notamment une égale rémunération entre le travailleur détaché et ceux travaillant pour une entreprise du pays où a lieu le détachement. Le statut du salarié est indifférent, qu'il soit salarié exécutant une tâche à l'étranger directement pour le compte de son employeur, ou qu'il soit détaché au sein du groupe, ou encore salarié intérimaire envoyé à l'étranger[80]. Dans tous les cas, le principe d'égalité de traitement est strictement associé à celui de la libre prestation de service. L'association de ces deux principes est à même de favoriser la mobilité des salariés, mais surtout de favoriser la concurrence au sein de l'Union européenne. Au surplus, il est ajouté que les entreprises étrangères ne peuvent pas, non plus, bénéficier de conditions plus favorables pour prester.

Au sens de la directive, l'égalité de traitement se caractérise par une application du droit du travail local au salarié détaché dans le pays d'accueil. C'est donc une égalité de traitement qui s'applique plus au salarié qu'à l'entreprise elle-même, celle-ci restant localisée dans le pays étranger[81].

38. - Application du droit conventionnel. Dans l'hypothèse où la législation est d'origine conventionnelle, les matières concernées sont énumérées par la directive. L'on peut citer à ce

---

[78] TFUE, art. 56 : « *Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation* ».

[79] Directive 96/71/CE du 16/12/1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

[80] Directive 96/71/CE du 16/12/1996, art. 1er.

[81] Il existe des exceptions, notamment lorsque le détachement a pour objet l'installation d'un bien, qui est le complément d'un contrat principal ; si l'installation dure moins de 8 jours, la réglementation sur la rémunération minimale ou les congés ne s'applique pas.

titre la rémunération, les congés payés ou le temps de repos, comme principaux éléments de la réglementation travailliste à appliquer uniformément aux travailleurs locaux et détachés[82]. Pour que tel soit le cas, le droit négocié doit être d'application générale, c'est-à-dire - pour la France -, que les conventions doivent avoir été étendues.

Il est à souligner que les matières visées par la directive, pour lesquelles l'application doit être uniforme, ne constituent pas une liste exhaustive. L'État peut imposer, aux sociétés nationales comme étrangères, des règles sociales dans d'autres matières que celle prévues par la directive. Le texte n'a ainsi pas pour objectif une harmonisation totale de la législation travailliste, mais donc uniquement partielle.

Au-delà de cette liberté de « prester » sur un territoire de l'Union européenne, le droit européen s'est attaché à faciliter la circulation des travailleurs en prévoyant un régime de reconnaissance des différents diplômes. Le principe de libre prestation de service se trouve ainsi encadré afin que les services librement accomplis le soient dans un cadre juridique sécurisé pour le client, professionnel ou consommateur.

II. Un principe rendu effectif par la reconnaissance des qualifications professionnelles

39. - Effectivité de la liberté de travailler. La liberté de travailler nécessite, pour être effective, la reconnaissance des qualifications professionnelles. La directive du 7 septembre 2005 organise ainsi un régime de reconnaissance des différentes qualifications, au regard des formations suivies dans chacun des États membres.

Le texte s'inscrit dans la stratégie de Lisbonne qui voulait faire de l'économie de l'Union Européenne « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration

[82] La directive prévoit une dérogation à l'application du droit négocié sur la rémunération, si la durée de la prestation est inférieure à un mois, et si les partenaires sociaux ont été consultés. Cela est possible en fonction des us et coutumes de chaque pays, ce qui est assez peu explicite.

quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale »[83]. Malgré l'échec reconnu de la stratégie de Lisbonne, la reconnaissance des qualifications est vraisemblablement un facteur de cohésion sociale au sein de l'espace européen. Cette reconnaissance est prépondérante pour l'établissement d'un marché uni, notamment concernant les professions réglementées. Cette reconnaissance permet, par ailleurs, le déploiement des libertés économiques, telles que le principe de libre prestation de service ou celui de la liberté d'établissement.

40. - Reconnaissance des qualifications. La directive 2005/36/CE de la Commission européenne aborde cet aspect des plus importants de la mobilité des salariés, et a été plusieurs fois modifiée[84]. L'objectif de cette directive est de systématiser la reconnaissance des qualifications entre les différents pays de l'Union Européenne, puisque sans cela, la liberté de travailler se trouve entravée ; c'est le principe de reconnaissance mutuelle qui guide cette logique. La genèse de ce texte se trouve dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en son article 53. Il vise à promouvoir la liberté d'entreprendre pour les travailleurs non-salariés ; ce n'est donc pas la mobilité des salariés qui est originairement visée par le traité. Malgré cela, la directive 2005/36/CE aborde également les activités salariées[85].

La reconnaissance des diplômes ou qualifications est aussi importante pour une activité indépendance que pour une activité salariée. En cas de salariat, son importance est même prépondérante pour le niveau de rémunération auquel le salarié peut prétendre. L'absence de reconnaissance d'un diplôme pourrait entraîner une discrimination en raison de la nationalité, puisqu'à compétence égale, le salaire serait différent ; cela diminuerait d'autant la mobilité des salariés.

---

[83] Conclusions du Conseil européen, 23-24 mars 2000.

[84] Textes modifiant la directive : Directive 2006/100/CE du Conseil du 20/11/2006 ; règlement n° 1430/2007 de la Commission du 5/12/2007 ; règlement n° 755/2008 de la Commission du 31/07/2008 ; règlement n° 1137/2008 du Parlement européen et du Conseil du 22/10/2008 ; règlement n° 279/2009 de la Commission du 6/4/2009 ; règlement n° 213/2011 de la Commission du 3 mars 2011 ; rectificatif du 16/10/2007 ; rectificatif du 4/04/2008.

[85] Directive 2005/36/CE, considérant (1) : « *En vertu de l'article 3, paragraphe 1, point c), du traité, l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes et des services constitue un des objectifs de la Communauté. Pour les ressortissants des États membres, il s'agit notamment du droit d'exercer une profession, à titre salarié ou non salarié, dans un autre État membre que celui où ils ont acquis leurs qualifications professionnelles* ».

41. - Les professions réglementées. Ces professions sont celles dont l'accès et l'exercice sont subordonnés, par la loi, à une formation déterminée ; cela n'inclut pas toutes les professions nécessitant un diplôme mais celles dont la loi organise ou limite l'exercice. Sur ce point le droit européen n'est pas des plus précis puisqu'il semble limiter les professions réglementées à la nécessité d'une simple formation[86]. Or la majorité des professions nécessitent un diplôme pour exercer. Également, la directive exige un titre de formation, y compris pour une profession non réglementée. De cette manière, un simple diplôme et donc une simple formation ne peut qualifier à elle seule une profession réglementée.

Il faut alors entendre par formation *règlementée*, celle qui est *réglementée par la loi* ; la Cour de justice de l'Union européenne a ainsi rappelé à plusieurs reprises la définition d'une profession réglementée, et surtout son articulation avec le principe de la libre prestation de service[87]. La Cour va dans le sens d'une interprétation stricte de la définition des professions réglementées afin d'en limiter le nombre. Le raisonnement est logique, les institutions européennes souhaitant aller dans le sens d'une plus grande libéralisation du marché communautaire. Notion nationale à l'origine, les professions réglementées font partie du champ de compétence de l'Union européenne car elles sont une entrave à la libre circulation des services. La question de la justification de ces entraves fait débat, toujours est-il que les réglementations qui existent autour de ces activités sont établies pour protéger les usagers de ces professions.

42. - Régime de reconnaissance dans le cadre de la libre prestation de service. Lorsqu'il s'agit d'une simple prestation de service transnationale, c'est-à-dire une prestation ponctuelle, les formalités sont minimalistes. Le travailleur n'a pas à demander de reconnaissance de sa formation puisque ses interventions sur le territoire d'accueil sont résiduelles. Il ressort de l'article 5 de la directive que les États ne peuvent restreindre l'exercice de la libre prestation de

[86] Directive 2005/36/CE, 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, art. 3.

[87] CJUE, 5/04/2011, aff. C-424/09, *Toki* : quant à la reconnaissance de l'expérience professionnelle, est exigé deux ans effectifs d'exercice effectif de la profession ; 17/03/2011, aff. C-372/09 et C-373/09, *Josep Peñarroja Fa* : sur la définition d'une profession réglementée - pour exemple, la profession d'expert près la Cour de cassation ; 5/04/2011, aff. C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable contre Ministre du Budget* : sur l'impossibilité d'interdire totalement la publicité pour les professions réglementées – pour exemple, les experts-comptables.

service si le prestataire est légalement établi dans son pays d'origine, et s'il a exercé pendant au moins deux ans au cours des dix dernières années. Le législateur européen précise toutefois que la condition de l'expérience n'est exigée que pour les professions non règlementée dans le pays d'établissement. À l'inverse, les professions règlementées dans l'État membre d'établissement sont exonérées de la preuve de l'expérience.

Dans un souci de sécurisation de la qualité des services, les États peuvent, avant une première prestation, exiger de la part du professionnel une déclaration auprès de l'autorité compétente. En France, c'est la DIRECCTE du lieu de la prestation qui reçoit ces déclarations, préalablement à la prestation de service[88].

43. - Cas des organismes professionnels. Lorsqu'un professionnel local a l'obligation de s'inscrire auprès d'un organisme professionnel afin d'exercer, l'inscription des prestataires étrangers se fait de manière automatique après une première déclaration d'activité à l'autorité compétente[89]. Cependant, la justification de cette déclaration est fondée sur l'éventuel besoin d'appliquer des mesures disciplinaires pour ces professions règlementées, et non dans un but d'entraver la mobilité. D'ailleurs l'inscription est automatique afin de ne pas retarder la mise en œuvre de la prestation.

En tout état de cause, des professions ayant des implications en matière de santé ou de sécurité publique[90] nécessitent une reconnaissance plus formelle des compétences. Cette reconnaissance n'est alors pas automatique comme c'est généralement le cas dans le cadre de la libre prestation de service. L'autorité compétente peut alors vérifier les compétences, de manière proportionnée. En cas de différence importante entre les diplômes des deux États, une épreuve d'aptitude peut être organisée. Tout est ainsi fait de manière à limiter les contraintes à la libre prestation de service. Cela contribue naturellement à la mise en œuvre du marché unique européen. Mais l'importante différence entre les règles régissant la libre prestation de service et celles ayant trait à la liberté d'établissement interroge.

[88] La déclaration comprend la preuve des assurances professionnelles nécessaires.

[89] En France, cela se fait auprès de la DIRECCTE.

[90] Directive 2005/36/CE, art. 7.

44. - Régime de reconnaissance dans le cadre de la liberté d'établissement. Contrairement au principe de la libre prestation de service, la liberté d'établissement n'a pas autant été libéralisée. Cette liberté reste soumise à une reconnaissance plus approfondie des qualifications. Il existe un régime général de reconnaissance des qualifications, s'appliquant lorsqu'un régime spécial est absent ou lorsqu'une situation d'un ressortissant ne correspond à aucun régime spécifique.

45. - Régime général. Le régime général est dit de « *reconnaissance automatique* »[91]. Il concerne tout d'abord une partie des activités industrielles, commerciales et artisanales ; une liste des professions concernées se trouve dans l'annexe IV de la directive et couvre un champ d'application très large[92]. Le caractère automatique, pour ce type de professions, est tout de même soumis à une vérification de l'expérience professionnelle. Si la reconnaissance de qualification semble se faire principalement au profit des indépendants ou des chefs d'entreprise, elle est également prévue pour les salariés ayant exercé un certain nombre d'années. Est aussi possible un cumul d'années en tant que salarié et indépendant, ou encore comme indépendant puis chef d'entreprise[93].

Les régimes spécifiques sont la reconnaissance par l'expérience professionnelle, et la reconnaissance sur la base de conditions minimales de formation. Ce dernier régime s'applique principalement aux professions médicales. Il y a donc trois régimes différents, selon que la profession soit réglementée - exigence d'un diplôme et d'une expérience -, juste soumise à des connaissances générales - exigence d'une expérience professionnelle -, ou au contraire strictement encadrée, comme c'est le cas pour les professions médicales ou paramédicales ou d'architecte[94].

---

[91] Directive 2005/36/CE, art. 21.

[92] Textile, bois, chaussures, le travail du cuir, l'édition, restauration et hôtellerie, studio de photographie, etc.

[93] D'autres dispositions sont prévues pour la reconnaissance automatique des professions de médecin, infirmier, dentiste, vétérinaire, sage-femme, pharmacien et architecte. Cette reconnaissance automatique est conditionnée par des critères de durée des études ; il est par exemple prescrit que la formation des médecins comprend au moins six années d'études et 5 500 heures d'enseignement. Il est également question d'une harmonisation des connaissances des futurs médecins[93]. La délivrance du diplôme vaut preuve auprès des autorités des pays tiers.

[94] Pour ces dernières, l'équivalence des formations est soumise à un nombre d'heure d'enseignement théorique et pratique.

Concernant les conditions minimales de formation, la directive classe les qualifications professionnelles en cinq niveaux distincts, qui sont essentiels pour la coordination de la reconnaissance des qualifications. De cette manière, la directive exige que le niveau de qualification du ressortissant soit au minimum du niveau immédiatement inférieur à celui requis dans l'État d'accueil[95]. Lorsque la profession n'est pas réglementée dans le pays d'établissement, il est demandé au travailleur voulant exercer sa profession dans le pays d'accueil de justifier de deux années d'expérience professionnelle à temps plein au cours des dix dernières années.

46. - Intérêt d'une reconnaissance facilitée. Outre la reconnaissance des qualifications qui est indispensable, la facilité de cette reconnaissance revêt une importance toute aussi grande. La directive du 7 septembre 2005 insiste donc, non pas seulement sur une équivalence des formations, mais sur une véritable reconnaissance du diplôme avant de pouvoir exercer directement sous l'intitulé original du diplôme obtenu dans le pays d'origine. La reconnaissance est, dans la plupart des cas, dite automatique. Cela signifie, non pas que l'on peut aller exercer à l'étranger sans aucune formalité, mais que la reconnaissance du titre d'exercice se fait relativement rapidement, étant soumise à peu de formalités. Si la reconnaissance n'est pas automatique pour certaines professions liées à la santé, une vérification des compétences peut se faire, sans que les États n'abusent de cette prérogative pour entraver la libre prestation de service ; la proportionnalité est ainsi exigée.

47. - Sur la différence de régime. Cette différence de régime pour une simple prestation occasionnelle ou un établissement durable pose quand même question. Sur quel critère cela repose-t-il ? La qualité de la prestation, qu'elle soit occasionnelle ou régulière, ne nécessite-t-elle pas la même qualité ? Il est évident que de trop lourdes formalités pour exercer très occasionnellement sur un territoire pourrait constituer une entrave à la libre prestation de service, mais alourdir la procédure pour la même prestation effectuée de manière régulière n'a alors que peu de sens. L'Union européenne tend à développer la mobilité, en recherchant un compromis entre le développement économique et la sécurité requise pour l'exercice de chaque profession. Si la sécurité visée n'est pas directement la sécurité de l'emploi, l'encadrement juridique de certaines professions participe à la fois à la sécurisation professionnelle et à la

[95] D'après la classification établie par la directive 2005/36/CE.

protection des usagers. Il est ainsi impossible de séparer ces deux pans de la notion de sécurité, la confiance en une profession provenant, en partie, de sa rigueur, qui, elle, provient pour partie de son encadrement législatif ou réglementaire. Ainsi, une fois la confiance des usagers perdue, c'est l'économie de la profession qui se trouve remise en cause.

48. - Vers une libéralisation accrue. Est illustré un manque de cohérence dans la législation européenne, puisque la même prestation est soumise à un régime très différent, selon qu'elles sont régulières ou ponctuelles[96]. La flexibilité est donc privilégiée pour les prestations occasionnelles, quand la sécurité prévaut pour la liberté d'établissement. Si la seconde affirmation est normale, la première ne va que dans le sens de l'économie, au détriment de l'humain. Si l'on peut souhaiter une remise à niveau des exigences pour le principe de libre prestation de service, il est loisible d'imaginer, compte tenu des orientations prises par l'Union européenne, que la prochaine étape ne sera pas dans le sens de la sécurité, mais plutôt de la flexibilité.

La communication de la Commission européenne du 12 juin 2012 abonde dans ce sens de la libéralisation du marché des services, qui représente 65 % du PIB de l'Union européenne. Cette communication indique la possibilité pour l'Union européenne de faire encore progresser de 2,6 % la part des services dans le PIB total de l'Union. Dès 2006, la directive *Services*[97] avait mis sur le devant de la scène la volonté de l'Union Européenne de tendre vers une libéralisation accrue des services ; cette directive avait alors été vivement critiquée quant aux risques de *dumping* social de la part des nouveaux pays adhérents. Toutefois, le champ de la directive ne représente que 45 % du PIB de l'UE, contre donc 65 % pour la totalité des services. La stratégie *Europe 2020*, dont l'un des objectifs est la croissance, ne fait que renforcer ce mécanisme d'ouverture du marché. Pour y arriver, la Commission a indiqué, lors de sa communication de 2012, une volonté de fer en parlant de « *tolérance zéro* », en désignant les entraves au principe de libre prestation de service.

49. - L'harmonisation des règles. L'article 15 de la directive prévoit la possibilité pour les organisations professionnelles représentatives, tant au niveau national qu'européen, d'établir

[96] Il convient d'en partie nuancer ces propos. Dans le cadre de la liberté d'établissement, l'exercice d'un certain nombre de formation est autorisé sur la seule preuve d'une expérience professionnelle.

[97] Directive 2006/123/CE, dite directive *Bolkestein*, du nom du commissaire qui a présenté le texte.

une « *plate-forme commune* » par profession. Cela représente un cahier des charges qui contient les critères considérés comme essentiels par chaque profession. Cela permettrait de rendre plus efficace le principe de reconnaissance des formations, à condition bien sûr que des critères efficaces et convergents puissent être identifiés pour chaque profession. Cette volonté de plates-formes communes pourrait, d'une manière plus large, engager une réforme des formations professionnelles afin de les rendre volontairement plus proches les unes des autres. Cette harmonisation des professions s'accompagnerait alors également d'une harmonisation des règles professionnelles applicables. Reste à savoir si les organisations professionnelles sont attirées par ce mouvement voulu par l'Union européenne, ou si elles ne préféreront pas conserver leur particularisme, afin de ne pas trop faciliter l'arrivée de nouveaux professionnels, et ainsi limiter la concurrence.

§ 2. Les droits applicables au travailleur circulant

50. - Les traités fondateurs de l'Union européenne ont eu le mérite de faciliter les échanges commerciaux ; la contrepartie de cette hyper libéralisation des échanges a été l'explosion de la concurrence entre des entreprises du monde entier. Si, auparavant, les entreprises françaises se *partageaient* un secteur d'activité donné, elles sont aujourd'hui confrontées à la concurrence d'entreprises issues d'autres systèmes juridiques, parfois et même souvent, moins contraignants que le système français. De fait, afin de favoriser une mobilité *positive*, les États ont tout intérêt à tendre à une harmonisation de leur législation. Ceci de manière à ne pas décourager un salarié *a priori* réticent à changer son lieu de travail pour une destination, sinon exotique, au moins hors des frontières nationales. La loi du 19 mai 2010 allait dans ce sens, en tentant de garantir une juste rémunération aux salariés reclassés à l'étranger[98].

Au niveau supranational, différents ordres juridiques cohabitent et tentent d'assurer une saine concurrence, sinon simplement d'organiser cette concurrence. Selon leur champ

[98] Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010, visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement.

d'influence, il est possible de mettre en exergue les outils au service de la mobilité des salariés. Cet ensemble de normes, qui agit sous forme de strates, tente une harmonisation des systèmes juridiques, avec pour objectif d'assurer au salarié une protection minimale quel que soit l'État dans lequel il se trouve. Certaines règles sont propres à l'Union Européenne (I), d'autres au Conseil de l'Europe (II), et enfin certaines règles tendent à s'appliquer au niveau mondial, ces dernières ayant pour origine l'Organisation Internationales du Travail (III).

I. L'harmonisation nécessaire des législations au sein de l'Union européenne

51. - Le droit de l'Union européenne et les droits de l'Homme. Si au niveau de l'Europe territoriale, se distinguent deux ordres juridiques - l'Union européenne et le Conseil de l'Europe -, ces derniers ont de plus en plus tendance à se rejoindre, l'Union européenne faisant des références directes à la Convention EDH[99]. De plus, l'Union Européenne s'est pourvue d'outils propres en ce qui concerne la protection sociale des travailleurs, ceci n'empêchant pas les juridictions européennes de faire des références directes à la Convention EDH[100] et à la Charte sociale européenne, issues toutes deux du Conseil de l'Europe[101]. Il existe donc une forte protection de droits fondamentaux au bénéfice du travailleur, au sein de l'Union européenne.

52. - Autoriser la mobilité. Le premier objectif de l'Union européenne était d'autoriser la mobilité, ce qu'ont fait les traités fondateurs. Mais uniquement autoriser la mobilité sans lui donner un semblant de cadre cohérent est inutile. C'est pour cette raison qu'il est nécessaire qu'un cadre commun existe, de manière à ce que la traversée des frontières ne soit pas seulement la quête d'un droit moins exigeant concernant la protection des travailleurs, mais avant tout la recherche de nouveaux contrats commerciaux, dans l'unique but de développer l'économie de l'entreprise. Là est le récif contre lequel se heurte actuellement le droit de la protection sociale,

[99] L'article 6 du traité sur l'Union Européenne dispose que « *l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention, en tant que principe généraux du droit communautaire* ». Disposition introduite dans le traité de Maastricht du 7 février 1992 par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

[100] CJCE, 4 février 2000, aff. C-17/98.

[101] TFUE, art. 151.

alors que le développement de normes travaillistes transnationales permet à tout le moins des conditions de travail équivalentes pour tous les travailleurs. Dans cet esprit, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise l'objectif de « *rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives* ».

53. - Créer un cadre. Au-delà d'une harmonisation des législations à travers le droit dérivé, qui ne fait d'ailleurs qu'assurer l'égalité de traitement, sans véritablement harmoniser le droit du travail en Europe, il existe un droit qui dépasse les frontières nationales pour s'imposer uniformément dans tous les États appartenant à l'Union européenne. C'est le cas, notamment, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou de la Charte sociale européenne, issue du Conseil de l'Europe.

L'origine clairement sociale de l'Union européenne se concrétise avec la signature, en 1989, de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. C'est le premier texte communautaire à consacrer des droits au profit des travailleurs, tels que la liberté de circulation ou la formation professionnelle. En 1997, un accord sur la politique sociale de l'Union européenne est incorporé au traité d'Amsterdam sur le fonctionnement de l'Union, renforçant la volonté d'ajouter, au volet économique, un volet social dans l'Union. Le Traité sur l'Union Européenne évolue dans la même direction avec l'objectif affiché d'une Europe tendant au « *plein emploi et au progrès social* »[102].

S'inspirant de la Convention EDH et de la charte communautaire des droits sociaux des travailleurs, l'Union européenne a élaboré son propre texte, avec une coloration clairement issue du Conseil de l'Europe ; la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne est ainsi proclamée le 7 décembre 2000. À côté des droits tel que l'interdiction du travail forcé, se trouve le droit de tout citoyen de l'Union à travailler dans tout État membre, ce qui est un facteur de mobilité géographique, mais aussi le droit à la formation, favorisant normalement une plus grande mobilité professionnelle.

D'effet incertain, elle a acquis une pleine autorité juridique par le truchement du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, obtenant par la même une autorité égale aux traités[103].

[102] TUE, art. 3, § 3.

[103] TUE, art. 6, § 1.

Différents droits sont ainsi protégés de manière forte par le droit communautaire, participant à la liberté du travailleur et plus spécialement du travail salarié. Si elle ne porte pas le titre de charte *sociale*, les droits qui y sont inscrits sont tous exclusivement attachés au travail d'une manière ou d'une autre, mettant en exergue l'aspect économique, objectif premier de l'Union[104].

54. - Encourager la mobilité. L'élaboration d'un tel texte est un encouragement à la mobilité. Si l'ouverture des frontières est une aubaine pour les entreprises, il reste à assurer la protection des travailleurs mobiles. Comme souvent, ce n'est pas tant le salarié étranger qui serait floué en venant travailler en France, mais le salarié français qui irait éventuellement travailler dans un autre État à la législation moins protectrice. En proclamant des droits fondamentaux au profit des travailleurs, l'Europe espère rassurer le salarié, et, de fait, l'encourager être mobile.

55. - Négociation collective au niveau communautaire. Un autre pan de l'harmonisation du droit du travail en Europe est visible lorsque l'on observe la procédure d'élaboration des directives communautaires, dans laquelle les syndicats représentatifs au niveau européen peuvent reprendre à leur compte un projet de texte et négocier son contenu. La difficulté se trouve dans la manière de donner une force à ce texte négocié[105]. Le choix du renvoi à une négociation nationale afin de reprendre le texte négocié au niveau européen en droit interne est une possibilité, mais qui, en pratique, peut mener à des divergences entre les textes. L'autre moyen est de donner force obligatoire au texte négocié par une décision réglementaire. Ainsi, les signataires transmettent à la Commission européenne, qui, elle, transmet le texte au Conseil européen[106].

Le choix de passer par l'une ou l'autre des voies de transposition du texte négocié se fait selon le thème abordé par ledit texte. Ainsi, il apparait que les textes négociés au niveau européen, dont le thème n'est pas dans le champ de compétence de l'Union européenne, passeront par la voix de la négociation nationale dans chaque État, alors que les textes négociés

[104] Pour exemple : interdiction du travail forcé/travail des enfants ; condition de travail décente ; égalité homme/femme au travail ; intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ; négociation collective ; droit de grève.

[105] B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 72.

[106] TFUE, art. 155.

dans le champ de compétence de l'Union européenne passeront nécessairement par la voix règlementaire[107]. Cela induit que la négociation peut aller au-delà des compétences communautaires, quand bien même la procédure est organisée par l'Union elle-même. Est-ce alors encore du droit communautaire ? La question se pose, puisque, *in fine*, le texte qui sera appliqué dans chaque pays n'a ni été pris par une instance communautaire[108], ni n'a été pris dans le champ de compétence de l'Union européenne. À considérer ce droit comme étant communautaire, cela revient à étendre sans limite les compétences de l'Union européenne en matière de travail[109].

II. L'efficacité du droit du Conseil de l'Europe

56. - L'ordre juridique établi par le Conseil de l'Europe pose des règles communes fondamentales à tous les États adhérents. Outre des mesures en matière de sécurité sociale, il existe deux textes qui tentent une harmonisation de la protection des travailleurs, en posant un certain nombre de droits fondamentaux ; il s'agit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (A) et de la Charte sociale européenne (B).

A. L'intérêt de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit du travail

57. - En 1950, le Conseil de l'Europe adopte la Convention EDH. Ce texte reprend les grandes lignes de droits déjà proclamés mais jamais vraiment protégés. Ainsi, dans les propos introductifs de la Convention, est faite une référence expresse à la Déclaration universelle des

[107] B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 71.

[108] B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 67. Les syndicats considérés comme représentatif au niveau européen se sont, entre eux, considérés comme représentatifs.

[109] Pour exemple : l'accord du 7 février 2001 dans le secteur des télécommunications, conclu en matière de télétravail.

droits de l'Homme de 1948. La création, en 1959, de la Cour européenne des droits de l'Homme suit cette logique, en assurant un contrôle effectif du respect de la Convention par les États. Toutefois, malgré ces avancées apparentes au niveau international, force est de constater les réticences nationales à se soumettre à une norme non étatique. La France ne ratifie la Convention qu'en 1974, soit quinze ans après la création de la juridiction de contrôle. Cette dernière critique est à relativiser puisque le recours individuel d'un particulier contre un État n'est possible que depuis 1981, après que toutes voies de recours internes aient été épuisées ; avant cette date, seuls les États parties pouvaient saisir la Cour pour la violation d'un droit par un autre État partie.

58. - Objectif premier de la Convention EDH. La Convention EDH consacre des droits fondamentaux au profit des particuliers. Elle ne vise donc pas expressément des personnes ayant un statut prédéfini ; tous les droits décrits sont pour tous, excluant une spécificité pour les travailleurs. Pourtant, si la volonté première des rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'Homme ne visait pas forcément le statut du salarié, les juridictions ont su donner à ce texte l'application la plus étendue. Qu'en est-il donc du droit relatif au contrat de travail ? Si la Convention ne vise pas explicitement ce droit-là, la Cour européenne a pu faire valoir quelques grands principes en matière sociale, par le truchement d'une jurisprudence souvent audacieuse.

59. - Sur la relation de travail. Si le contrat de travail en lui-même n'est pas visé par la Convention, la jurisprudence va agir sur une nébuleuse qui se trouve tout autour du contrat. En effet le contrat de travail - son contenu et son exécution - est régi par le droit du travail et les conventions collectives de travail[110]. Et l'encadrement de la relation de travail est justement une idée-force à même de favoriser la mobilité des salariés. La Convention EDH consacre ainsi des articles relatifs à l'interdiction du travail forcé[111] - thème que l'on retrouve, par ailleurs, dans les

[110] Un contrat de travail doit mentionner la convention collective à laquelle il est soumis.

[111] Conv. EDH, art. 4.

normes de l'OIT -, au droit à un procès équitable[112], qui s'applique donc au procès relatif au contrat de travail, ou encore la liberté syndicale[113].

60. - Autour de la relation de travail. En apparence éloignés de la relation de travail, certains articles de la Convention EDH trouvent toutefois application. Il en est ainsi de l'article 8 de la Convention consacré à la vie privée et familiale. Ce droit vient s'appliquer à la relation de travail, et permet au salarié de conserver, sur son lieu de travail, une certaine intimité. Tout ce qui se trouve ou se passe sur le lieu de travail ou pendant les heures de travail n'est pas forcément soumis au pouvoir de l'employeur ; certaines choses échappent à son pouvoir de gestion[114]. Ainsi, de manière progressive, la Cour avance dans le domaine du droit du travail. En droit français, l'article 8 connait une application diversifiée, notamment dans le domaine de la correspondance électronique privée effectuée grâce aux outils fournis par l'employeur[115], soit concernant le droit pour le salarié d'invoquer son droit à une vie personnelle et familiale afin de refuser une mobilité géographique[116]. Mais il n'est pas toujours aisé d'appréhender l'influence réelle de la Convention, les articles n'étant pas toujours visés par les décisions. Néanmoins, s'agissant de droits fondamentaux, leur protection au niveau supranational assure une juste protection du travail, même si la jurisprudence se contente parfois de ne viser que le droit interne.

L'acceptation d'un droit à une part d'intimité sur le lieu de travail a largement autorisé des possibilités pour, d'autres droits, de recevoir application, car touchant justement à la vie privée du salarié. C'est le cas de la liberté de religion, de la liberté d'expression ou du droit au libre choix du domicile. Rien d'étonnant, donc, à ce que la Convention EDH trouve une application en droit du travail. Si les droits mis en avant ne touchent pas directement la mobilité, la reconnaissance de certains droits au titre de droits fondamentaux permet que ces derniers soient

[112] Conv. EDH, art. 6.

[113] Conv. EDH, art. 11.

[114] Cour EDH, 3 avril 2007, n° 62617/00, *Copland c. Royaume-Uni*.

[115] Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45800 (présomption du caractère professionnel des messages) et cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40274 (présomption du caractère personnel du message si l'entête l'identifie clairement comme personnel), obs. J HAUSER, RTD civ., 2010, p. 75.

[116] Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523, *Stéphanie M*, note P. LOKIEC, *La mise en œuvre des clauses contractuelles*, D., 2009, p. 1427 ; obs. G. AUZERO, RDT, 2008, p. 731.

reconnus sur l'ensemble des territoires membres du Conseil de l'Europe, et favorisant ainsi la mobilité par une certaine homogénéité des législations.

61. - Protection de la liberté syndicale. La mobilité sera d'autant mieux perçue par un salarié si les droits des travailleurs sont reconnus et protégés. En ce sens, l'article 11 de la Convention, qui traite de la liberté syndicale, donne une garantie qui se veut, sinon rassurante, au moins encourageante afin de partir travailler à l'étranger. La décision de la Cour EDH *Demir et Baykara c/ Turquie* du 21 novembre 2006[117] en est l'illustration. Par cet arrêt la Cour se montre de plus en plus entreprenante en matière de droits liés au travail. La Cour EDH a relié le droit à la négociation collective à la liberté syndicale, et a donc considéré qu'une convention collective conclue entre un syndicat et une municipalité constituait pour ce syndicat le moyen principal ou unique de promouvoir et assurer les intérêts de ses membres. L'annulation de la convention collective conclue et appliquée depuis deux ans entre l'Administration et le syndicat constituait donc une ingérence dans la liberté d'association des requérants. Pour ce faire, et cela montre bien le fait que la Convention EDH n'a pas été originairement rédigée pour le droit du travail, la Cour va énoncer qu'il existait « *un lien organique entre la liberté syndicale et la liberté de conclure des conventions collectives* » et qu'en l'occurrence, « *le maintien de la convention collective en cause constituait une partie inséparable de la liberté syndicale* ».

Cette décision de la Cour montre clairement sa volonté d'agir au moins partiellement dans le domaine du travail. Toutefois, en droit français, la portée de cette décision semble assez limitée puisque la liberté syndicale et le droit de la négociation collective y sont bien ancrés.

62. - Le libre choix du domicile. Le principe fondamental du libre choix du domicile est en lien étroit avec la problématique de la mobilité ; il en est d'ailleurs, selon certains, le pivot[118]. Il est par ailleurs une des premières illustrations de la « fondamentalisation » du droit du travail, concept qui encourage à la découverte de nouveaux droits fondamentaux au bénéfice des

[117] Dans cette espèce, un syndicat turc avait signé une convention collective de travail avec une municipalité. Dans un litige concernant l'exécution de la convention collective, la Cour de cassation turque avait alors refusé la personnalité juridique au syndicat et avait donc annulé la convention collective, au moyen qu'à l'époque où le syndicat avait été fondé, la loi turque n'autorisait pas les fonctionnaires à fonder des syndicats et releva que le syndicat ne pouvait s'appuyer sur les conventions internationales pertinentes en la matière car elles n'étaient pas encore applicables en droit turc. En conséquence, elle conclut que le syndicat était dépourvu de personnalité juridique et qu'il n'était pas habilité à conclure une convention collective.

[118] A. TEISSIER, *Le logement : pivot invariable de la mobilité professionnelle*, JCP S, 18 Mars 2014, 1105.

salariés. Ce droit est de plus en plus invoqué dans la sphère sociale pour contrecarrer le pouvoir de l'employeur en ce qui concerne l'exécution du contrat de travail, et plus particulièrement la sphère de la mobilité géographique des salariés. Pour exemple, une assistante sociale avait, d'après son contrat, l'obligation de résider à moins de deux cent mètres de son lieu de travail afin de veiller au confort physique et moral de majeurs protégés. Malgré la tâche particulière qu'elle avait à accomplir, la Cour de cassation a tout de même invalidé la stipulation du contrat de travail en visant l'article L. 1121-1 du Code du travail[119], mais également l'article 8 de la Convention EDH sur le droit à une vie privée et familiale[120]. Le 28 février 2012, la Chambre sociale de la Cour de cassation vise directement la Convention pour l'appliquer au litige et protéger le libre choix du domicile par le salarié[121].

63. - Équilibre des intérêts en présence. Le choix d'associer à l'article 8 de la Convention EDH l'article L. 1121-1 du Code du travail a un intérêt. La référence à la juste proportion des décisions de l'employeur permet une certaine mesure dans l'appréciation de la liberté protégée. En l'absence de ce *visa*, l'article 8 de la Convention EDH aurait un caractère absolu qui ne laisserait aucune marge de manœuvre à l'employeur ; or il existe, même si ce n'était pas le cas en l'espèce, des situations où le choix du domicile doit pouvoir être encadré. La Convention ne permet pas de relativiser l'article 8, 1° puisque l'article 8,2° n'autorise d'atténuation que pour les autorités publiques[122]. Cela permet donc une prise en compte de certaines situations, même si en l'espèce, rendre la décision au visa de l'article L. 1121-1 ne semblait pas nécessaire.

64. - Influence de la jurisprudence de la Cour EDH en droit interne. Dans le même sens, une analyse de l'influence du droit européen sur le droit français avait été menée, et montrait entre autre que le seul *visa* ou les seules références explicites aux textes d'origines européennes ne permettaient pas d'avoir une vision globale de l'influence européenne sur les

[119] C. trav., art. L. 1121-1 : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

[120] Cass. soc., 28 févr. 2012, n°10-18308, obs. A. GARDIN, Dr. ouvr, juillet 2012, n° 768, p. 502.

[121] L'effet avait été encore plus important en 1999 lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation avait rendu une décision dans une affaire similaire au seul visa de la CESDH[121] ; elle avait tout simplement écarté le droit national de son visa, ce qui avait été critiqué par une partie de la doctrine.

[122] Ce qui peut être le cas des militaires.

décisions des juridictions françaises[123]. En effet l'influence est parfois invisible pour le profane du droit européen ; c'est en comparant les attendus que les similitudes apparaissent. En effet l'arrêt susmentionné - *Demir et Baykara c/ Turquie* du 21 novembre 2006 – de la CJUE déclarait que « *le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* » et également « *que les États demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs* ». Un exemple, autant remarquable que remarqué, est l'arrêt du 14 avril 2010 de la Cour de cassation qui déclare à son tour que « *si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs* »[124]. La lecture comparative des attendus met bien en évidence l'utilisation par la Cour de cassation des mêmes mots utilisés par la CJUE quatre ans plus tôt. L'influence européenne n'est ici pas remise en cause, puisque le *visa* est suffisamment explicite[125], mais c'est l'influence de la jurisprudence européenne précisément qui est à signaler ici.

B. La spécificité de la Charte sociale européenne en droit du travail

65. - Ce texte issu du Conseil de l'Europe contient un certain nombre de droits, que les États doivent respecter (1). Le contrôle du respect de la Charte est tout d'abord soumis à une

[123] J.-S. BERGÉ et R. LOLJEEH, *Dits et non-dits d'une recherche systématique de jurisprudence sur les bases de données*, *RTD* eur. 2012/2.

[124] Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60426 09-60429, note F. PECAUT-RIVOLIER, *La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens*, Dr. soc., 2010, p. 647 ; note J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation*, RDT, 2010, p. 374.

[125] « *Vu les articles 4 de la Convention n° 98 de l'organisation internationale du travail (OIT), 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et L. 2122-1, L. 2122-2 du code du travail* ».

instance prévue à cette effet - le comité européen des droits sociaux -, mais les juges nationaux effectuent également ce travail de contrôle de conformité du droit français avec le texte européen (2).

1. La multiplicité des droits

66. - Organisation de la Charte. La première partie de la Charte sociale fait référence à des objectifs que se fixent les États membres du Conseil de l'Europe. La deuxième partie du texte, quant à elle, reprend chacun des objectifs énoncés et les développent de manière relativement détaillée. Ce raisonnement en deux parties, opéré par les rédacteurs de la Charte, aurait pu faire penser à une volonté d'accorder l'effet direct au texte, ce qui, pendant, longtemps n'a pas été le cas. Différents éléments du droit du travail sont repris dans la Charte comme la rémunération, la liberté syndicale ou les conditions de travail. Seuls seront vus les points concernant la mobilité des salariés.

Citons pour débuter l'article 20 de la Charte qui pose un principe général de non-discrimination fondée sur le sexe. De manière plus générale, c'est un principe d'égalité des chances qui est posé au profit de chacun. Ce principe vient donc se superposer au principe de non-discrimination entre nationaux et migrants. Il est donc garanti par la Charte une égale rémunération, un égal accès à l'emploi ou encore un égal accès la formation professionnelle.

67. - La formation professionnelle. Cette référence explicite à la formation des salariés par la Charte sociale européenne montre bien la volonté ancienne d'un suivi du travailleur tout au long de sa carrière. Idée qui a depuis été reprise par la plupart des textes intéressants les droits sociaux, en droit international comme en droit interne, à commencer par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

La première référence se trouve au 10° de la Partie I de la Charte sociale et indique que « *toute personne a droit à des moyens appropriés de formation professionnelle* ». Le caractère général de cette disposition est proche de relancer le débat sur l'effet direct de la Charte, cette disposition faisant figure d'objectif social, et non d'un réel droit-créance. Il appartient toutefois

à chaque État de mettre en place cette formation professionnelle de manière adéquate pour permettre à toute personne d'accéder à une formation. Un doute est présent toutefois : rien n'indique si le caractère de la formation est initial ou continu. Dans le premier cas, cela limiterait l'objectif à la mise en place d'un simple système scolaire/universitaire, ce qui limite considérablement la portée de la Charte si c'est le cas, les pays d'Europe n'étant pas les derniers de la classe en matière d'éducation[126]. Dans le second cas – la formation continue – il appartient aux États de mettre en place un système permettant à chaque personne, salariée ou au chômage, de bénéficier d'une formation professionnelle, comme c'est de plus en plus le cas en France. Cette exigence européenne se retrouve par exemple dans le dispositif global de formation existant en France, qui a pris la forme du Compte Personnel de Formation (CPF) depuis la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

La partie II de la Charte sociale reprend le thème de la formation professionnelle en disposant que les États s'engagent « *à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées* »[127]. Cette seconde disposition sur la formation est bien plus explicite que la première qui laissait un doute sur le contenu de ce droit à la formation professionnelle. Les articles 9 et 10, qui portent respectivement sur l'orientation professionnelle[128] et sur le droit à la formation professionnelle, viennent renforcer cette obligation des États. L'article 10 est particulièrement détaillé, avec notamment la prise en compte de la formation des enfants comme des adultes (2°) ; l'on remarque aussi l'importance accordée à la formation tout au long de la vie en fonction de l'évolution technique (3°, b). Cette formation vise bien sûr les travailleurs (3°, a), ce qui met l'accent sur l'importance du maintien dans l'emploi. Logiquement les demandeurs d'emploi sont également concernés puisqu'à travers la Charte, les États se sont obligés à « *assurer ou à favoriser, en tant que de besoin, des mesures*

[126] L'Afrique subsaharienne, l'Asie Centrale et Asie de l'Est sont les régions les plus touchées par l'absence de scolarisation des enfants.

[127] Charte sociale européenne, Partie II, art. 1, 4°.

[128] « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'orientation professionnelle, les Parties s'engagent à procurer ou promouvoir, en tant que de besoin, un service qui aidera toutes les personnes, y compris celles qui sont handicapées, à résoudre les problèmes relatifs au choix d'une profession ou à l'avancement professionnel, compte tenu des caractéristiques de l'intéressé et de la relation entre celles-ci et les possibilités du marché de l'emploi ; cette aide devra être fournie, gratuitement, tant aux jeunes, y compris les enfants d'âge scolaire, qu'aux adultes* ».

particulières de recyclage et de réinsertion des chômeurs de longue durée »[129]. La notion d'employabilité est ainsi parfaitement présente.

La valorisation de la formation professionnelle est aujourd'hui un des moyens privilégiés pour assurer le maintien dans l'emploi, qui est indispensable à la bonne marche de l'économie, mais qui revêt également un rôle prépondérant dans l'image qu'a un Homme de lui-même, uniquement par le fait de travailler. Les sociologues du droit mettent souvent en avant la dignité retrouvée, corrélativement à un travail retrouvé, ce qui pose une interrogation fondamentale dans le choix du vocabulaire utilisé. Bien que le terme de « recyclage » soit entré dans le dictionnaire *Larousse* pour désigner la reconversion d'une personne active à travers la formation, il n'en demeure pas moins que le champ lexical fait, de prime abord, penser à la réutilisation des déchets. Pour redonner une certaine dignité à quelqu'un qui pense l'avoir perdue, il serait judicieux de modifier en premier lieu les choses les plus simples ; cela n'enlève rien, bien sûr, à l'importance de posséder un système de formation efficace.

68. - L'égalité dans les conditions de travail. L'article 2 de la partie II de la Charte sociale européenne ne fait plus référence à la formation, mais vise à ce que des conditions équivalentes de travail existent dans chacun des États membres du Conseil de l'Europe. Cet objectif élevé au rang de droit fondamental est un reflet du principe de non-discrimination que nous retrouvons de manière logique dans le droit de l'Union européenne puisque nécessaire à la mise en place d'un marché commun. Toutefois, ici, le texte n'a pas vocation à poser des règles objectives de droit du travail, mais à poser un socle commun qui regroupe entre autre le droit au repos ou le travail de nuit. Sans vouloir homogénéiser le droit du travail, le Conseil de l'Europe veille à imposer des conditions minimales équivalentes entre les différents États membres.

69. - Le droit à la vie familiale. La Charte sociale européenne s'est également appliquée à protéger le droit à la vie familiale, qui devient, depuis quelques années, un puissant contrepoids au pouvoir de gestion de l'employeur, notamment en matière de mobilité géographique. L'article 27 de la Charte vise ainsi à permettre la poursuite de leur carrière aux personnes ayant des responsabilités familiales. Un employeur doit ainsi faciliter le retour à l'emploi ou la poursuite dans son emploi pour toute personne. L'employeur doit même prendre des mesures

[129] Charte sociale européenne, Partie II, art. 10, 4°.

visant à tenir compte de la situation d'une personne ayant des responsabilités familiales, ce qui est normal mais pas forcément mis en pratique.

2. Le respect des droits

70. - Contrôle. L'absence de référence expresse au droit du travail dans le Convention se trouve sans doute dans la volonté des parties elles-mêmes. En effet, le Conseil de l'Europe a signé en 1961 et réformé en 1996 la Charte sociale européenne qui, comme l'indique son intitulé, est plus en adéquation avec la défense des salariés par rapport à leur contrat de travail[130]. Différents domaines relatifs au contrat de travail sont par exemple présents dans la Charte, notamment des règles sur les préavis en cas de licenciement ou les heures supplémentaires[131].

Depuis 1998, existe un système de saisine collective du Comité européen des droits sociaux[132], qui n'aboutit pas pour autant aboutir à des sanctions d'ordre pécuniaire. Le système de sanction est plutôt de l'ordre politique. Les États parties adressent des rapports au Comité sur l'application de la Charte ; si les rapports montrent une application défaillante de la Charte, le Conseil de l'Europe exercera une pression diplomatique, plutôt qu'une réelle sanction.

71. - Utilisation de la Charte par le juge. Le rôle de la Charte augmente néanmoins depuis plusieurs années. Ce texte, qui ne semblait avoir qu'une portée limitée, figure désormais dans

[130] Il est stipulé : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent :à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi ; à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ;à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs ;à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées* ».

[131] Si l'adhésion à la Charte permet une meilleure prise en compte du statut des salariés au niveau européen, il faut noter que la Charte peut n'être ratifiée que pour certains articles sur les trente-et-un qui la composent. Chaque État a pu donc se dégager de certaines obligations contraignantes en matière sociale.

[132] Le Comité européen des Droits sociaux (CEDS) a pour mission de juger la conformité du droit et de la pratique des États parties à la Charte sociale européenne. Dans le cadre du système de rapports nationaux, il adopte des conclusions et dans le cadre de la procédure de réclamations collectives, il adopte des décisions.
Le Comité se compose de 151 experts indépendants et impartiaux, élus par le Comité des Ministres pour un mandat de six ans, renouvelable une fois (Source : site internet du Conseil de l'Europe).

le *visa* de certains arrêts de la Cour de cassation, comme celui déjà évoqué du 14 avril 2010[133]. C'est, selon la doctrine, la première application explicite de la Charte sociale européenne dans un arrêt de la Cour[134]. Par la suite, d'autres décisions sont allées dans le même sens en visant directement la Charte. Par ces décisions, ce sont plusieurs articles qui ont été visés, ce qui a fait dire à certains auteurs que seules certaines dispositions de la Charte étaient pourvues de l'effet direct, les autres ayant un caractère trop général. Il faut toutefois relever que la Cour de cassation, quand elle fait référence à la Charte, ne prend pas un soin spécifique à vérifier les critères permettant l'effet direct de la norme internationale[135]. Cette dernière remarque laisse alors penser que c'est la Charte prise globalement qui serait pourvu de l'effet direct.

Selon la doctrine[136], la Cour de cassation a manqué l'occasion de consacrer explicitement l'effet direct de la Charte dans la décision portant sur le système de rémunération des cadres sous la forme de *forfait jours*[137]. En effet les juges ont ici visé l'article 151 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, qui fait une référence directe à la Charte sociale européenne, et donc à son article 2 §1 sur la durée du travail[138]. Cela laissait à penser que la Charte ne possède de force juridique que par le truchement du Traité européen. Cette référence indirecte paraît inutile pour deux raisons bien distinctes : d'une part, plusieurs fois le Comité européen des droits sociaux s'est prononcé contre le système de forfait jours, cela en visant

---

[133] Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426 09-60.429 : « *vu les articles (...) 5 et 6 de la Charte sociale européenne* » ; note F. PECAUT-RIVOLIER, *La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens*, Dr. soc., 2010, p. 647 ; note J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation*, RDT, 2010, p. 374

[134] C. NIVARD, *L'effet direct de la charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises*, RDLF 2012, chron. n° 28.

[135] Il existe traditionnellement deux critères quant à l'effet direct. Le premier critère est objectif. Il est exigé que le texte international, pour qu'il soit invocable par les particuliers, expose des droits suffisamment clairs, précis et inconditionnels[135]. En d'autres termes, il faut que la disposition puisse s'appliquer sans que l'État ait à préciser certains détails de la norme. Il faut qu'elle se suffise à elle-même. Le second critère est subjectif. Il sous-entend que les parties – les États – ont entendu conférer des droits directement au bénéfice des particuliers pour qu'ils puissent les invoquer. Parfois de manière horizontale - à l'encontre d'un autre particulier -, d'autres fois de manière simplement verticale - contre un État. C'est ici l'intention des parties qui est mise en avant.

[136] C. NIVARD, *op. cit.*

[137] Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 09-71107, note M.-F. MAZARS, S. LAULOM et C. DEJOURS, *Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011*, RDT, 2011, p. 481.

[138] « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties s'engagent : 1. à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent* ».

l'article 2 § 1 de la Charte sociale[139]. D'autre part, la Cour s'était déjà prononcée au *visa* de la Charte sociale *stricto sensu*, sans passer par la référence à l'article 151 du TFUE. Ainsi la Cour de cassation avait tous les éléments pour déclarer ce système forfaitaire comme non conforme à la Charte.

72. - L'efficacité du contrôle du Comité européen des droits sociaux. À la lecture de l'avis du Comité européen, on se rend compte que le système n'est pas condamné de manière péremptoire, mais qu'il souffre d'un manque de garantie, et qu'il est ainsi non conforme à l'article 2 § 1 de la Charte. Le comité soutient que la loi ne prévoit pas un encadrement suffisant de ce système par la négociation collective, et souhaite donc des dispositions plus explicites sur la durée journalière et hebdomadaire du travail. Le Comité se fonde là-dessus pour refuser la validité du système des forfait-jours. Dans son arrêt du 29 juin 2011, la Chambre sociale a donc pris acte des avis du Comité européen des droits sociaux. Non pas au sens strict d'une condamnation totale de ce système, mais en venant encadrer plus strictement ce système. La décision est ainsi rédigée : « *Attendu, encore, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* ». La condamnation du système des forfait-jours aurait eu un impact des plus importants sur les relations de travail et par voie de conséquence, sur les instances prud'homales. À une grande insécurité juridique, la Cour de cassation a préféré un encadrement plus strict du système ; cela laisse éventuellement aux employeurs la possibilité de revenir sur les conventions en place et éviter l'irrégularité des conventions passées. Cela n'empêche pas une partie de la doctrine d'être très critique envers une décision validant un avis du comité dépourvu de toute force juridique[140].

Pour en revenir au fondement de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, la Charte sociale n'est donc pas visée. Il n'y a pas d'explication vraiment cohérente à cela quand on sait que la Charte a déjà été visée dans des décisions antérieures. En visant l'article 151 du TFUE la Cour va, au contraire, donner un effet à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, alors que les faits de l'espèce datant d'avant 2009, la Charte ne

[139] Pour exemple : CEDS, 16 novembre 2001, CFE-CGC c. France, n° 9/2000.

[140] B. TEYSSIÉ, *Un nouveau droit du travail ?*, JCP S, n° 26, 30 juin 2015, 1234.

pouvait pas produire d'effets à cette date. C'est en effet en 2009 qu'entre en vigueur le traité de Lisbonne qui renvoie donc, dans son article 151, à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire.

Si le 28 juin 2011 la Chambre sociale de la Cour de cassation rend un arrêt au *visa* de l'article 151 du TFUE, c'est peut-être donc moins pour diminuer le rôle de la Charte sociale que pour mettre en avant de manière globale un maximum de normes sociales d'origine européenne. Cette dernière remarque est d'autant plus vraie que le *visa* ne se contente pas de viser l'article 151 mais explicite vraiment de la manière suivante : « *l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* ». L'on ne peut donc pas dire que ce *visa* cache l'importance de la Charte sociale puisqu'il y est fait explicitement référence, ce que pourtant certains auteurs lui reprochaient.

III. Des *minima* posés par l'Organisation Internationale du Travail

73. - Une mobilité inscrite dans le droit international. Dépassant les frontières de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe, le droit international se distingue des autres normes supranationales dans le fait qu'il n'est pas un droit régional, mais un droit à vocation mondiale. La prétention de ce droit à s'appliquer sur un immense territoire se heurte à la réalité des différences entre les systèmes politiques existant, ainsi qu'au niveau de développement de ces États. Toutefois, il est loisible de considérer ce droit international, parfois dépourvu de sanction, comme un modèle à copier. Nous retrouvons quelque peu ce mécanisme au niveau européen avec la Méthode Ouverte de Coordination (MOC), privilégiant la mise en concurrence des États membres sans réelles sanctions ; l'émulation est alors favorisée pour aboutir à des objectifs communs.

Ainsi, malgré la difficulté d'établir une législation mondiale du travail, l'Organisation Internationale du Travail s'est positionnée en acteur providentiel de cette utopie juridique, en relevant le défi de l'harmonisation mondiale. Des normes dépassant ainsi le seul cadre régional ont été ratifiées par différents pays, les engageant à établir une protection minimum des

travailleurs (A) ; la France, malgré un droit déjà très protecteur, mérite une attention particulière quant aux effets de ces normes dans son propre droit (B).

A. L'effet escompté du droit de l'OIT, une mobilité favorisée

74. - L'Organisation Internationale du Travail. La création en 1919 de l'Organisation Internationale du Travail, rattachée à l'ONU relaie l'idée fondamentale de promouvoir la justice sociale, accroître les possibilités pour les femmes et pour les hommes d'obtenir un emploi et un revenu décent, accroître l'étendue et l'efficacité de la protection sociale pour tous et renforcer le dialogue social[141]. Ainsi, une prise en compte globale du droit du travail est faite par l'OIT, et prend la forme de conventions, éventuellement ratifiées par les États membres. Ce n'est donc pas une seule convention globale qui est signée, comme la Convention EDH, mais une multitude de conventions précises et détaillées. De cette manière, la prise en compte des droits des travailleurs se veut plus efficace.

Un des aspects de l'OIT est mis en valeur dans la convention sur la formation professionnelle des gens de la mer : la dimension de collaboration entre les États pour mettre en place ces politiques[142]. Différents éléments sont donc présents pour donner une direction à la politique de l'emploi, mais ce ne sont pas des règles de fond qui sont présentées. Selon le domaine, les textes de l'OIT s'adressent en priorité aux pays en voie de développement, qui mettent en place de nouvelles politiques de l'emploi. Pour les pays bénéficiant déjà d'une telle dynamique de formation, ces recommandations sont des rappels, et permettent l'harmonisation des législations. La France n'est, pour autant, pas épargnée quant au respect des Convention par sa propre législation[143]. À l'inverse, les ratifications, par la France, des conventions ne change pas nécessairement le droit interne, comme ce fut le cas pour la convention n° 181 sur les agences d'emploi privées. Au moment de la ratification, la secrétaire d'État au

[141] Déclaration de Philadelphie, 1944.

[142] Recommandation n° 137 sur la formation professionnelle des gens de la mer, III, 4°, 1970.

[143] *Infra n° 78.*

Développement et à la Francophonie l'a bien rappelé ; le fait que la ratification soit intervenue dix-huit ans après la signature de la convention prouve éventuellement le rôle réduit du droit de l'OIT en France.

75. - L'égalité de traitement pour les travailleurs migrants. Ce n'est pas la mobilité, au sens des mutations géographiques, qui est visée spécifiquement par l'OIT, mais il est important de relever que ce droit a pour vocation de s'appliquer aussi bien aux travailleurs nationaux, qu'aux travailleurs migrants[144]. Cette volonté est logique au vu de l'objectif de l'organisation qui est de lutter contre les inégalités dans les pays membres, que ce soit entre les pays ou au sein d'un même pays pour des travailleurs de nationalités différentes.

Il existe principalement deux conventions sur les travailleurs migrants[145], ainsi qu'un certain nombre de recommandations. Le but de ces textes est de favoriser la mobilité en encourageant par exemple la mise en place d'un service public d'information des travailleurs migrants[146]. Cela peut également concerner le suivi médical du travailleur ainsi que de sa famille qui l'accompagne[147].

D'une manière générale, c'est l'égalité entre tous les travailleurs qui est visée, comme le souligne expressément l'article 6 de la Convention n° 97 : « *Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes* ». Sont ainsi visés la rémunération, les congés payés ou encore la durée du travail. Parallèlement à ces matières touchant au travail proprement dit, il convient de faciliter la mobilité des travailleurs migrants à travers les règles de sécurité sociale. Pour toutes ces matières les États membres s'engagent à appliquer les règles

[144] Précision que l'on peut lire au début de la convention n° 97 : « *Sauf indication explicite, toutes les 188 Conventions et 199 Recommandations de l'OIT couvrent les travailleurs nationaux et les non-nationaux, tout en respectant le droit souverain des États de régler l'accès à leur territoire et au marché du travail* ».

[145] Convention n° 97 et 149.

[146] Convention n° 97, art. 2 : « *Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à avoir, ou à s'assurer qu'il existe, un service gratuit approprié chargé d'aider les travailleurs migrants et notamment de leur fournir des informations exactes* ».

[147] Convention n° 97, Art. 5.

afférentes sans discrimination aucune. Pour assurer une réelle effectivité des conventions et plus largement des engagements des États, l'Organisation encourage également les États à signer des accords bilatéraux qui faciliteront la mobilité de leurs ressortissants[148].

Non ratifiée par la France, la convention n° 143 du 24 juin 1975 dispose en son article premier que « *tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à respecter les droits fondamentaux de l'homme de tous les travailleurs migrants* ». Cet article pose donc un principe très fort d'égalité entre tous les travailleurs. Par contre, ces droits fondamentaux ne sont pas précisés par une référence directe. Nul doute, pour autant, que les droits visés par la convention n° 143 sont les droits que l'on trouve dans les conventions internationales déjà existantes, telles que la Convention EDH, la Déclaration universelle des droits de l'homme ou même la Charte sociale européenne puisque celle-ci date de 1961. La présence de ces textes internationaux a pour conséquence de limiter les effets de la non-ratification de la Convention n° 143 par la France, ces droits étant déjà garantis dans ces autres textes, eux ayant été ratifiés.

76. - L'emploi irrégulier des travailleurs migrants. La Convention n° 143 vise à lutter contre les migrations collectives[149], et l'emploi illégal des travailleurs migrants[150], ce qui a pour conséquence de lutter contre les rémunérations indécentes versées par certains employeurs.

L'on retrouve également, dans cette convention, des garanties présentes également dans le droit de l'Union européenne telle que la protection des travailleurs migrants ayant perdu leur emploi. Avant même la perte de leur emploi, les États doivent veiller à garantir aux travailleurs migrants les mêmes garanties de reclassement que celles accordées aux travailleurs nationaux. Il en va de même pour la formation professionnelle, puisqu'il est fait mention ici d'une garantie de « *réadaptation* »[151]. Cela est renforcé par les recommandations n° 86 et 151 - formulées pour

[148] Recommandation n° 62 sur la collaboration entre États.

[149] Convention OIT n° 143, art. 3.

[150] Convention OIT n° 143, art. 6.

[151] Convention OIT n° 143, art. 8 : « *1. A la condition qu'il ait résidé légalement dans le pays aux fins d'emploi, le travailleur migrant ne pourra pas être considéré en situation illégale ou irrégulière du fait même de la perte de son emploi, laquelle ne doit pas entraîner par elle-même le retrait de son autorisation de séjour ou, le cas échéant, de son permis de travail.*

parties dans les mêmes termes -, qui encouragent les États parties à mettre en œuvre une véritable politique égalitaire entre nationaux et travailleurs migrants.

77. - Garantir la mobilité. Il ressort de ces textes internationaux la nécessité et la volonté de promouvoir une mobilité contrôlée et protégée de manière étroite, afin de garantir aux salariés mobiles les mêmes protections que celles accordées aux salariés qu'ils côtoient. Cette équivalence de traitement se retrouve globalement dans d'autres textes ; en France par exemple, dans le Code du travail avec le principe très étendu de non-discrimination[152]. Toutefois ces conventions qui ont donc un caractère supranational viennent renforcer, au moins dans l'inconscient collectif, son importance.

B. L'effet relevé du droit de l'OIT, une sécurité à nuancer

78. - Les normes de l'OIT en France. Si la France reste un pays encore largement protecteur du salarié, la législation française n'est pas épargnée par des condamnations fondées sur le droit international. Si la plupart du temps, le droit international est invoqué dans le but de désavouer les pratiques d'un employeur, il arrive encore que ce soit le cas dans le cadre d'un contrôle de conventionalité. Cela a notamment été le cas avec l'ordonnance du 2 août 2005, qui a été déclarée contraire à la convention n° 158 de l'OIT. L'ordonnance en question établissait

2. Il devra, en conséquence, bénéficier d'un traitement égal à celui des nationaux, spécialement en ce qui concerne les garanties relatives à la sécurité de l'emploi, le reclassement, les travaux de secours et la réadaptation ».

[152] C. trav., art. L. 1132-1 : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ».

le Contrat Nouvelle Embauche, qui autorisait l'employeur à rompre le contrat sans justification pendant les deux premières années suivant l'embauche.

Plusieurs recours des syndicats français devant le Conseil d'État avaient été refusés - recours en annulation de l'ordonnance du 2 août 2005 -, la plus haute juridiction administrative jugeant que le délai de deux ans était raisonnable, compte tenu de l'objectif de ce contrat qui était de favoriser l'emploi. C'est finalement des juridictions de l'ordre judiciaire qu'est venue la fin de ce contrat, par la Cour d'appel de Bordeaux[153], et celle de Paris[154], faisant suite à des jugements de première instance allant déjà dans ce sens. Les différentes juridictions ont déclaré le contrat nouvelle embauche contraire à la convention n° 158 de l'OIT, en particulier son article 2 sur la période d'essai : « *D'où il suit qu'après avoir jugé à bon droit que l'article 2 de l'ordonnance était contraire aux dispositions de la convention n° 158 de l'OIT, ce dont il résulte que la rupture du contrat de travail de Mme de X... restait soumise aux règles d'ordre public du code du travail* ».

À l'inverse, une salariée embauchée avait été absente neuf mois sur douze pour des raisons de santé, avant d'être licenciée. La juridiction prud'homale est alors saisie, et l'affaire va jusque devant la Chambre sociale de la Cour de cassation. La salariée invoque l'article 6 de la convention n° 158 de l'organisation, qui interdit tout licenciement pour des absences dues à la maladie. Les magistrats de cassation ont débouté la salariée, au motif que le licenciement n'avait pas pour justification la maladie, mais les conséquences de ce long arrêt maladie sur le fonctionnement de l'entreprise, et qu'ainsi, un remplacement définitif de la salariée était justifié[155].

79. - Une harmonisation proposée. Malgré les solutions parfois audacieuses de la Cour de cassation, qui permettent de contourner le droit international[156], le droit de l'OIT permet une certaine harmonisation des législations. Cependant, l'absence d'une juridiction propre fait craindre une application aléatoire de ce droit, qui dépendrait alors de la volonté des États.

[153] Bordeaux, Ch. soc. section A, 18 juin 2007, M. *A. F. c. SARL ORMEDIA*.

[154] Paris, 18ème Ch. E, 6 juill. 2007, n° 06/06 992, *Samzun c. De Wee*.

[155] Cass. soc. 23 octobre 2001, n° 99-43379.

[156] *Supra n° 78.*

Toutefois, si l'objectif - commun et mondial - est véritablement d'établir un marché unique, l'harmonisation des législations est inévitable, sans quoi la concurrence sera totalement dérégulée, laissant se faire le jeu de l'offre et de la demande, et ce, au détriment des salariés. Le passage par l'OIT est alors obligatoire.

Une certaine harmonisation a débuté à travers les conventions de l'OIT, même si celles-ci manquent encore d'efficacité au sens commun du terme. Cette efficacité des normes de l'OIT reposant avant tout sur une politique volontariste des États membres, elle est donc toute relative. Car même une action devant la Cour Internationale de Justice n'amène pas de sanctions fermes ; n'est émise qu'une recommandation demandant aux États membres de l'organisation de stopper leur relation avec l'État en question sous la forme d'un blocus économique[157]. C'est donc là encore la volonté des États qui est mise en avant pour rendre effectives les normes de l'organisation. Finalement, tant sur le plan de l'application, que sur celui du contrôle d'application, il n'appartient pas réellement à l'organisation, mais à ses membres, de rendre effectif ce droit international du travail.

Également, ce qui tend à ralentir l'harmonisation est l'écart encore important qui existe entre les législations, d'un pays à l'autre. Avant de rédiger une convention qui harmoniserait le droit de la mobilité ou de la sécurité sociale, il est des domaines plus urgents. L'on peut, par exemple, citer le programme de collaboration qui existe entre l'OIT et le Pakistan pour la condition des femmes ; les moyens de locomotion ne sont pas garantis et sécurisés pour cette frange de la population dans ce pays, et avant de penser à libéraliser l'économie au niveau mondial, il paraît nécessaire de tout d'abord garantir un développement minimum de l'économie au niveau local[158]. Pour l'instant, l'harmonisation en est encore à l'élaboration d'un socle commun minimum pour un maximum de pays ; l'idée de l'élaboration de règles de fond sur des sujets plus pointus viendra au fur et à mesure des avancées sur des sujets plus fondamentaux. La difficulté de l'OIT à élaborer une législation commune est également le fruit de l'ampleur de

[157] Constitution de l'OIT, art. 33 : « *Si un Membre quelconque ne se conforme pas dans le délai prescrit aux recommandations éventuellement contenues soit dans le rapport de la commission d'enquête, soit dans la décision de la Cour internationale de Justice, le Conseil d'administration pourra recommander à la Conférence telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations* »

[158] Projet « Vers la parité hommes-femmes au Pakistan » (TGP en anglais), qui associe l'OIT et 14 autres agences des Nations Unies en vue de garantir un égal accès au travail décent et aux emplois productifs pour les hommes et les femmes du Pakistan.

la tâche. L'objectif est d'opérer une harmonisation autour de 186 pays, et ce travail est considérable, voire extrêmement long, sinon impossible.

80. - Effectivité des normes en France. Si l'on se limite à l'exemple français, il est toutefois permis d'affirmer l'effectivité des normes de l'OIT, reprises parfois directement par les juridictions françaises. Le droit interne étant quand même déjà très protecteur, l'utilisation de ces normes est toutefois très résiduelle en France[159]. C'est la convention n° 158 de l'OIT – sur le licenciement - qui reste la plus utilisée en France, montrant bien où peuvent encore demeurer les limites du système français en droit social. Malgré donc l'absence d'une juridiction propre à l'OIT qui veillerait à la bonne application des normes de l'Organisation, une certaine efficacité se trouve accordée par les juridictions internes.

Le travail entrepris au niveau européen est, en cela, bien plus réalisable, car il regroupe un nombre limité d'États, et ce, même s'il tend à augmenter. Les conditions d'adhésion à l'Union européenne font que les États entrent par palier au sein de l'Union Européenne, au fur et à mesure de la mise en place d'un socle fondamental de normes adopté par l'État postulant. La conjugaison de la taille de l'Union et de la méthode d'assimilation du droit garantit une certaine effectivité au droit d'origine européenne.

Section 2. LA MOBILITE AMENAGÉE

81. - L'aménagement de la mobilité, au-delà du fait d'accorder des droits au salarié, consiste à lui assurer une protection sociale effective. La détermination du régime de sécurité sociale applicable conduit, soit au statut de travailleur détaché, soit à celui de travailleur expatrié. L'expatriation rattachant le salarié au régime local d'assurance maladie, la mobilité sera d'autant plus acceptée que le droit social local est protecteur pour lui et sa famille. Dans le cas contraire, la mobilité s'en trouve compromise. Au-delà du droit régional - qu'il soit issu de

[159] Cass., Soc. 10 mai 2012, n° 10-28512, obs. P. LOKIEC et J. PORTA, D., 2013 p. 1026 ; cass., soc. 11 janvier 2012, n° 10-17945, obs. J. MOULY, Dr. soc., 2012, p. 321 ; cass. Soc., 1 juillet 2008, n° 07-44124, obs. S. MAILLARD, D., 2008, p. 1986.

l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe -, l'Organisation Internationale du Travail tend à assurer une protection sociale minimale aux nationaux comme aux migrants, notamment par la convention n° 102 traitant de la sécurité sociale.

De fait, il convient d'encourager une harmonisation des régimes de protection sociale, quand bien même l'Union européenne s'y refuse, préférant se concentrer sur un système de coordination (§ 1) ; ceci, afin que le choix du statut du salarié mobile n'entraine pas de conséquences trop néfastes pour le salarié concerné (§ 2).

§ 1. L'objectif de coordonner les législations de sécurité sociale

82. - La Convention européenne de sécurité sociale, du Conseil de l'Europe, s'appliquant aux personnes soumises ou ayant été soumises à la législation d'un État partie[160], le texte s'attache à préciser comment déterminer l'applicabilité de telle ou telle législation, à telle ou telle personne. Cette convention n'a pas pour but d'uniformiser le droit de la sécurité sociale pour les pays membres du Conseil de l'Europe, mais simplement d'assurer l'égalité de traitement[161]. Le Conseil de l'Europe ne se considère d'ailleurs pas comme l'unique acteur de la protection sociale puisque la Convention européenne de sécurité sociale n'exclut pas le droit issu de l'Union européenne. L'article 6 précise ainsi que le texte en question ne porte en aucun cas atteinte au Traité du 25 mars 1957 et aux textes qui en découlent. Sont ici visés les textes européens issus du Parlement de Strasbourg, en particulier les deux règlements 883/2004 et 987/2009 qui sont venus en remplacement des règlements de 1971 et 1972, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale de chaque État membre. L'absence d'une volonté d'harmonisation est d'ailleurs explicite, le règlement du 28 avril 2004 se refusant à toute ingérence en matière de droit de la sécurité sociale : « *Il convient de respecter les caractéristiques propres aux législations nationales de sécurité sociale et d'élaborer*

[160] Convention européenne de sécurité sociale, art. 2.

[161] La Convention européenne de sécurité sociale possède un champ d'application très étendu mais l'article 3 vient moduler sa portée en précisant que les États préciseront en annexe « *les législations et régimes visés à l'article 2* ».

*uniquement un système de coordinati*on »[162]. Ce refus d'harmonisation est regrettable et fonde une partie des déséquilibres sociaux existant entre les différents États de l'Union européenne.

Le raisonnement tenu est le même en ce qui concerne les textes issus de l'OIT. La convention européenne de sécurité sociale ne porte ainsi pas atteinte aux différentes conventions adoptées par la Conférence internationale du travail. La lecture du rapport d'expert relatif à la Convention de sécurité sociale fait une référence explicite à la Convention n° 118 de l'OIT sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale[163]. L'articulation se trouve alors dans leur complémentarité ; il ne s'agit pas de les opposer, mais puisque tous ces textes ont en vue l'égalité de traitement, il s'agit de trancher sur leur régime d'application les uns par rapport aux autres. *Coordonner* ne signifie pas *uniformiser* mais simplement qu'il y ait une cohérence entre les textes et une prise en compte des différents régimes de sécurité sociale pour établir un système global européen. En ce sens, le Conseil de l'Europe se distingue de l'Union européenne, qui tend au contraire à uniformiser les législations, mais également de l'OIT, qui elle, souhaite juste poser un minimum quant à la protection sociale des travailleurs. De cette manière, la Convention 118 adoptée par la Conférence internationale du travail laisse le soin aux différents États de ratifier uniquement les secteurs qu'ils souhaitent[164].

83. - Plan. Deux outils principaux existent donc en matière de mise en cohérence des législations sociales. D'une part, les règlements communautaires de sécurité sociale (I), et d'autre part, les textes du Conseil de l'Europe - convention européenne de sécurité sociale et Code européen de sécurité sociale (II).

[162] Règlement 883/2004 du 29 avril 2004, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, cons. (4).

[163] Convention n° 118 sur l'égalité de traitement, OIT, 1962.

[164] « *Tout Membre peut accepter les obligations de la présente convention en ce qui concerne l'une ou plusieurs des branches de sécurité sociale suivantes, pour lesquelles il possède une législation effectivement appliquée sur son territoire à ses propres ressortissants : (...)* ».

I. Une coordination par l'Union européenne

84. - Totalisation des périodes. Le principe fondamental permettant la coordination des législations européennes est le principe de totalisation des périodes de cotisation. Un ressortissant ne sera ainsi pas pénalisé par ses périodes d'activité passées à l'étranger ; il pourra continuer d'être mobile sans risque de perdre certains avantages sociaux acquis dans un pays, telles que l'allocation de perte d'emploi ou sa couverture santé. Dans un souci de faciliter la reconnaissance de ses droits à l'étranger, les règlements de 883/2004 et 987/2009 réforment les anciens règlements et prévoient un certain nombre de formulaires qui sont remis sur demande de l'assuré, à ce dernier, pour lui permettre de faire valoir ses droits sur son nouveau lieu de résidence ou de séjour.

85. - Déclaration et cotisations. Contrairement aux directives évoquées qui entraînent la modification des réglementations nationales, les règlements communautaires s'appliquent directement dans le système juridique national. De manière complémentaire à la reconnaissance des qualifications, les règlements de sécurité sociale de 2004 et 2009 viennent moderniser la coopération interétatique en matière de sécurité sociale[165]. Cette organisation de la sécurité sociale au niveau européen est indispensable au vu des objectifs de libre circulation voulus par l'Union européenne, qui concerne non seulement les salariés, mais aussi chaque ressortissant de l'Union. C'est ainsi à ce dernier qu'il revient de se déclarer auprès de l'organisme de sécurité sociale de son État de résidence, qui déterminera lui-même la législation applicable, et informera ainsi les autres organismes nationaux de sécurité sociale des pays où le salarié exerce une autre activité professionnelle. Pour déterminer l'État du lieu de résidence, l'article 11 du règlement 987/2009 pose un certain nombre d'éléments à identifier, tels que la durée et la continuité de la présence sur un territoire, la présence de ses intérêts familiaux ou économiques, la présence du logement, ou encore le lieu de paiement des impôts. À partir de ce moment-là,

[165] Les règlements de coordinations de sécurité sociale 1408/71 et 574/72 ont été remplacés par les règlements 883/2004 et 987/2009.

et sauf dérogation[166], les différents employeurs verseront les cotisations dues uniquement à l'organisme de l'État compétent.

De manière assez logique, nous retrouvons dans ces règlements les secteurs classiques de l'assurance maladie. L'article 3 du règlement 883/2004 énumère, entre autre, les prestations de maladie, la maternité et la paternité, l'invalidité et la vieillesse, les prestations chômage, ou encore les prestations familiales. Le règlement rappelle aussi le principe important de l'unicité de législation qui s'applique aux citoyens européens, ce qui implique qu'ils ne doivent cotiser que dans un seul État. Logiquement, c'est le critère du lieu d'exercice de l'activité professionnelle qui prédomine, mais celui-ci est dans certains cas associé au lieu de résidence[167]. Le cas des travailleurs transfrontaliers présente, quant à lui, un caractère particulier.

86. - Travailleurs transfrontaliers et pluriactivité. L'éventualité de la pluriactivité transnationale se distingue du détachement, puisque le salarié occupe de manière habituelle son emploi sur le territoire de plusieurs pays, quand pour un détachement, le salarié est envoyé spécialement dans un pays déterminé pour y exercer son activité. De cette façon, l'article 14 du règlement 987/2004 indique qu'il faut tenir compte du lieu d'exécution de l'activité, telle que définie dans le contrat d'engagement pour savoir s'il s'agit d'un détachement ou d'un cas de pluriactivité. La pluriactivité nécessite de la même manière de déterminer le régime de sécurité sociale applicable : ce sera celui du lieu où la personne exerce au moins 25 % de son activité ou qu'il récolte 25 % de sa rémunération. S'il n'est pas possible de déterminer de tels éléments, il convient d'identifier le lieu du siège social de l'employeur ; s'il y a plusieurs employeurs dans plusieurs États, ce sera l'État regroupant un siège social et la résidence du salarié. Finalement cela pourra être le seul État de résidence si les employeurs et le salarié n'ont aucun État de rattachement entre eux tous[168]. Si le salarié exerce à la fois une activité salariée et une

[166] Règlement 883/2009, article 16.

[167] Règlement 987/2004, article 11.

[168] Règlement 883/2004, art. 13.

autre non salariée sur deux territoires différents, c'est l'État abritant l'activité salariée qui collecte les cotisations de sécurité sociale[169].

II. Une coordination par le Conseil de l'Europe

87. - L'autre ordre juridique fondamental est celui créé par le Conseil de l'Europe. Deux textes ont leur importance en matière de sécurité sociale. Il s'agit de la convention européenne de sécurité sociale (A) et du Code européen de sécurité sociale (B).

A. La Convention européenne de sécurité sociale

88. - La convention européenne de sécurité sociale est un instrument de coordination des législations. Elle a été signée au sein du Conseil de l'Europe en 1972. L'objectif affirmé était, à moyen terme, de remplacer les accords intérimaires de sécurité sociale conclus dans les années 1950. Le premier accord concernait les régimes de sécurité sociale portant sur la vieillesse, l'invalidité et les survivants, le second concerne la sécurité sociale, à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants. Les deux accords avaient été conclus pour une durée de deux ans, puis reconduits d'année en année sauf dénonciation de la part d'un État. À peu de chose près, la finalité était la même : établir une égalité de traitement entre les nationaux et les ressortissants d'un État signataire de ces accords intérimaires. La Convention européenne de sécurité sociale veut réduire le paysage des normes sociales, mais à l'inverse, autorise les accords déjà existants entre plusieurs payses parties à la convention à se poursuivre – au moins à moyen terme. Il est également possible pour des états parties de signer de nouveaux accords « *fondés sur les principes* » de la Convention.

[169] Les cas de conflits entre institutions sont pris en compte ; est prévue une procédure de conciliation (Com. eur., décision A1, 12 juin 2009).

Pour la bonne application de la convention, l'article 24 prévoit également la signature d'accords bilatéraux ou multilatéraux. En effet, il est plusieurs fois fait référence à une coordination des différentes administrations, ce qui ne peut se faire que par voie d'accords ultérieurs. De fait, la Convention prend en compte les différentes législations pour établir une égalité de traitement. Les législations étant très diverses, le texte se doit d'être complet et souple. La difficulté relevée par la Convention résulte de l'établissement d'une égalité de traitement entre citoyens d'États différents et qui ont parfois des législations diamétralement opposées.

89. - Prestations à caractères contributifs et non contributif. Ces oppositions en matière de sécurité sociale résultent de la différence entre les prestations à caractère contributif ou non contributif. Les premières résultent de cotisations préalables de la part de l'assuré ; les secondes résultent d'un état de fait ; la résidence sur le territoire d'un État octroie une prestation issue de la solidarité nationale[170]. L'Irlande octroie ainsi des allocations familiales sur la base de la résidence, l'assurance-chômage sur la base de cotisations, et l'assistance-chômage par le biais de l'impôt. De cette façon, il existe un risque que certains ressortissants de pays parties, dont le régime est celui de la contribution, soient tentés d'aller dans un pays ou le système de sécurité sociale est inversé. Pour cette raison, la Convention prévoit que ces États puissent prévoir des conditions de durée de résidence pour donner droit à certaines prestations de type non contributif. Selon les prestations, la durée exigée de résidence ne peut être supérieure à six mois, cinq ans ou dix ans[171]. Cette disposition tend à éviter les abus en matière de mobilité ; c'est un élément positif, mais qui reste bien seul au regard des problèmes posant les différences de régimes de sécurité sociale.

90. - Bénéficiaires. Le champ d'application de cette convention est défini à l'article 2 qui énumère une liste de domaines couverts par le texte[172]. *A priori* tous les domaines de la sécurité sociale sont couverts par cet article très large, de manière à faire de cette convention un texte

[170] Ce type de prestation ne dépend ni de l'accomplissement de période d'assurance ou d'activité professionnelle, ni d'un statut particulier (stagiaire, par exemple).

[171] Un délai de six mois peut être exigé pour les prestations liées à la maternité ou au chômage ; cinq ans pour celles d'invalidité ou de survivant ; dix ans pour les prestations de vieillesse. Il existe toutefois quelques autres conditions qui vident à éviter les abus vis-à-vis d'un régime à caractère non contributif.

[172] Les prestations de maladie et de maternité, les prestations d'invalidité, les prestations de vieillesse, les prestations de survivants, les prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle, les allocations au décès, les prestations de chômage, les prestations familiales.

qui englobe l'ensemble de la matière et qui se suffise à lui-même. Les secteurs de la maladie, du chômage et des prestations familiales sont toutefois soumis à la réalisation d'accords bilatéraux ou multilatéraux ayant pour finalité de définir dans le détail la coopération entre États parties. Il en va de même pour les régimes issus de la négociation collective, qui nécessitent également un accord entre États parties. Les personnes pouvant bénéficier de la convention sont définies à l'article 4 et vise ainsi, en plus des apatrides et des réfugiés, les ressortissants d'un pays partie à la convention soumis ou ayant été soumis à la législation d'un État partie[173].

91. - Traitement européen des situations. La Convention européenne de sécurité sociale organise la prise en compte d'une législation nationale par l'Administration d'un autre État partie. Le point important est que les périodes d'assurance dans un pays doivent être prises en compte par l'Administration d'un autre Pays partie pour le cas où celle-ci y attache de l'importance pour octroyer certains droits[174]. Le texte de la convention vise par là un maximum de situations puisque par *période d'assurance*, il faut comprendre que « *le terme «* périodes d'assurance *» désigne les périodes de cotisation, d'emploi, d'activité professionnelle ou de résidence telles qu'elles sont définies ou admises comme périodes d'assurance par la législation sous laquelle elles ont été accomplies, ainsi que toutes périodes assimilées, dans la mesure où elles sont reconnues par cette législation comme équivalentes à des périodes d'assurance* »[175]. Ainsi, la Convention vise à donner des équivalences entre les différentes législations en uniformisant les termes. En posant une équivalence des valeurs entre une période d'activité professionnelle et une période de résidence, le texte tente de gommer les différences entre les systèmes ; la période de résidence ouvre un droit dans un système de type non contributif, la période d'assurance permettant l'octroi de prestations dans un système de type contributif. En faisant cette assimilation, les doutes sont ôtés pour l'interprétation de la suite de la Convention.

92. - Lieu d'exercice de l'activité professionnelle. Le principe qui régit la soumission d'une personne à un régime est le lieu d'exercice de son activité professionnelle quand il s'agit

[173] La famille ou les survivants de la personne bénéficiaire originairement sont également visés pour bénéficier de la convention. Les fonctionnaires peuvent aussi bénéficier de la convention dans la mesure où ils sont soumis à la législation d'un État partie qui relève des domaines de la convention. À l'inverse la convention ne s'applique pas au personnel des ambassades soumis à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques (convention européenne de sécurité sociale, article 4, 2°).

[174] Convention européenne de sécurité sociale, article 10.

[175] Convention européenne de sécurité sociale, Titre I, Article 1er, s.

d'un travail salarié[176]. Le lieu de résidence ou du siège social de l'employeur est donc indifférent pour déterminer le droit de la sécurité sociale qui s'applique.

93. - Pour le cas où le travailleur n'est pas salarié d'une entreprise de transport international, mais s'il exerce normalement son activité sur le territoire de deux ou plusieurs États parties et qu'il réside sur l'un d'eux, le droit applicable sera celui de son pays de résidence[177]. Il en va de même si le salarié dépend de plusieurs employeurs qui ont leur siège social sur le territoire de différents États parties. Une des questions que peut se poser le juge est l'appréciation du caractère « normal » de l'activité professionnelle. Le terme employé par la convention est très imprécis et laisse une grande part à l'appréciation du juge, ce qui peut amener des solutions différentes selon les juridictions saisies.

94. - Pour les autres cas de travailleurs transnationaux, c'est le lieu du siège social ou du domicile de l'employeur qui détermine le droit de la sécurité sociale applicable. Cette analyse vaut également pour un salarié qui travaille sur le territoire d'une partie contractante pour le compte d'une entreprise ayant son siège social sur le territoire d'un état partie ayant en commun une frontière avec le pays où le salarié exerce son activité professionnelle[178].

95. - Synthèse sur la Convention européenne de sécurité sociale. La mobilité étant l'enjeu de cette convention, il importe de déterminer quel est l'État débiteur de l'obligation. Comme il arrive parfois que l'État débiteur et État de résidence soient différents, la Convention prévoit que les États parties organisent par voie d'accords bilatéraux ou multilatéraux les modalités de remboursement des prestations entre les différentes Administrations. Il est aussi possible de prévoir l'absence de tout remboursement pour les relations entre deux ou plusieurs parties.

Cette convention tend donc *in fine* à établir l'égalité de traitement entre les ressortissants étrangers et les nationaux. Pour cela, les États parties n'ont pas à modifier leur législation mais uniquement à l'appliquer de la même manière aux ressortissants des autres pays contractants, et à tenir compte des faits survenus à l'étranger, qui pourraient être pris en compte par

[176] Convention européenne de sécurité sociale, article 14.

[177] Convention européenne de sécurité sociale, article 15, 1°, c.

[178] Convention européenne de sécurité sociale, article 15, 1°, d.

l'Administration de l'État compétent par une règle d'analogie. En cela, l'objectif du Conseil de l'Europe se distingue des autres organisations interétatiques, telles que l'OIT ou l'Union européenne. Pour autant cette logique d'uniformisation des législations n'est pas totalement laissée de côté par le Conseil de l'Europe, qui a mis en place un Code européen de sécurité sociale.

B. Le Code européen de sécurité sociale

96. - Le premier Code européen de sécurité sociale date du 16 avril 1964, et a été révisé le 6 novembre 1990. Contrairement aux autres outils normatifs du Conseil de l'Europe, le Code a une visée différente, puisqu'il tend à assurer un seuil minimum de protection aux ressortissants des pays membres, en matière de sécurité sociale. Les domaines concernés sont larges avec le chômage, la vieillesse, la maladie et les soins médicaux ou encore l'invalidité. Se retrouvent ici les secteurs pris en compte par la convention du même nom. Toutefois, il apparaît que les avancées sont intéressantes mais restent des *minima* : « *Les améliorations majeures qu'apporte le nouveau texte sont des taux de couverture plus élevés, des augmentations du niveau et de la durée des prestations, de nouvelles prestations, un assouplissement des conditions d'attribution, des mesures préventives accrues et l'absence de toute discrimination basée sur le sexe* »[179]. Pour s'assurer de la bonne mise en œuvre de ce code, les États ont l'obligation de remettre un rapport sur la mise en application du texte, à l'ensemble des partenaires sociaux représentatifs[180]. Ces améliorations sont impératives pour favoriser les échanges économiques entre les pays et donc pour favoriser la mobilité.

97. - Synthèse. La loi applicable en matière de sécurité sociale étant celle du lieu où s'exerce l'activité professionnelle, il est nécessaire qu'un salarié qui exerce à l'étranger puisse bénéficier d'une couverture santé minimale, au risque, sinon, d'éventuellement renoncer à une

[179] Résumé du Code européen de sécurité social (réalisé par le Conseil de l'Europe).

[180] Il est également prévu que l'Assemblée du Conseil de l'Europe ait connaissance des rapports nationaux sur l'application du Code européen.

activité professionnelle dans ce pays. Un grand nombre de domaine étant traité, le Code européen de sécurité sociale semble donc s'inscrire dans cette volonté même de garantir aux migrants une protection qui se veut la moins lointaine possible de celle de son pays d'origine. Pour les États membre de l'Union européenne, le droit issu de l'Union primera toutefois, ce qui fait du droit du Conseil de l'Europe un droit quelque peu résiduel pour les 27 États. Pour les relations avec les pays non membres de l'Union européenne, ce droit retrouve son efficacité.

§ 2. La nécessité de déterminer le droit applicable au salarié mobile

98. - Le point d'achoppement de la mobilité transfrontalière se situe sans aucun doute dans la détermination de la loi applicable au travailleur. Selon le niveau auquel on se trouve - européen ou supranational -, les règles diffèrent. De plus, il faut dissocier les règles relatives à la relation de travail en tant que telle, et celles relatives à la sécurité sociale. Pour ce dernier aspect, il est nécessaire de considérer le statut applicable au salarié ; détaché ou expatrié. Dans le premier cas, le salarié traverse une frontière de manière temporaire avec pour intention de revenir. Dans le second cas, le salarié change de statut, et est normalement soumis à un contrat de travail de droit local (II). Quant à la loi applicable à la relation de travail, du point de vue du droit du travail français, c'est le règlement « Rome I » qui connait application (I).

I. Le droit applicable à la relation de travail

99. - Règlement « Rome I ». Le règlement du 17 juin 2008, qui a remplacé la convention de Rome du 19 juin 1980, régit les conflits de loi en matière contractuelle, et donc également concernant le contrat de travail. Concernant le droit du travail français, ce règlement trouve application dans les relations de travail en lien avec la France. Ce texte consacre le principe de la liberté du choix de la loi applicable, y compris concernant le contrat de travail. Si cela peut surprendre une partie de la doctrine travailliste française - attaché au droit du travail français jugé très protecteur pour le salarié -, un salarié français peut tout à fait, s'il y consent, se voir

appliquer une autre loi que la « sienne ». Pour autant, le juge français saisi d'une situation n'est pas dépourvu d'outil pour protéger un salarié, le règlement « Rome I » prévoyant que le salarié, en matière de contrat de travail, ne peut être privé d'une protection contenue dans la loi qui aurait été applicable en l'absence de choix d'une loi par les parties. En d'autres termes, les protections accordées par la loi objectivement applicable ne peuvent être écartées[181].

En l'absence de choix, c'est tout d'abord la loi du lieu d'exécution du contrat de travail qui s'applique. Si la détermination du lieu n'est pas faisable, ce sera la loi du lieu de l'établissement auquel est rattaché le salarié qui trouvera application. Enfin, ce peut être la loi d'un autre pays qui s'applique, si la relation de travail laisse entrevoir des éléments plus pertinents qui la rattache à un autre pays.

Si la liberté de choix concernant la loi applicable à la relation de travail surprend le juriste travailliste français, les atténuations inscrites dans le règlement qui permettent de retenir l'application de règles plus protectrices permet d'éviter les éventuels abus. Cette protection est accrue, dans le sens où ce ne sont pas seulement les dispositions impératives de la loi objectivement applicables qui doivent s'appliquer, mais également les règles constituant un ordre public social. De fait, dès qu'une règle est plus favorable que celle désignée par les parties, il convient de retenir son application. Le Professeur P. Rodière l'a ainsi formulé : « *Le principe de l'application de la loi la plus favorable est constitutif d'une règle de droit matériel international que le juge national fera prévaloir* »[182].

100. - Directive « détachement »[183]. La directive du 15 mai 2014 relative au détachement des travailleurs dans l'Union européenne est venue compléter la directive du 16 décembre 1996. Contrairement au règlement « Rome I », la directive relative au détachement prévoit l'application de la loi où s'exécute la relation de travail, et donc en matière de détachement, c'est la loi du lieu de la prestation de service qui est, sauf exception, désignée. L'une des exceptions est le détachement pour une durée inférieure à un mois, pour lequel la loi du lieu

[181] Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux relations contractuelles, art. 8 § 1.

[182] P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, p. 548.

[183] Directive du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) nº 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »).

d'exécution habituelle du contrat de travail s'applique. Cette dérogation pour les prestations de courtes durées est dans la même logique que la différence de régime concernant la reconnaissance des qualifications dans le cadre d'une prestation de service ou de la liberté d'établissement. L'Union européenne fait le choix de la facilité, de manière à favoriser la mobilité des capitaux. En effet, une adaptation de la rémunération pour un petit appel d'offre pourrait constituer une contrainte pour les petites entreprises, surtout pour un projet d'une durée de moins d'un mois. Cela étant dit, c'est une facilité de prestation de service qui ne bénéficie, là encore, qu'aux seules entreprises et non aux salariés exécutant, qui auraient pu bénéficier, le temps d'un mois, d'une rémunération sensiblement plus importante au regard des salaires minimum existants dans les différents États de l'Union européenne[184].

Également sur ce point, la directive attire l'attention des juges sur la nécessité de vérifier les éventuels abus dans l'établissement du siège social de la société donneuse d'ordre. En effet, le risque d'établir de simples « boites aux lettres » dans des pays moins-disants en matière sociale, de manière à contourner une législation protectrice, doit conduire les juges nationaux à vérifier les liens de rattachement. Cela vaut en matière de protection sociale, mais aussi en ce qui concerne les prestations de courtes durées, qui restent soumises à la loi du lieu d'établissement de l'entreprise.

101. - Champ d'application de la directive. Trois situations sont prévues, dans lesquelles la directive trouve à s'appliquer. Il s'agit des opérations de prestations de service effectuées par une entreprise établie dans un État membre, sur le territoire d'un autre État membre. Aussi, il en va de même concernant le détachement d'un salarié au sein du même groupe de sociétés, mais dans une entreprise du groupe établie sur le territoire d'un autre État membre. Enfin, il s'agit des entreprises de travail temporaire, qui se trouvent, elles aussi, soumises à la loi du lieu où s'effectue la prestation de service.

102. - Matières concernées. La directive du 14 mai 2014 ne faisant que compléter la précédente directive du 16 décembre 1996, les règles du lieu d'exécution de la prestation de service, devant s'appliquer au travailleur détaché, sont définies par la première. L'article 3 de

[184] En 2014, le SMIC était de 173,84€ en Bulgarie, quand il était de 1921,03€ au Luxembourg, de 565,83€ au Portugal, ou encore de 190,57€ en Roumanie. Il était, en France, de 1445,38€.

ce texte est relatif aux conditions de travail et d'emploi, et vise à imposer à l'entreprise qui détache un ou plusieurs travailleurs certaines règles considérées comme impératives par la directive. Il en est ainsi de la durée maximale du travail et de la durée minimum de repos, des congés payés, du salaire minimum, mais aussi tout ce qui concerne la santé, l'hygiène et la sécurité au travail.

103. - Concurrence entre protection des travailleurs et liberté d'entreprendre. Souvent évoqué à travers les jurisprudences Laval et Viking[185], le travail de sape de l'Union européenne consistant à favoriser le droit des entreprises au détriment de la protection du statut des salarié ressort également de la directive « détachement »[186].

En effet, le texte du 16 décembre 1996 prévoit l'application des normes locales au salarié détaché, mais à la condition que ces normes soient d'origine législative, règlementaire ou administrative. Concernant les normes conventionnelles, une distinction existe selon que le secteur d'activité dans lequel s'opère le détachement. Dans le secteur de la construction, les dispositions conventionnelles ou les sentences arbitrales déclarées d'application générale reçoivent obligatoirement application. Dans les autres secteurs, cette application des normes négociées ou privées est soumise à la volonté claire de l'État d'aller en ce sens.

Si de prime abord, la formulation de la directive ne surprend pas, son application a été vivement critiquée[187]. Si la France a prévu un mécanisme visant à donner une portée générale aux conventions collectives signées[188] - et ce dans tous les secteurs d'activité -, ce n'est pas le

---

[185] CJUE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval* ; CJUE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*.

[186] L'article 3 de la directive dispose que « *les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, sont fixées :*

- par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives

et/ou

- par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du paragraphe 8, dans la mesure où elles concernent les activités visées en annexe ».

[187] V. NIVELLES, *Le dilemme du détachement de travailleurs*, JSL, 07/01/2014, n° 357.

[188] C. trav., art. L. 1262-2 : « *Les employeurs détachant temporairement des salariés sur le territoire national sont soumis aux dispositions légales et aux stipulations conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche d'activité établies en France, en matière de législation du travail, pour ce qui concerne les matières suivantes :*

cas de tous les États. Ce sont, là-encore, les salariés détachés qui bénéficient de condition de travail moins favorables que les salariés du même secteur d'activité dans la même aire géographique donnée. Sur ce point, la CJUE est, comme souvent, très restrictive quand il s'agit de faire respecter les droits sociaux des travailleurs. L'arrêt *Rüffert* du 3 avril 2008[189] révèle cette position des juges européens, en condamnant un cahier des charges qui obligeait les entreprises candidatant à l'appel d'offre à appliquer aux salariés détachés les protections issues des conventions applicables. Or, ces dernières n'ayant pas été déclarées applicables de manière générale, la « clause sociale » ainsi prévue par le cahier des charges représentait, selon la CJUE, une entrave au principe de libre prestation de service.

II. Le statut social applicable au salarié

104. - Outre la loi applicable à la relation de travail, l'application du droit de la sécurité sociale revêt une importance toute particulière, puisqu'elle détermine par la suite l'étendue de la protection du salarié.

1º Libertés individuelles et collectives dans la relation de travail ;

2º Discriminations et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;

3º Protection de la maternité, congés de maternité et de paternité (L. nº 2012-1404 du 17 déc. 2012, art. 94) «et d'accueil de l'enfant », congés pour événements familiaux ;

4º Conditions de mise à disposition et garanties dues aux salariés par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire ;

5º Exercice du droit de grève ;

6º Durée du travail, repos compensateurs, jours fériés, congés annuels payés, durée du travail et travail de nuit des jeunes travailleurs ;

7º Conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries ;

8º Salaire minimum et paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires ;

9º Règles relatives à la santé et sécurité au travail, âge d'admission au travail, emploi des enfants ;

10º Travail illégal ».

[189] CJUE, 3 avril 2008, aff. C-346/06, *Rüffert* ; S. HENNION, M LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, PUF, Thémis droit, 2010, p. 239-240.

105. - Détachement ou expatriation dans l'Union européenne. En matière de sécurité sociale, le principe est l'application du principe de territorialité, c'est-à-dire qu'un employeur cotise à la caisse de sécurité sociale du pays où s'effectue la prestation. De manière générale, c'est donc dans le pays où s'exécute habituellement le contrat de travail ; subsidiairement, ce devrait être dans le pays où s'effectue une prestation de service de manière occasionnelle. Mais pour ne pas complexifier le cadre européen de la libre prestation de service, dont pourrait en résulter une entrave à cette liberté, le choix a été fait de conserver l'affiliation au régime de sécurité sociale du pays d'origine lorsque la mobilité est temporaire ; c'est le cas du détachement, qui induit la volonté d'un retour sur le territoire de l'État d'origine. Sur ce point, contrairement à la directive « détachement », qui organise le droit applicable au contrat de travail, le règlement du 29 avril 2004 de coordination des régimes de sécurité sociale prévoit une durée maximum de détachement de vingt-quatre mois. Au-delà, c'est le principe de la *lex loci laboris* qui s'applique, c'est-à-dire la loi du lieu d'exécution du contrat de travail[190]. Cela étant, il est toujours possible, pour deux États, de prévoir un accord bilatéral dérogatoire afin de prolonger partiellement ou indéfiniment la durée du détachement, afin de maintenir la protection du salarié dans certaines circonstances particulières[191].

106. - Intérêt du détachement dans l'Union européenne. Si le versement des salaires est une opération passée entre l'employeur et le salarié de manière assez simple, il en est différemment concernant les cotisations sociales, qui doivent être versées à un organisme particulier. Effectuer un transfert de dossier pour chaque salarié détaché serait quasiment rédhibitoire pour les entreprises souhaitant répondre à un appel d'offre au-delà des frontières de l'État, d'autant plus que, par définition, la prestation est temporaire. En permettant artificiellement le maintien du lien de rattachement du salarié avec le pays qu'il a quitté, l'Union européenne ne fait que rendre effectif une des libertés économiques fondamentales à l'établissement d'un marché unique. De fait, le maintien du salarié au régime de sécurité sociale de son pays d'origine est vecteur de mobilité, même si celle-ci profite principalement à l'entreprise.

---

[190] S. HENNION, M LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, *op. cit.*, p. 250.

[191] Règlement 883/2004 du 29 avril 2004, art. 16 : « *Deux ou plusieurs États membres, les autorités compétentes de ces États membres ou les organismes désignés par ces autorités peuvent prévoir d'un commun accord, dans l'intérêt de certaines personnes ou catégories de personnes, des dérogations aux articles 11 à 15* ».

107. - Détachement extracommunautaire dans un cadre conventionnel. Hors des frontières de l'Union européenne, d'autres règles encadrent le détachement temporaire de travailleurs. D'une part le Conseil de l'Europe à travers la Convention européenne de sécurité sociale, en son article 15, qui énonce les exceptions au principe de territorialité. Pour le Conseil de l'Europe, le détachement doit prendre fin, sauf dérogation supplémentaire, à l'expiration d'une période de douze mois. D'autre part, il existe la possibilité de signer des accords bilatéraux entre États. Ces accords ont pour objectif de régler la situation des ressortissants des deux États signataires. Ils jouent le même rôle qu'un accord dérogatoire entre deux pays de l'Union européenne.

108. - Détachement extracommunautaire hors de tout cadre conventionnel. Hors de tout cadre conventionnel, l'employeur d'un français mobile à l'étranger peut opter pour différents types de couvertures sociales. Une possibilité de continuer de cotiser en France est possible pendant trois ans, renouvelable une fois[192], mais n'exonère pas pour autant de cotiser également, si c'est obligatoire dans le pays de détachement, pour le régime local ; ce mécanisme est donc coûteux et ne favorise pas la mobilité. L'employeur peut également décider de cotiser à la Caisse des Français de l'Étranger (CFE), si le détachement est supérieur à six mois, sans limite de durée[193].

Dans les cas où le régime du détachement n'est pas applicable ou s'il n'existe plus de lien de rattachement avec la France - excepté la nationalité du salarié -, c'est le régime de l'expatriation qui s'applique. L'affiliation à la Caisse des Français de l'Étranger est alors possible. Mais dans tous les cas, cette affiliation n'est pas obligatoire et un salarié français - ou son employeur - peut faire le choix d'une unique affiliation au régime local de sécurité sociale.

109. - Rôle déterminant de l'harmonisation en matière sociale. Dans le cadre d'une mobilité hors de tout cadre légal ou conventionnel, les salariés concernés se retrouvent démunis d'une couverture sociale convenable, ou les employeurs se retrouvent quasiment forcés de souscrire à un régime parallèle de sécurité sociale. Cette quasi-obligation existera tant qu'aucune harmonisation effective des différents droits nationaux ne sera faite.

---

[192] CSS, art. L. 761-2.

[193] S. HENNION, M LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL, *op. cit.*, p. 260.

110. - Conclusion du chapitre. Les libertés économiques proclamées par le droit de l'Union européenne sont des vecteurs de mobilité. Elles permettent l'établissement effectif d'un marché commun conforme à ce qui était voulu par Robert Schuman en 1951. La divergence entre la vision prospective des pères de l'Europe et les évolutions effectives de l'actuelle Union européenne se situe dans le développement social des populations composant l'espace européen. Le développement social n'a, en effet, pas suivi le développement économique, comme les signataires des premiers traités l'avaient sans doute souhaité[194].

L'application des règles du droit du travail local au salarié détaché sur le territoire d'un État de l'Union européenne est une mesure qui tend à éviter une forme de *dumping* social souvent craint. Les exceptions prévues par la directive sont, à l'inverse, de nature à susciter nombre de craintes chez une partie de la doctrine[195]. Si l'objectif affiché de la directive était une certaine harmonisation dans l'application du droit du travail au niveau local - ce qui est plus ou moins réussi -, le droit régissant l'application du droit de la sécurité sociale vient contrebalancer les espoirs nés. En effet, si le travailleur mobile est - du moins normalement - protégé quant à ses conditions d'emploi - bénéfice immédiat -, ses aspirations lointaines à une retraite meilleure reste lettre morte. En effet, le principe de l'unicité du régime de sécurité sociale empêche le salarié d'améliorer sa *prévoyance*[196].

Néanmoins, au-delà des imperfections qui peuvent être présentes dans le cadre de la mobilité tant européenne qu'extracommunautaire, les libertés économiques promeuvent - par la libéralisation des échanges - une solidarité économique, si chère aux pères fondateurs de l'Union européenne. Mais est-ce à découvrir un droit à la mobilité ? Le droit de circuler, et celui de travailler, seraient les deux composantes du droit à la mobilité. Mais cela se heurte à la réalité économique, qui fait de cette prérogative plutôt un droit au bénéfice des entreprises, et où les

[194] TUE, art. 3 § 3 : « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant* ».

[195] V. NIVELLES, *op. cit.* ; par exemple, en cas de détachement de moins d'un mois, ou encore lorsque la prestation est dans la continuité d'un contrat de fourniture d'un bien, consistant dans le montage dudit bien.

[196] Il faut toutefois relever la difficulté qui résulterait des changements successifs de régime de sécurité sociale, et la coordination que cela exigerait encore les Administrations des différents concernés par la relation de travail.

salariés sont plutôt contraints à la mobilité. La référence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne perd alors de sa substance, malgré l'existence annoncée d'un droit d'exercer une profession « *librement choisie ou acceptée* »[197].

La mise en concurrence exacerbée de l'économie, en parallèle d'une mise en concurrence des législations nationales, pose la question de la transformation des libertés économiques - liberté d'établissement et libre prestation de service - en une obligation de mobilité, pour les entreprises et leurs salariés. De fait, la mobilité n'est plus considérée comme un droit - ce qui était voulu originairement -, mais comme une nécessité. Elle est à considérer comme vecteur de souplesse face à la rigidité - stabilité ? - du contrat de travail.

À côté du droit supranational, le droit interne a sa propre vision de la mobilité, conçue comme un outil de gestion du personnel, pas seulement pour répondre à de nouveaux marchés, mais aussi dans un souci de flexibiliser la relation de travail. Cette mobilité fait partie intégrante de la vie de l'entreprise, mais présente, sans doute, moins de difficultés car elle reste dans un contexte national.

[197] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 15.

Chapitre 2

Les mécanismes nationaux de la mobilité

111. - Selon les réflexions d'Habermas, le contrat, par rapport à la loi, serait légitime car il est négocié. Il serait ainsi mieux accepté par la société. En ce sens, il serait donc plus efficace. C'est pour cette raison que la contractualisation est privilégiée, que ce soit de manière individuelle ou collective. C'est également un outil de prévision[198].

Si le contrat est le socle de la relation de travail, la mobilité peut tout autant se fonder sur le contrat (section 2), que s'en passer (section 1).

Section 1. LA MOBILITÉ IMPOSÉE

112. - Le contrat galvaudé. Un contrat avec seulement quelques éléments contractuels. C'est le curieux constat qui peut être dressé lorsqu'est étudié le contenu du contrat de travail. En effet, la distinction autrefois utilisée par la Chambre sociale de la Cour de cassation entre les éléments substantiels et non-substantiels du contrat de travail est une bonne représentation

[198] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1948, p. 144.

de la jurisprudence actuelle, quand bien même la distinction s'articule désormais autour de la modification du contrat et les simples changements des conditions de travail[199]. La nouvelle distinction ne fait que masquer la nature particulière du contrat du travail, qui contient finalement assez peu d'éléments dits contractuels.

Il est reconnu que la contractualisation du droit du travail peut prendre différentes formes. La première est bien entendu celle qui se développe depuis trois décennies, en raison de l'ampleur prise par le dialogue social, qui donne naissance à un droit négocié. La seconde forme prise par la *contractualisation* du droit du travail vient de la théorie française du droit du travail, qui voit comme fondement de la relation de travail le contrat individuel de travail[200]. À partir de ce postulat, il est évident que le droit du travail, et précisément celui de la mobilité, est un droit contractuel. D'ailleurs, il n'est pas rare que la Cour de cassation rende des décisions au simple *visa* de l'article 1134 du Code civil. Cette affirmation - le droit de la mobilité est un droit contractuel - vaut, au moins, pour la mobilité traditionnelle, découlant du contrat de travail, même si celle-ci pourrait, à l'avenir, à être dépassée par d'autres mécanismes de mobilité.

113. - Les éléments essentiels du contrat de travail. Outre la qualification du salarié, et la rémunération afférente à celle-ci, qui constituent des éléments essentiels au contrat de travail[201], le lieu de travail peut constituer un élément essentiel à la condition qu'il ait été contractualisé par une clause particulière[202]. Si beaucoup d'éléments doivent être portés à la connaissance du salarié lors de l'embauche, certains ne sont que des éléments d'informations qui peuvent donc être modifiés unilatéralement par l'employeur. Pour sécuriser le marché de l'emploi au niveau européen et ainsi privilégier la mobilité salariée, la directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991 dressant une liste de ces éléments. Si certains auteurs y ont vu là une liste des éléments essentiels au contrat de travail, il semble que seuls certains éléments le soient, ceux conditionnant directement la relation de travail, tels l'identité des parties, la qualification (et la description du poste de travail) ou encore la rémunération. Une partie de la doctrine soutient

[199] Cass. soc. 10 juillet 1996, n° 93-41137.

[200] Cass. soc., 6 juillet 1931, *Bardou*.

[201] Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43274, *Herzberg*, note G. COUTURIER, *La rémunération, élément essentiel du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 523.

[202] P-H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 330.

cette interprétation du texte européen[203]. Le lieu de travail relèverait alors de l'organisation du travail et appartient donc au pouvoir du chef d'entreprise.

À l'inverse donc, dans le cas où le lieu d'exécution du contrat de travail est prévu par le contrat ou par un accord collectif, ce lieu devient un élément contractuel, qui sort du champ du pouvoir de direction de l'employeur pour devenir un élément essentiel dudit contrat ; c'est ce qu'a décidé la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 30 novembre 2010, en condamnant un employeur qui avait voulu muter un salarié dans une commune voisine d'une quinzaine de kilomètres[204]. Malgré la très courte distance supplémentaire à parcourir, les magistrats ont relevé que la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport, à laquelle était rattaché le salarié, prévoyait qu'un changement de lieu de travail pouvait se faire, à condition de se trouver dans la même localité. En l'occurrence, le changement imposé au salarié, aussi minime soit-il, constitue une modification du contrat de travail, nécessitant l'accord du salarié. Et la justification de l'employeur, qui entendait faire valoir que la « localité » devait s'entendre au sens d'une « aire géographique », s'est heurtée à l'interprétation stricte de la convention collective par les magistrats de la Chambre sociale.

114. - Plan. À la suite de ces précisions, deux hypothèses retiennent l'attention, hors le cas de la présence d'une clause de mobilité définitive insérée au contrat de travail. Il s'agit du cas de la mobilité de mission (§ 1) et celui de la mobilité en dehors de toute prévision contractuelle (§ 2).

§ 1. La mobilité de mission, une mobilité dépassant le contrat

115. - Il faut entendre par « *mobilité de mission* » une mobilité induite. Le salarié est recruté spécialement pour sa mobilité. Cela s'oppose donc au recrutement d'un salarié exécutant son contrat de travail en un unique lieu, puis qui serait amené à déménager de manière définitive. Ce type de mobilité est basé sur la relation de travail (I), elle est une condition de la profession

[203] *Ibid*.

[204] Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 08-43499.

envisagée. Même si cette mobile prend sa source dans le contrat de travail, il peut être nécessaire de perfectionner le cadre de cette mobilité par la négociation collective (II).

I. Le contrat, fondement de la mobilité de mission

116. - Outre la possible insertion d'une clause de mobilité au contrat de travail, il existe des métiers où la mobilité fait partie de l'exécution normale du contrat de travail (A). Néanmoins, les parties au contrat peuvent vouloir tenter de sécuriser au mieux la mise en œuvre de cette mobilité (B).

A. La mobilité, identité de certains métiers

117. - La qualification, motif de mobilité. Si le lieu d'exécution de la tâche est par sa nature un élément de mobilité, la qualification du salarié peut en être un également. En effet, la qualification d'un salarié peut dans certains cas faire ressortir de manière logique une mobilité par nature ; la Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi déclaré qu'il existait des emplois par nature mobiles. Plus précisément, la haute Juridiction a consacré, le 22 janvier 2003, le principe qu'il existe des fonctions dont « *la spécificité* (…) *implique une certaine mobilité géographique* »[205]. C'est, en l'espèce, le cas d'un chef de chantier qui avait refusé son envoi temporaire sur un chantier hors de son secteur géographique, et en l'absence d'une clause de mobilité. Sans encore rentrer dans le détail de la clause de mobilité, cette jurisprudence met en exergue le fait que la qualification du salarié peut avoir un impact sur la mobilité du salarié. Ici, le chef de chantier pensait pouvoir refuser une mobilité ponctuelle sur un chantier éloigné de trois cents kilomètres par rapport à son secteur habituel, chantier qui devait durer deux mois. L'on aurait tendance à comprendre le refus du salarié au vu de la distance importante qui lui est

[205] Cass. soc., 22 janvier 2003, n° 00-43.826 ; note M-C. ESCANDE-VARNIOL, *Un déplacement éloigné mais temporaire peut être imposé au salarié*, D., 2003, p. 1659.

imposée, mais cette empathie pour le chef de chantier ne pèse que peu face aux intérêts de l'entreprise. En effet, en sus des fonctions spécifiques du salarié, la mobilité ponctuelle peut être imposée par l'intérêt de l'entreprise[206] ; ces deux conditions sont cumulatives.

118. - Le dépassement du contrat de travail. Au vu de la jurisprudence, il ne faut pas envisager cette possibilité comme trop restrictive. Le 21 mars 2000, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait accepté que soit imposé, à une salariée, un déplacement en Allemagne, alors que son contrat de travail prévoyait spécifiquement des déplacements en province[207]. La Cour s'est entre autres choses, basée sur le fait que, lors de l'embauche, des connaissances en allemand avaient été exigées. Par ailleurs, la fonction de *consultant cadre* a été considérée comme mobile par nature[208]. Là encore, le déplacement en Allemagne était d'une durée de deux mois, comme pour le chef de chantier.

Plusieurs éléments retiennent encore l'attention. Dans la deuxième espèce, le contrat de travail de la salariée mentionnait clairement que des déplacements « *en province* » étaient possibles, ce qui semble exclure contractuellement des déplacements à l'étranger. Une question était de savoir quel est le secteur habituel de travail de cette salariée. La Cour de cassation, à l'instar de la cour d'appel de Reims, considère de toute manière que la clause de mission figurant au contrat et prévoyant donc de manière contractualisée des déplacements en province permettait *de facto* de considérer qu'une mission de deux mois en Allemagne n'était qu'une simple modification des conditions de travail. La clause de mission se distingue des clauses de mobilité par le fait qu'elle organise une mobilité ponctuelle, c'est-à-dire sans déménagement, puisque la mobilité de mission n'est que pour une courte période, à l'inverse des clauses de mobilité qui, elles, induisent un changement définitif de lieu de travail.

119. - La fonction spécifique d'un salarié permet alors de viser au-delà de la clause de mission. Cela surprend lorsque l'on sait que nombre de clauses de mobilité sont sanctionnées de nullité, parce qu'elles ne délimitent pas assez précisément le périmètre d'application. Ici, c'est l'effet inverse qui s'impose à la salariée en lui imposant une mobilité au-delà du périmètre

[206] *Ibid*.

[207] Présence d'une « clause de mission », compte tenu des attributions du salarié.

[208] Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-44851, obs. J. MOULY, Dr. soc., 2000, p. 651.

prévu. L'impression est encore plus prégnante dans le cas de la première espèce puisque aucune clause de mobilité n'était prévue.

B. La mobilité sécurisée par une clause contractuelle ?

120. - La question de l'utilité des clauses de mission se pose, un contrat ne contenant pas une telle clause pouvant tout de même forcer à la mobilité en se fondant uniquement sur la fonction occupée et l'intérêt de l'entreprise, à l'instar d'un contrat délimitant strictement la zone de mission et qui, dans les faits, ne délimite rien du tout. Cela a été rappelé par un arrêt de la Cour d'appel de Lyon[209] et à nouveau par la Chambre sociale de la Cour de cassation[210].

De plus, une mobilité temporaire n'est pas analogue à une mutation définitive. Une mutation définitive augure un nouveau secteur géographique d'activité, et donc un changement total d'environnement pour le salarié, avec normalement un déménagement. Dans ce cas-ci, il semble que la jurisprudence reste ferme vis-à-vis des clauses de mobilité.

Par contre, dans le cas d'une mobilité ponctuelle, et donc temporaire, le contexte est différent. Il n'est pas demandé au salarié de déménager, même si l'absence peut durer plusieurs mois. Le droit fondamental au libre choix de son domicile est donc, ici, respecté. Pour ce type de mobilité ponctuelle, le salarié ne change pas à proprement parler de secteur géographique d'activité puisque, par sa fonction, son secteur est étendu. C'est donc effectivement un simple changement ponctuel des conditions de travail ; le salarié travaille sur un secteur d'activité donné, et pendant une certaine durée - raisonnable semble-t-il - il va exercer dans un nouveau périmètre. Mais la jurisprudence ne se prononce cependant pas sur ce que peut être une durée raisonnable pour ne pas enfreindre les règles de la mobilité salariée. De plus, la jurisprudence n'énonce non plus les règles clairement applicables aux mutations temporaires ; l'on sait juste qu'il faut une fonction spécifique et un intérêt pour l'entreprise. Entre clairement en jeu

[209] Lyon, 14 mars 2005.

[210] Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-47368.

l'exigence de mobilité pour les salariés qui ont des compétences particulières. À la lecture de l'arrêt du 21 mars 2000, il ressort que la cour d'appel se fonde sur « *les distances géographiques* » et « *l'existence de l'Union européenne* » pour justifier sa décision de condamner le refus de la salariée de se rendre en Allemagne. Il faut alors imaginer une décision prise dans un « esprit » européen - la dynamique européenne joue, ici, pleinement son rôle. À l'heure de la mobilité, les salariés, en particulier ceux ayant des compétences spécifiques, doivent être mobiles, cela dans l'intérêt de leur employeur et de l'emploi. Qui plus est, la mobilité qui leur est demandée n'est que temporaire, elle n'engage - tout du moins en théorie - donc que peu les personnes, à condition d'être assortie de certaines garanties.

121. - Garanties de la mobilité temporaire. Les garanties accordées aux « salariés mobiles ponctuels » n'étant pas bordées par le contrat, le salarié concerné ne connaît pas le cadre juridique applicable à sa mission. Pour le cas de la consultante amenée à travailler temporairement en Allemagne, la clause de mission qui organisait les déplacements en province doit, par analogie, également pouvoir organiser les déplacements à l'étranger, surtout si les distances parcourues sont minimes, ce qui semblait être le cas selon la cour d'appel. Concernant le chef de chantier, son contrat de travail ne comportait aucune mention d'une éventuelle mobilité, il a pourtant été contraint d'accepter la mobilité de deux mois, à trois cent kilomètres de son secteur habituel d'activité, qui lui était imposée par son employeur[211]. La différence ici est des plus importantes : la mobilité lui est imposée en l'absence de toute clause au contrat, aucune analogie n'est possible. L'on peut néanmoins reprendre un des arguments énoncés dans la seconde affaire pour défendre la première décision. L'argument de l'existence de l'Union européenne peut s'interpréter d'une double manière.

Dans un premier temps, s'impose l'intérêt prépondérant de l'entreprise à une époque où les marchés s'ouvrent. Plus globalement, un secteur géographique est comparable à un bassin d'emploi, notion certes floue, mais qui peut caractériser l'activité économique autour d'une ville. Pour certains secteurs d'activité, limiter l'activité à un périmètre de vingt ou trente kilomètres serait une quasi-condamnation. Par exemple, une entreprise de maçonnerie peut difficilement se contenter d'une activité limitée à un rayon de vingt kilomètres ; ce ne serait pas viable et cantonnerait son activité à de petits chantiers locaux, avec impossibilité de répondre à

[211] *Infra n° 127 et s.*

des appels d'offres pour des chantiers plus important, mais aussi plus éloignés. C'est pour cette raison que la Chambre sociale a considéré de manière large la notion de secteur géographique en admettant qu'une mutation de Forbach à Marly, villes distantes de soixante-dix kilomètres, ne constituait pas une modification du contrat de travail, mais un simple changement des conditions de travail[212]. Outre donc les fonctions spécifiques du salarié, l'intérêt de l'entreprise est prépondérant en l'espèce.

Dans un second temps, la Chambre sociale de la Cour de cassation semble viser les principes de l'Union Européenne que sont la liberté d'entreprendre et la libre prestation de service, deux principes qui ne sont applicables que si la mobilité est facilitée. En d'autres termes, il semble que désormais la mobilité face partie intégrante des conditions de travail de certaines catégories de travailleurs ou, donc, de certaines activités économiques[213]. Avec le principe de libre prestation de service et la mobilité autorisée au sein l'Union Européenne, il faut garder à l'esprit que de gros chantiers pourraient être confiés à des entreprises étrangères soumises à moins de charges pour la simple raison que les salariés français ne sont pas suffisamment mobiles.

Dans le contexte actuel, il semble inéluctable que la mobilité ponctuelle fasse partie intégrante de la vie des salariés, pour les secteurs qui ne sont pas de l'ordre de la simple production sur site, ces derniers pouvant être éventuellement mobiles, mais dans le cadre d'une mobilité longue durée, prévue par une clause de mobilité. Il est aujourd'hui normal de penser qu'une personne est mobile dans une certaine mesure, mais dans le contexte actuel de la flexicurité, une plus grande souplesse devrait donner lieu à un certain nombre de garanties pour le salarié. Pas forcément des avantages, mais à tout le moins un cadre juridique transparent.

122. - L'élargissement de la clause de mobilité. Pour les salariés ayant dans leur contrat de travail une clause de mobilité, cette dernière est censée mettre en place une certaine sécurité juridique pour le salarié concerné. Par analogie, il est possible d'étendre le régime de la mobilité en un lieu pour l'adapter à un autre lieu, comme par exemple une mobilité en France qui devient une mobilité en Allemagne. Qui plus est, cette mobilité ne demande que peu d'aménagements

[212] Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-15461.

[213] M-C. ESCANDE VARNIOL, *Mobilité internationale des travailleurs, entre pouvoir et responsabilité de l'employeur*, RDT, 2015, p. 47.

compte tenu de l'absence de frontières administratives au sein de l'Union Européenne, et que les deux pays - France et Allemagne en l'espèce - ne sont pas séparés pas la mer. Au surplus, les infrastructures de transports entre ces deux pays sont suffisamment développées pour ne pas occasionner de troubles trop importants au salarié concerné par cette mobilité. En tout état de cause, la mobilité géographique ponctuelle qui n'est qu'élargie dans son champ semble bénéficier d'un cadre suffisant pour assurer au salarié concerné un minimum de garantie.

123. - Intention des parties. Aussi, il convient parfois de se tourner vers l'intention des parties pour savoir comment considérer une demande de mobilité, comme l'y invite l'article 1156 du Code civil[214]. De cette manière, une demande de mobilité en Allemagne pour une durée relativement courte doit être acceptée par le salarié, au vu de l'exigence de maitrise de la langue allemande au moment de l'embauche.

124. - Sécurité juridique. Il n'en reste pas moins que cette mobilité va au-delà de ce qui est prévu au contrat, ce qui n'est pas sans poser question du point de vue de la sécurité juridique, côté salarié[215] ; c'est ici bel et bien l'intérêt de l'entreprise qui est privilégié. Mais au risque d'idéaliser la relation de travail, le développement ou le maintien de l'activité économique d'une entreprise bénéficie également à ses salariés.

125. - Absence de clause de mission. Pour les salariés, dont aucune mobilité n'est prévue au contrat de travail, le raisonnement adopté par les juges, s'il est louable du point de vue économique et non dépourvu de logique, pose un problème d'encadrement juridique. En effet, si le salarié possède effectivement des compétences spécifiques qui font de lui un élément important de l'activité de l'entreprise, ce n'est pas pour cela qu'il est utilisable hors de tout cadre juridique. Il est donc nécessaire de prévoir les garanties au bénéfice du salarié. Embauché sans allusion aucune à une quelconque mobilité, lorsque cette dernière lui est imposée, la question n'est pas tellement de vérifier sa légalité, mais de connaître les conditions pratiques de sa mise en œuvre : son indemnisation quant au transport, son hébergement sur place, une

[214] J-E. RAY, *La mobilité du salarié, aspects individuels*, Dr. soc., juin 1989, p. 432.

C. civ., art. 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

[215] Dans l'arrêt d'espèce, il est vrai que la mobilité devait se faire en France ; il faut toutefois ne pas perdre de vue le fait que lors de l'embauche, le fait de parler allemand était une condition.

éventuellement prime pour l'éloignement, etc. Autant d'éléments qui sont absents du contrat de travail. La mobilité telle qu'exposée ici connaît le problème de son encadrement, celui de sa légalité reste une autre interrogation.

II. le contrat, support insuffisant à la sécurisation de la mobilité de mission

126. - Face aux imprécisions du contrat de travail, la tâche de sécuriser la mobilité du salarié revient logiquement aux partenaires sociaux (A). Mais le problème - récurrent en droit du travail - de l'articulation du contrat avec la convention collective se pose (B).

A. La négociation collective, facteur de sécurisation de la mobilité de mission

127. - Un encadrement au niveau de la branche. La réponse adéquate à cette double interrogation - légalité et pratique de la mobilité ponctuelle - se situe au niveau de la branche.

Si la Chambre sociale a fait mention de « *fonctions spécifiques* » pour désigner les personnes mobiles par nature, cela semble réducteur quand l'on sait que certaines activités se font en *équipe*. Même si la sous-traitance est très répandue dans le secteur du BTP, un chef de chantier ne peut mener à bien un chantier tout seul. Il lui faudra donc parfois une équipe, et que cette équipe l'accompagne sur le site du chantier. Ce n'est donc plus une seule fonction qui devient mobile, mais l'ensemble d'un corps de métier, voire une entreprise entière, en raison de son activité économique. Si c'est l'activité économique qui nécessite ainsi une certaine mobilité ponctuelle, la solution peut donc se trouver par la signature d'un accord de branche qui légaliserait puis organiserait cette mobilité *naturelle*. C'est ce qui a été fait avec la signature de la convention collective SYNTEC[216]. Le Titre VIII de la convention prévoit la mobilité des

[216] Convention Collective Nationale applicable au Personnel des Bureaux d'Études Techniques, des Cabinets d'Ingénieurs-Conseils et des Sociétés de Conseils.

personnes soumises à cette convention en stipulant par exemple que la mobilité ne peut être « *l'occasion d'une charge supplémentaire ou une diminution de salaire pour le salarié* »[217]. Plus en lien avec les fonctions par nature mobiles, l'article 51 de la convention collective SYNTEC pose un principe de mobilité permanente pour les salariés dont le contrat de travail les conduit à une multitude de missions ponctuelles : « *L'ordre de mission pourra être permanent pour les salariés dont les fonctions, telles que précisées dans le contrat de travail, les conduisent à effectuer des déplacements multiples pour des interventions ponctuelles* »[218]. Il est toutefois indispensable que le contrat de travail renvoie à la convention collective SYNTEC de manière à ce que lesdites fonctions soient effectivement par nature mobiles. C'est ce que semble exiger l'article 51 qui renvoie aux fonctions « *telles que précisées dans le contrat de travail* ».

À défaut, un accord d'entreprise pourrait être spécifiquement signé dans les entreprises, dont l'activité nécessite une mobilité ponctuelle. Cela a par exemple été le cas en 2006 au sein de la Compagnie Financière et Industrielle des Autoroutes – COFIROUTE[219]. L'article premier s'intitule « *Mobilité* » puis se décline en trois sous article : « *grande mobilité* », « *petite mobilité* » et « *mobilité ponctuelle* ». La société COFIROUTE prévoit ainsi, en ce qui concerne la mobilité ponctuelle, qu'elle ne peut être supérieure à cinquante kilomètres. Sont également prévus des éléments de dédommagement pour compenser les déplacements, tels qu'une indemnisation kilomètre par kilomètre ou l'octroi de jours de repos. De tels accords seraient en mesure de sécuriser la relation de travail dans un contexte de mobilité ponctuelle, en augmentant la transparence de la relation employeur/salarié.

[217] Article 50 de la convention collective SYNTEC.

[218] Article 51 de la convention collective SYNTEC.

[219] Accord d'entreprise signé le 21 novembre 2006 entre la société COFIROUTE et les syndicats CFTC, FO, SGPA-UNSA, SAOR-CFDT.

B. La négociation collective, facteur d'extension des prérogatives patronales

128. - Le refus de la mobilité ponctuelle. La difficulté, dans les deux cas, est que le forçage du contrat par un accord collectif reste très compliqué ; seuls les contrats signés postérieurement à l'accord y seraient donc soumis[220]. L'accord d'entreprise COFIROUTE prévoit, toutefois, une rétroactivité des articles sur la mobilité à la date du premier accord, celui cité n'étant qu'un avenant. Toutefois, il n'est pas certain que cette rétroactivité puisse s'appliquer de droit selon ce qui était prévu dans l'accord antérieur.

En cas de refus des salariés de se soumettre à cet accord encadrant la mobilité, un licenciement économique pourrait être envisagé. L'issue serait donc la même qu'un refus direct de mobilité en l'absence d'accord collectif, à la différence importante que le licenciement serait alors prononcé pour faute. Pour l'instant, le seul intérêt pour un salarié concerné est donc d'accepter sa mobilité puisque quoiqu'il en soit, un licenciement est encouru. Dans l'hypothèse où il retrouve un emploi dans sa branche d'activité, il a de fortes chances de se retrouver face à la même problématique. Seul un licenciement économique avec recherche d'une nouvelle qualification paraît pouvoir sortir un salarié mobile par nature de ce cercle, car il paraît peu probable que la Chambre sociale de la Cour de cassation revienne sur sa jurisprudence, la mobilité étant vitale pour certaines branches d'activité.

Une solution peut être la mise en œuvre d'accord de mobilité interne tel que prévu par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le régime de ces accords garantissant l'employeur en cas de refus du salarié. Il n'est, cependant, pas certain qu'ils puissent trouver application dans le cas de mobilité de mission.

[220] Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, obs. F. CANUT, RDT, 2010, p.725 ; obs. J. BARTHÉLÉMY, Dr. soc. 2011, p.151.

§ 2. La mobilité dans un même secteur géographique, une mobilité ignorant le contrat

129. - Le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas en soi un élément essentiel du contrat de travail. La Chambre sociale de la Cour de cassation a, plusieurs fois, eu l'occasion de se prononcer sur la nature juridique de la mention d'un lieu d'exécution pour la tâche à accomplir, et il ne s'agit que d'une information à l'attention de la salariée. Cela ne signifie pas que l'employeur est en droit de modifier unilatéralement et sans limite le lieu de travail d'un salarié, mais cela ouvre toutefois certaines possibilités ou facilités pour l'employeur. La possibilité de mobilité est ainsi offerte à l'intérieur d'un même secteur géographique (I), rendant fautif le refus de la mobilité par le salarié (II).

I. Une mobilité forcée par la notion de secteur géographique

130. - La mise à l'écart du contrat. Si le contrat de travail n'a pas explicitement mentionné que tel lieu serait celui de l'exécution *exclusive* de l'activité économique dudit salarié, l'employeur conserve une marge de manœuvre certaine. En effet, la jurisprudence a élaboré une *doctrine* de la mobilité autour de la notion de secteur géographique[221]. Ce secteur correspond peu ou prou à un bassin d'emploi, notion là encore assez floue, qui doit se définir objectivement[222]. Par exemple, il a été jugé qu'un changement de lieu de travail éloigné de vingt kilomètres constituait un même secteur géographique[223].

Si la dénomination de secteur géographique n'est pas expressément utilisée dans l'arrêt du 20 octobre 1998, la Chambre sociale de la Cour de cassation pose déjà le principe d'une aire géographique dans laquelle est toléré un changement de lieu de travail. Les magistrats ont simplement utilisé le terme de « *région parisienne* » pour déclarer que la mobilité occasionnée

[221] Cass. soc., 20 octobre 1998, 96-40757.

[222] Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-40576, obs. J.-E. RAY, Dr. soc., 1999, p. 737 ; obs. *in* P. WAQUET, *Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail*, Dr. soc., 1999, p. 566.

[223] *Ibid*

n'est qu'un changement des conditions de travail, la région parisienne pouvant pourtant amener à faire d'importantes distances. La Chambre sociale utilise l'expression « secteur géographique » deux mois plus tard, dans un arrêt du 16 décembre 1998 qui consacre ainsi la notion[224]. Il est ainsi posé que ne constitue pas une modification du contrat de travail, le changement de lieu à l'intérieur d'un même secteur géographique.

131. - L'importance des moyens de transport dans l'appréciation du secteur géographique. La distance n'est pas le seul élément pris en compte par la Chambre sociale de la Cour de cassation pour déterminer un secteur géographique. Un autre élément important est la présence de transport en commun dans ledit secteur ; un réseau de transport suffisamment développé amènera les magistrats à admettre qu'un secteur géographique puisse être plus étendu que d'ordinaire. L'indice qui va guider les juridictions dans leur analyse est la durée du trajet, son éventuelle augmentation substantielle. Mais même dans ces circonstances, un secteur géographique peut être apprécié de manière relativement large. Il a, par exemple, été jugé que l'augmentation de trente-quatre minutes de la durée du trajet n'entraînait pas pour autant le changement de secteur géographique[225]. En l'espèce, la mobilité était exigée à la suite d'un changement de siège social.

132. - Caractérisation d'un secteur géographique. Plusieurs éléments de l'espèce sont intéressants. Il n'y a pas de changement de secteur géographique, alors que le nouveau lieu de travail se trouve dans un département différent du lieu d'origine. L'on ne peut donc pas analyser un secteur géographique, dans son acception jurisprudentielle, comme un territoire administratif. La durée du trajet ne fait pas non plus passer le salarié d'un secteur géographique à un autre. En l'espèce, le trajet de la salariée pouvait durer entre une heure et trente-quatre minutes et deux heures et neuf minutes selon le transport utilisé. La barre de l'heure et demie ou des deux heures de trajet ne constitue donc pas une barrière infranchissable pour un salarié dont on exige la mobilité. Son refus est constitutif d'une faute grave[226]. Évidemment, il s'agit de comparer le nouveau temps de trajet par rapport à la situation ancienne : le nouveau trajet peut durer deux heures, ce qui est assez conséquent, mais il n'est plus important que de trente

[224] Cass. soc., 16 décembre 1998, n° 96-40227, obs. *in* P. WAQUET, *op. cit.*

[225] Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-30869.

[226] *Ibid*

minutes, soit une augmentation de 25 % de la durée du trajet. C'est vraisemblablement sur ces considérations que la Chambre sociale a jugé que le trajet s'établissait toujours dans un même secteur géographique. À cela, s'ajoute le fait que la région parisienne est largement pourvue en transport en commun ; les magistrats de la Cour de cassation ont donné là une possibilité assez étendue à l'employeur pour modifier le lieu d'exécution du contrat de travail.

133. - Conséquence. Est ainsi accepté une mobilité qui n'est pas choisie mais subie, les salariés n'ayant pas été mis en mesure de prévoir leur mobilité, soit par une absence de prévision contractuelle, soit par une extension de ces prévisions. Le problème juridique est contourné par la simple considération que cette mobilité n'en est pas une ; ceci illustre néanmoins l'importance grandissante d'une mobilité de plus en plus exigée.

II. Une mobilité étendant le pouvoir disciplinaire de l'employeur

134. - Dans un même secteur géographique. S'il est souligné que la notion de secteur géographique en tant que telle s'apprécie de manière objective, il en va autrement pour l'appréciation du refus de mobilité de la part d'un salarié. Ce qui est par ailleurs assez surprenant. Ainsi, la faute du salarié sera qualifiée de « grave » si le refus n'est justifié par aucune circonstance[227], mais pourrait ne constituer qu'une faute simple si le refus est dû à la situation personnelle du salarié. C'est donc une appréciation subjective qui a lieu au niveau de la sanction encourue, la Chambre sociale de la Cour de cassation déclarant que le refus du salarié ne constitue pas à lui seul une faute grave[228].

À l'inverse, elle a rejeté le pourvoi d'une salariée ayant été licenciée pour faute grave en raison du refus de changement du lieu de travail à l'intérieur d'un même secteur géographique[229]. La différence entre ces deux traitements différents tient au fait que les salariés concernés ne présentent pas les mêmes situations ; le licenciement pour faute légère, et non

[227] Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 07-40522, obs. J. SAVATIER, Dr. soc. 2008, p. 498.

[228] Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-41041 08-41420**.**

[229] Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-30869.

grave, est justifié, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, « *eu égard à son ancienneté et à ses charges familiales* ».

La raison invoquée pour refuser la mobilité est somme toute logique. Mais le raisonnement tenu par la Cour de cassation surprend. Il ne peut être fait abstraction de la jurisprudence des clauses de mobilité qui permet de mettre en échec une mobilité prévue par le contrat pour les mêmes raisons, à savoir le droit à une vie personnelle et familiale. Pourquoi, alors que la mobilité n'est pas prévue au contrat, le refus pour des raisons similaires entraîne-t-il un licenciement pour faute ? Il aurait été plus cohérent, pour la Chambre sociale, de rechercher si l'employeur ne pouvait envisager une autre solution, comme la prise en charge de tout ou partie des trajets. L'on peut objecter que la mobilité dans un même secteur géographique n'est qu'un changement des conditions de travail, c'est-à-dire un changement minime, et qu'ainsi le salarié ne peut refuser ce *petit* changement. Mais l'on pourrait tout aussi bien objecter qu'un salarié qui était prévenu d'une éventuelle mobilité par la présence d'une clause de mobilité géographique dans son contrat, devrait pouvoir être licencié, non pas pour faute grave, mais alors pour faute simple. Tout dépend ici du point de vue défendu. On penche toutefois pour une application plus *humaine* du droit du travail, qui n'est pas seulement un droit économique, mais un droit *social*. On peut, à ce propos, citer le professeur J.-E. Ray, qui soutient que « *le droit du travail n'est pas là pour protéger les tentateurs de l'île de la tentation ou les forfait-jours, le droit du travail est là pour protéger de la mobilité* »[230].

135. - Mobilité temporaire non prévue. La Chambre sociale de la Cour de cassation a étendu la possibilité, pour l'employeur, de dépasser le secteur géographique, dans le cadre d'une mobilité temporaire. Cette possibilité est néanmoins assortie de conditions. Le cadre strict de la mobilité temporaire et occasionnelle - dépassant les limites du secteur géographique ou du périmètre géographique de la clause de mobilité - est délimité par l'intérêt de l'entreprise, mais surtout par des circonstances exceptionnelles. Comme le souligne Monsieur J.-Y. Frouin, l'intérêt de l'entreprise n'est pas suffisant ; la Chambre sociale veille donc à ce que ces mutations occasionnelles ne deviennent pas un mode commun de gestion des effectifs dans

[230] J.-E. RAY, *Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ?*, Dr. soc., 2011, p. 909.

l'entreprise[231]. Néanmoins, ce dépassement autorisé du secteur géographique - lui-même dépassement du contrat de travail - va bien dans le sens d'un impératif de mobilité en gestation.

Section 2. LA MOBILITÉ ANTICIPÉE

136. - Confrontées à un manque de prévisibilité, les entreprises ont logiquement contractualisé l'avenir de la relation de travail amenée à évoluer. Les clauses de mobilité ont l'objectif affiché de prévoir à l'avance la modification du lieu de travail, faisant passer cette modification de la relation de travail pour une simple modification des conditions de travail, ce qui présente un atout indéniable pour la gestion du personnel d'une entreprise (§ 1). Néanmoins cette prévisibilité n'est pas absolue, les juridictions françaises confrontant ces clauses aux droits fondamentaux des salariés (§ 2).

§ 1. La clause de mobilité, outil d'incorporation du pouvoir patronal au contrat

137. - Contractualiser la mobilité à venir d'un salarié n'est pas gage d'un pouvoir absolu pour l'employeur. Cependant, cela lui offre une certaine souplesse pour la gestion géographique du personnel (I). Souplesse, qui est toutefois conditionnée (II).

[231] J.-Y. FROUIN, *Mutation géographique occasionnelle au-delà des limites d'un même secteur géographique ou d'une clause de mobilité géographique : conditions de validité*, note sous cass. soc. 3 février 2010, RDT, 2010, p. 226.

I. Un pouvoir étendu

138. - L'insertion d'une clause de mobilité présente un intérêt certain pour l'employeur, qui peut exiger la mobilité d'un salarié sans obtenir préalablement son accord (A). La question de la mise en œuvre de la mobilité - de son financement essentiellement - est à prévoir (B).

A. Un pouvoir de modification du lieu de travail

139. - Modulation de la relation de travail. Si la Cour de cassation a pendant longtemps opéré une distinction entre les éléments substantiels et ceux non substantiels du contrat de travail, elle s'est tournée vers une nouvelle distinction par deux arrêts du 10 juillet 1996[232]. De fait, en présence d'une clause de mobilité, le changement du lieu habituel d'exécution du contrat de travail ne constitue plus une modification du contrat de travail mais un simple changement des conditions de travail. Comme le disent certains auteurs, « *le changement qui surviendra, quelle que soit son importance objective, ne s'analysera plus en une modification du contrat, mais comme son exécution* »[233].

140. - Clause de mobilité contenue dans la convention collective. Généralement prévue au contrat de travail, ce qui présente l'intérêt de sécuriser la clause de mobilité, cette dernière peut également être prévue par la convention collective, à laquelle le contrat individuel de travail ne fait que renvoyer[234]. En cas de conflit de normes, c'est logiquement la règle du principe de faveur qui départage les deux normes et c'est donc celle qui est la plus favorable au

[232] Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-41137 ; cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-40966, obs. H. BLAISE, Dr. soc., 1996, p. 976.

[233] J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 25° éd. 2011, p. 684.

[234] M-C. AMAUGER-LATTES, *Une convention collective peut imposer une obligation de mobilité aux salariés qui ne peut cependant s'appliquer à ceux dont le contrat est antérieur*, D., 2002, p. 3115 ; Y. AUBRÉE, *Contrat de travail (clauses particulières)*, 87, Rép. Dalloz civ., 2015.

salarié qui se verra appliquée[235]. La clause de mobilité contenue dans la convention collective doit néanmoins respecter certaines règles de forme ; elle doit être précise[236] et se suffire à elle-même, et avoir été portée à la connaissance du salarié avant son embauche[237]. Une solution contraire a été apportée en matière de clause contenant la période d'essai, qui devait ainsi être expressément prévue par le contrat de travail. En l'état actuel du droit, les clauses de mobilité peuvent encore n'être présentes que dans la convention collective, même si cela peut présenter un risque ; soit un oubli de faire référence à la convention collective, soit un revirement de la jurisprudence, qui ne serait guère étonnant.

141. - Intérêt de contractualiser. L'utilité de la clause de mobilité est grande, car elle apporte une souplesse certaine à l'employeur qui peut ajuster les effectifs de son entreprise sur différents sites, sans passer par une procédure lourde vis-à-vis du salarié concerné : proposition de mutation, délai de réflexion, accord/refus du salarié. Cela est notamment possible en cas de difficultés économiques. L'employeur peut, en effet, et en présence d'une clause de mobilité, mettre œuvre cette dernière de manière discrétionnaire, à condition de ne pas le faire abusivement ou de mauvaise foi[238]. La bonne foi étant présumée, il revient au salarié de prouver que l'employeur a agi de mauvaise foi ; cela a été rappelé dans deux arrêts du même jour : le salarié doit lui-même prouver que la clause de mobilité a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle[239]. À l'inverse, l'employeur n'a pas à prouver que la clause est mise en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise, la mobilité ayant été acceptée *a priori* par le salarié au moment de la signature de son contrat de travail.

---

[235] Cass. soc., 5 mai 1998, n° 95-42545, obs. in G. COUTURIER, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc., 1998, p. 878 ; cass. soc., 3 mars 2004, n° 02-41750, *in* M-C. AMAUGER-LATTES, *op. cit.*

[236] Pour la condamnation d'une clause imprécise : cass. soc., 24 janvier 2008, n° 06-45088, obs. J. SAVATIER, Dr. soc., 2008, p. 498.

[237] Y. AUBRÉE, *op. cit.*

[238] Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-44315, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *L'exigence de bonne foi étendue à la clause de mobilité*, RTD civ., 2000, p. 326 ; obs. B. BOSSU, D., 2001, p. 2797, obs. B. GAURIAU, Dr. soc., 1999, p. 734.

[239] Cass. soc., 23 février 2005, n° 03-42018, note H.-K. Gaba, *Changement des conditions de travail : règles de mise en oeuvre et régime juridique du refus du sala*rié, D., 2005, p. 1678 ; cass. soc., 23 février 2005, n° 04-45463 ; note J. MOULY, Dr. soc. 2005, p. 576.

142. - Effets de la clause. Les effets d'une clause de mobilité s'entendent de manière stricte. Il est donc toujours jugé que la clause ne peut avoir pour effet de modifier un autre élément que le lieu d'exécution du contrat de travail. Des éléments comme le salaire doivent rester inchangés. Dans le cas où la mutation entraîne une modification de la rémunération, le salarié est alors en droit de refuser la mutation au titre du maintien des avantages acquis. C'est, par exemple, le cas lorsqu'un directeur de magasin, dont la rémunération est calculée pour partie en fonction du chiffre d'affaire du magasin, est muté dans un autre magasin faisant un moins bon chiffre d'affaires que le précédent. L'argumentation tenant au fait que la modification de la rémunération n'est que la stricte application du contrat est jugée irrecevable devant la chambre sociale[240]. Si l'analyse pratique y trouve une certaine logique en défendant le salarié, l'analyse contractuelle est plus nuancée. En effet, la rémunération était inscrite au contrat comme un élément variable et une diminution de la rémunération est donc possible. Il n'y a pas d'effet « cliquet »[241] prévu au contrat, et rien ne s'oppose apparemment à une diminution de la rémunération. La condamnation jurisprudentielle provient de l'origine de la modification du salaire ; ce ne sont pas les mauvais résultats du magasin qui entraînent une diminution de la rémunération, mais le fait de l'envoyer dans un magasin faisait un moins bon chiffre d'affaire. Si l'objectif affiché de l'entreprise est sûrement d'améliorer les résultats économiques en mettant un responsable qui a fait ses preuves, l'effet immédiat pour ce salarié fait quelque peu figure de sanction en lui enlevant une partie de sa rémunération. La Chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que l'intérêt de l'entreprise est important – ce n'est pas la mobilité qui est condamnée – mais les effets ne doivent pas entraîner d'autres inconvénients pour le salarié que celui de changer de lieu de travail et de vie[242]. Le changement de lieu de vie est toutefois un élément qui va pouvoir influencer l'éventuelle mobilité du salarié.

[240] Cass. soc., 15 décembre 2004, n° 02-44714, obs. J. MOULY, Dr. soc., 2005, p. 337.

[241] Effet qui empêche le retour en arrière d'une situation donnée.

[242] Au surplus, ce genre de pratique managériale parait douteuse, du point de vue de la reconnaissance due à un salarié compétent.

B. Un pouvoir de pacification des rapports de travail

143. - Rien n'oblige un employeur à financer le déménagement de son salarié, même en présence d'une clause de mobilité. D'ailleurs, l'employeur ne peut pas réellement obliger le salarié à déménager, le principe de liberté du choix du domicile prévalant. Deux hypothèses préalables sont donc possibles ; soit le contrat de travail a prévu le financement, soit la convention collective applicable l'a fait. Il reste une dernière solution : face aux nouvelles difficultés auxquelles font face les employeurs pour mettre en œuvre une clause, le financement du déménagement peut être un objet de négociation. Cela est possible pour le cas où le salarié se trouve en position de force, c'est-à-dire en position de refuser la mobilité, pour des raisons juridiques ou de compétences.

L'anticipation du déménagement peut donc être contenue en amont dans la convention collective applicable. À une époque d'avènement de la négociation collective, la question de la négociation du coût des déménagements aurait pu être un argument pour négocier au niveau de la branche, des prix plus avantageux auprès de prestataires, mais cette pratique a été définitivement condamnée par le Conseil Constitutionnel, lors de la décision portant sur la couverture sociale complémentaire qui devait être mise en place au niveau de la branche également[243]. Toujours est-il que la simple mise en place d'une obligation pour l'employeur de prendre en charge le déménagement du salarié serait un élément important pour rendre la mobilité plus attractive, et surtout, moins subie. Cela a, par exemple, été le cas dans la branche de la plasturgie par un accord étendu[244]. Cet accord prévoit un certain nombre de dispositions, comme la prise en charge d'un voyage pour la personne concernée et le conjoint, afin de visiter l'éventuel futur lieu de travail et son environnement, puis la prise en charge du futur déménagement[245]. Ce type de prévisions serait, à n'en pas douter, un atout pour les entreprises afin de prévoir la mobilité et de rassurer les salariés.

[243] Conseil Constitutionnel, n° 2013-672 DC, 13 juin 2013.

[244] Accord du 10 janvier 1987, relatif à la mobilité en France métropolitaine.

[245] Sur le choix du déménageur, il est laissé au salarié, mais peut être supplanté par l'employeur si le salarié ne se décide pas.

La prévision du coût de la mobilité dans le contrat de travail est également une possibilité, mais nécessite d'insérer toutes les dispositions dans lesdits contrats. L'avantage de la négociation au niveau de la branche est une homogénéité de la prise en charge de la mobilité, ce qui peut ainsi éviter des tensions entre salariés, qui auraient pu être traités différemment si la prise en charge était individualisée.

La dernière hypothèse est donc que rien ne soit prévu, ni dans la convention collective, ni dans le contrat de travail. La prise en charge du déménagement apparaît plus alors comme un *bonus*, et fait office d'élément psychologique pour *forcer* la mobilité. Si tout est prévu d'avance, l'entreprise n'a plus rien à proposer. En gardant cet élément à l'écart des prévisions, les entreprises se réservent une marge de manœuvre. Cela est d'autant plus utile que, la jurisprudence se durcissant, il devient de plus en plus compliqué de mettre en œuvre une clause de mobilité. Toujours est-il que si un salarié est bien implanté, avec sa famille, dans le secteur géographique où il se trouve, il est devenu de plus en plus compliqué de l'obliger à être mobile, tout comme il est devenu hasardeux de le licencier pour un refus.

II. Un pouvoir conditionné

144. - Le pouvoir accordé par l'insertion d'une clause de mobilité reste limité. Cette limitation tient à plusieurs éléments. La rédaction de la clause doit notamment être précise ; une clause de mobilité doit ainsi être limitée dans son périmètre (A), mais sa mise en œuvre doit aussi être soigneusement préparée (B).

A. Une condition portant sur le périmètre géographique de la clause

145. - Bien délimiter le périmètre de la clause. L'avancée des droits fondamentaux a été un facteur déterminant dans le recul de l'efficacité des clauses de mobilité. Le droit à une vie privée et familiale est le droit fondamental le plus à même de limiter la mise en œuvre d'une

clause de mobilité[246]. Cela reprend l'idée du professeur P-Y. Verkindt ; depuis quinze ans, s'opèrerait un travail de cantonnement des clauses insérées au contrat de travail[247]. Si cela se révèle partiellement vrai, la Chambre sociale est toutefois revenue sur une partie de sa jurisprudence pour redonner une certaine liberté de gestion à l'employeur, notamment concernant les salariés dits mobiles.

146. - Contrôle léger pour les salariés sédentaires[248]**.** La dichotomie opérée selon que le salarié soit mobile ou non est essentielle pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui apprécie différemment la légalité de la clause de mobilité selon les fonctions exercées. Concernant un salarié normalement sédentaire, la condition de validité essentielle est la stricte délimitation géographique de la clause de mobilité dans un périmètre donné. Plusieurs arrêts illustrent cette exigence qui est normale : sécuriser en amont la relation de travail. De cette manière, l'employeur ne peut pas muter un salarié au-delà du périmètre prévu au contrat. Par ailleurs, ce périmètre doit être délimité objectivement, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être modifié par la simple volonté de l'entreprise. Il a ainsi été considéré que lorsqu'une clause prévoit une possible mutation dans les différents établissements de l'entreprise, cela s'entend comme des établissements ouverts au moment de la signature du contrat, et exclut donc les établissements qui ont vu le jour postérieurement ; un agrandissement du secteur en fonction des nouveaux clients de l'entreprise était également proscrit[249]. Cela sous-entend évidemment que la clause doit contenir une limite réelle, et, selon la Chambre sociale, *le monde entier* n'en est pas une. Elle a en effet décidé, dans un arrêt du 26 mai 2010, qu'une clause qui prévoyait une éventuelle mutation « *sur l'ensemble du territoire national mais également dans tous pays* » était sans effet, et qu'ainsi, le licenciement qui avait suivi le refus du salarié était sans cause réelle et

[246] C'est l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui protège ce droit pour « *toute personne* ; ce droit a ainsi pu être étendu aux salariés.

[247] P.-Y. VERKINDT, Introduction de la seconde partie du colloque du 9 juin 2011 intitulé *La mobilité des salariés*, Montpellier, 2011.

[248] Selon la distinction opérée par madame M-C ESCANDE-VARNIOL : salariés sédentaires, occasionnels, nomades ou itinérants, *in Mobilité internationale des travailleurs, entre pouvoir et responsabilité de l'employeur*, RDT 2015, p. 47.

[249] Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-43368.

sérieuse[250]. La décision est logique, et illustre un cas extrême de clause de mobilité imprécise, et donc nulle.

147. - Remise en cause de la jurisprudence. Si la clause prévoyant, comme périmètre de mutation, « le monde entier » reste une clause nulle, du fait de sa trop grande imprécision, l'année 2014 a été marqué par le souffle d'un « *vent de liberté* »[251], concernant le régime des clauses de mobilité géographique. Deux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation, du 9 juillet[252] et du 5 novembre 2014[253] ont, en effet, consacré des clauses de mobilité ayant pour périmètre le territoire français métropolitain. Si les salariés ici concernés ne sont pas nomades, l'évolution de la jurisprudence montre toutefois une tendance au développement de la mobilité des salariés.

148. - Contrôle plus lourd pour les salariés nomades. Une différence est notable avec la mobilité des salariés considérés, de fait, comme mobiles. La Chambre sociale illustre parfaitement cette différenciation des situations et des régimes avec l'arrêt du 21 mars 2000, au sujet d'une salarié, dont était exigée une mobilité temporaire en Allemagne[254]. La clause prévoyant une mobilité vers la Province, la salariée a cru pouvoir refuser une mission en Allemagne. Bien mal lui en a pris, puisque s'en est suivi un licenciement disciplinaire.

Certains juristes y ont vu un « *contrôle léger* » de la clause, sous prétexte que la clause n'aurait pas été suffisamment claire[255]. Pourtant, la clause de mobilité géographique semble, pourtant, extrêmement claire. Ce contrôle léger est, au contraire, justifié par la fonction particulière de la salariée, qui était amenée à se déplacer régulièrement. À l'inverse d'un problème d'interprétation, il faut relever ici un contrôle qui va au-delà de l'interprétation de la clause, puisque celle-ci n'avait pas à être interprétée. Ce n'est donc pas un contrôle pour veiller

---

[250] Cass. soc., 26 mai 2010, n° 09-40422.

[251] G. LOISEAU, *Un vent de liberté souffle sur les clauses de mobilité*, RDC, 31 mars 2015, n° 1, p. 121, obs. sous cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-16687 et 13-16688.

[252] Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-11906, obs. J. MOULY, *Validité d'une clause de mobilité géographique prévue pour la France entière*, Dr. soc., 2014, p. 857, obs. J. ICARD, *La mention du « territoire français » comme zone géographique d'application de la clause de mobilité*, Cah. soc., 2014, 563.

[253] Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-16687 et 13-16688, obs. G. LOISEAU, *op. cit.*

[254] *Supra n° 118.*

[255] *Clause de mobilité*, cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1 juillet 2005, n° P05, p. 12.

à l'efficacité de la clause, mais une décision qui anéantit l'efficacité de cette clause, au détriment du salarié. L'employeur avait pourtant la possibilité de prévoir dans la clause les éventuels déplacements en Allemagne puisqu'il avait exigé, au moment de l'embauche, des compétences en allemand. Mais, plutôt que de condamner l'employeur peu prudent, les magistrats ont préféré faire preuve de souplesse, ce qui pose la question de l'intérêt de la clause, pour l'employeur comme pour la salariée. Il faut toutefois relever le pragmatisme des juges ; l'Allemagne étant un pays frontalier, et la maitrise de l'allemand étant une condition de l'embauche, la Chambre sociale a privilégié l'intérêt de l'entreprise.

149. - L'évolution perceptible de la jurisprudence, concernant les clauses de mobilité des salariés, montrent déjà une évolution importante du mécanisme, en faveur d'un impératif grandissant de mobilité. Mais comme le souligne le professeur G. Loiseau, aujourd'hui ce n'est pas tant la validité de la clause qui est problématique, mais sa mise en œuvre[256].

B. Une condition portant sur les conditions de mise en œuvre de la clause

150. - Le refus du salarié en présence d'une clause de mobilité. L'insertion dans le contrat de travail d'une clause de mobilité géographique impose normalement au salarié de s'y soumettre. De fait, certains ont craint l'insertion de telle clause de mobilité à la maniée de clause de style, de manière à étendre le pouvoir disciplinaire de l'employeur. En effet, il suffirait alors d'actionner cette clause de manière à entrainer un refus du salarié, pour pouvoir le licencier pour motif disciplinaire. D'où l'importance de veiller aux conditions de mise en œuvre de la mobilité.

151. - Abus de l'employeur. D'une manière générale, les juridictions ne valident le refus d'un salarié qu'en cas d'abus de l'employeur dans la mise en œuvre de la clause. Ce refus peut se caractériser par une absence d'intérêt pour l'entreprise cumulée à une situation difficile pour le salarié. Un délai de prévenance trop court peut également caractériser l'abus. Une autre

[256] G. LOISEAU, *op. cit.*

hypothèse est de mettre en œuvre la clause dans le but de sanctionner le salarié. Il y a alors abus dans le sens que la clause est détournée, dans son objet, de ce pour quoi elle a été introduite. Ça a été le cas dans une espèce jugée le 15 janvier 2002[257], où un directeur de magasin s'était vu interdire l'accès à son lieu de travail, puis proposé une mutation qu'il a refusée ; il a ensuite été licencié. La Chambre sociale de la Cour de cassation a relevé que la mesure avait pour fondement le risque que ce directeur puisse peser sur la réussite d'une opération commerciale. Les magistrats ont ainsi jugé que la mobilité imposée au directeur de magasin, même en vertu d'une clause de mobilité, se fondait avant tout sur le risque d'échec d'une opération commerciale, et que la mutation avait donc été prise comme mesure disciplinaire. Il ressort de cet arrêt, qui suit une jurisprudence constante, que la présence d'une clause de mobilité ne prouve pas la légitimité de sa mise en œuvre, alors même qu'une sanction disciplinaire est justement prise dans l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, la Chambre sociale rappelle que l'on ne peut détourner une clause de mobilité de sa vocation première – un intérêt économique pour l'entreprise.

L'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 18 septembre 2002 révèle les reproches pouvant être faits à un employeur[258]. D'une part, selon les juges, le délai de prévenance n'avait pas été suffisant[259], d'autre part, le contrat imposait un délai de réflexion de huit jours, avant la mise en œuvre de la clause, qui n'avait pas été respecté. Enfin, il a été relevé que l'employeur cherchait à licencier la salariée concernée, ce qui caractérisait un détournement de la clause de mobilité, et donc un abus de la part de l'employeur.

§ 2. La clause de mobilité, outil d'incorporation du pouvoir patronal remis en cause

152. - Le droit issu du Conseil de l'Europe a amené ce que la doctrine appelle une « fondamentalisation » du droit du travail, c'est-à-dire une montée en puissance des droits

[257] Cass. soc., 15 janvier 2002, n ° 99-45979.

[258] Cass. soc., 18 septembre 2002, n° 99-46136, obs. R. VATINET, Dr. soc., 2002, p. 997.

[259] Le délai de prévenance s'analyse en un délai qui permet au salarié concerné de prendre ses dispositions quant à son nouveau poste, comme par exemple pour régler la question du logement.

fondamentaux au profit des salariés. Concernant la mobilité géographique, deux droits fondamentaux sont particulièrement utilisés par les juridictions, il s'agit du droit à une vie personnelle et familiale (I) et du droit au libre choix du domicile (II).

I. Une remise en cause résultant du droit à une vie personnelle et familiale

153. - Le droit à une vie personnelle et familiale est un droit dérivé de celui à la vie privée et familiale protégée par l'article 8 de la Convention EDH. Il permet au salarié d'opposer à son employeur son droit à une vie de famille, nécessairement subjective (A). La subjectivisation de ce droit oblige dangereusement l'employeur a, de fait, connaitre la vie personnelle et familiale de ses salariés dans le but de la prendre en compte et la *respecter* (B).

A. L'exigence de subjectivisation de la mobilité

154. - Exigence d'un délai de prévenance. À la jonction de l'abus pour prise de décision précipitée et de l'empiétement sur la vie familiale du salarié, il faut citer l'arrêt de la chambre sociale du 19 mars 2003, qui lie les deux aspects de la question du refus de mobilité. En l'espèce, l'employeur a prévenu la salariée de sa nouvelle affectation uniquement quatre jours avant la prise de fonction, alors qu'un déménagement était indispensable, et que la personne concernée avait un enfant en bas âge. Rien ne dit, avec certitude, ce qu'aurait été la décision de la chambre sociale en l'absence de cette situation familiale, mais nul doute que le délai de quatre jours est bien trop court pour permettre à la salariée de s'organiser. Son refus aurait alors été validé par les magistrats. En outre, les juges relèvent que l'intérêt de l'entreprise n'a pas été établi. Si le délai de quatre jours semble suffire pour invalider le licenciement, il semble que la Chambre sociale de la Cour de cassation se fonde sur plusieurs éléments pour justifier sa décision, ce qui laisse plutôt apparaître un faisceau d'indices.

155. - Existence d'une situation familiale pouvant justifier un refus de mobilité. Il existe pourtant des cas où la situation familiale est seule présente ou prise en compte, quel que soit le délai de prévenance laissé par l'employeur. Dans ces circonstances, l'intérêt de l'entreprise doit nécessairement être prouvé et jugé suffisant. L'arrêt du 6 février 2001 relate le cas d'une salariée, mère d'un enfant handicapé, qui devait être présente à l'heure du déjeuner pour s'occuper de ce dernier[260]. À son retour d'arrêt maladie à la suite d'un accident du travail, l'employeur lui propose deux postes aux caractéristiques proches de son ancien emploi, postes qu'elle refuse à cause de ses contraintes familiales. L'intérêt de l'entreprise aurait pu justifier le licenciement de la salariée rebelle, sauf qu'il résulte des faits que le poste d'origine de cette dernière était toujours libre, et aucune raison n'obligeait l'employeur à muter sa salariée sur un autre poste, l'employeur ayant par ailleurs connaissance de la situation familiale de la salariée. Cet arrêt illustre la prise en compte des deux conditions permettant de remettre en cause une clause de mobilité : un droit fondamental au bénéfice du salarié, et l'exigence d'un intérêt pour l'entreprise.

156. - Consécration du droit à une vie familiale. La consécration du droit fondamental à avoir une vie personnelle à côté de sa vie professionnelle et surtout, le droit de concilier les deux, s'est réalisée par l'arrêt du 14 octobre 2008, nommée régulièrement arrêt *Stéphanie M*[261]. L'arrêt en question reprend en une seule espèce tous les éléments observés jusqu'à présent dans la jurisprudence. La salariée est consultante, et mère de trois enfants. Elle est à l'origine embauchée à temps complet, puis à temps partiel, comme le lui autorise la législation sur les congés parentaux. Le contrat de travail contenant une clause de mobilité stipulant que, dans le cadre de ses fonctions, elle peut être envoyée pour des missions temporaires en France et à l'étranger, l'employeur a voulu mettre en œuvre cette clause.

L'arrêt *Stéphanie M* est tout d'abord remarquable, car il subjectivise totalement l'appréciation de la situation. La salariée qui refuse sa mobilité a toutes les bonnes raisons pour refuser sa mobilité, alors que l'entreprise a également quelques bonnes raisons pour la muter, à commencer par sa fonction de consultante. Il est maintenant évident qu'il existe des professions

[260] Cass. soc., 6 février 2001, n° 98-44190, obs. C. MATHIEU, D., 2001, p. 2168.

[261] Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523, *Stéphanie M*, note P. LOKIEC, *La mise en œuvre des clauses contractuelles*, D., 2009, p. 1427, obs. G. AUZERO, RDT, 2008, p. 731.

par nature mobiles, et la fonction de consultant en fait partie ; Stéphanie M aurait donc dû accepter sa mobilité. Qui plus est, elle habite et travaille à Marseille, et la mission qui lui est confiée est en région parisienne pour une durée de trois mois. À l'heure actuelle, un trajet Marseille/Paris dure un peu plus de trois heures, cela peut être considéré comme une durée raisonnable. Pour toutes ces raisons, la salariée aurait dû accepter la mission ; elle est donc licenciée pour faute. Mais la Chambre sociale de la Cour de cassation condamne la position de l'employeur, sur le fondement d'un droit à une vie personnelle et familiale pour la salariée.

Il est intéressant de noter qu'une référence à un bouleversement de la vie familiale avait déjà été faite dans une espèce jugée le 25 mars 1982, mais concernant un salarié dont le contrat ne prévoyait pas de clause de mobilité[262]. Cela montre toutefois la pertinence des arguments retenus par les juges ; retenue en 1982, la vie familiale - et personnelle - sera à nouveau utilisée en 2008, mais avec beaucoup plus de force, pour contrebalancer l'efficacité d'une clause de mobilité[263].

157. - Évolution de la jurisprudence. La lente évolution de la jurisprudence en matière de mobilité démarre par l'arrêt du 4 mai 1999[264]. Ce jour-là, la Chambre sociale de la Cour de cassation énonce un attendu de principe très strict, niant le particularisme de chaque situation : « *Attendu, cependant, que le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective* ». Autrement dit, les juges n'ont que faire de la situation de chaque salarié à qui l'on demande de changer de lieu de travail. L'objectivité renvoie à la stricte application du contrat de travail. S'il contient une clause de mobilité, elle peut être appliquée, sauf peut-être à en détourner l'objet. Mais toute autre appréciation en lien avec la situation du salarié est écartée.

Le 6 février 2001, la Chambre sociale de la Cour de cassation amorce le revirement en validant le refus de mobilité d'une devant s'occuper de son enfant handicapé[265]. Mais en l'espèce, ce n'était qu'une « simple » salariée. L'arrêt *Stéphanie M* est donc l'arrêt qui a

[262] Cass. soc., 25 mars 1982, n° 80-40506.

[263] Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523, *Stéphanie M*, note P. LOKIEC, *op. cit.* ; obs. G. AUZERO, *op. cit.*

[264] Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-40576, obs. J.-E. RAY, Dr. soc. 1999 p. 737.

[265] Cass. soc., 6 février 2001, n° 98-44190, obs. C. MATHIEU, D., 2001, p. 2168.

combiné la vie familiale avec la vie professionnelle, y compris pour les salariés mobiles par nature. Là est l'intérêt propre et extrêmement novateur de l'arrêt.

L'arrêt du 14 octobre 2008 consacre donc le principe d'un intérêt en tout point supérieur à celui de l'entreprise ; l'intérêt familial de chaque salarié. Le bouleversement est grand, car remet en cause tous les contrats de travail contenant des clauses de mobilité, du moins leur pleine efficacité. Même les professions qui sont par nature mobile se heurtent désormais au droit à la vie privée.

158. - Fondement de la vie personnelle et familiale. Dans l'arrêt du 14 octobre 2008, l'article 8 de la Convention EDH n'est pas mentionné dans le *visa*. Néanmoins, les magistrats le citent quasi expressément : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, comme le soutenait Mme X..., la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale* ». Ici, la vie privée est remplacée par la vie personnelle de la salariée, mais le sens n'est pour autant pas changé. La salariée visée par le licenciement a de toute façon droit à une vie privée, c'est inhérent à sa personne, mais les magistrats lui octroient ici un droit bien plus fort : avoir une « *vie personnelle* », c'est-à-dire qui n'est pas professionnelle ; l'opposition entre les deux aspects de la vie est ici bien marquée. Cela accentue donc fortement le mot suivant qui est « *familiale* ». Ce n'est pas un comique de répétition - la décision ne faisant vraisemblablement pas rire l'employeur -, mais cette redondance de la Chambre sociale ne laisse plus aucun doute sur l'objectif de la chambre sociale : apprécier subjectivement chaque situation quand une clause de mobilité se trouve mise en œuvre.

159. - L'article L. 1121-1 du Code du travail. En l'absence de l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est fondée sur l'article L. 1121-1 du Code du travail qui stipule que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». L'article L. 1121-1 du Code du travail est issu de la loi du 31 décembre 1992, relative à l'emploi, au

développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage[266]. Pour reprendre une expression chère au professeur J.-J. Dupeyroux, cette loi, avec l'article nouvellement créé, avait tout d'une « *bombe à retardement* »[267]. Sur le résultat de l'explosion, l'appréciation dépend du point de vue défendu. Mais effectivement, l'arrêt du 14 octobre 2008 a fait l'effet d'une bombe, en remettant largement en cause la logique des clauses de mobilité géographique.

L'autre élément important contenu dans l'arrêt du 14 octobre 2008 est le *visa* de l'article 1134. Cet article est extrêmement important - et même quelque peu rassurant pour les employeurs -, puisqu'il confirme la validité de la clause. Ainsi, seule la mise en œuvre de la clause est remise en cause. Le problème est toutefois que la clause ne se suffit plus à elle-même, il faut dorénavant prendre en compte des éléments extérieurs au contrat, tels que la vie familiale des salariés, pour correctement la mettre en œuvre.

160. - Valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle et influence sur l'avenir des clauses de mobilité. Les deux articles du *visa* conjugués sont source de confusion, et l'on se demande même comment ils peuvent cohabiter. L'article 1134 du Code civil souligne que le contrat a force de loi pour les parties, et que l'on ne peut donc y déroger sauf accord entre les deux ; l'article L. 1121-1 du Code du travail impose un intérêt supérieur de l'entreprise et une certaine proportionnalité pour justifier la limitation des droits du salarié. Ce difficile exercice de conciliation a, par ailleurs, déjà été soulevé par la doctrine, notamment le professeur P. Puig[268]. La question de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle a longtemps fait débat, elle se trouverait une situation désavantageuse vis-à-vis d'un droit tel que celui à une vie personnelle et familiale. La décision du Conseil Constitutionnel[269], se prononçant sur la constitutionnalité de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, de déclarer inconstitutionnelle la disposition imposant aux entreprises la complémentaire santé choisie au niveau de la branche, semble apporter une réponse à ce vieux débat. Le Conseil constitutionnel

[266] Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

[267] J-J. DUPEYROUX, cité par J-E. RAY, *in La réintégration du salarié illégalement licencié*, Dr. soc. 1989, p. 349 ; le professeur J-J. Dupeyroux visait, par cette expression, la loi du 4 aout 1982 relative aux droits des salariés dans l'entreprise, en particulier la faculté de réintégration du salarié illégalement licencié.

[268] P. PUIG, *Formation du contrat et Droit fondamentaux - Regard privatiste*, *in Contrats et Droits fondamentaux* (dir. D. COSTA et A. PÉLISSIER), PUAM, 2011, pp. 23 et s.

[269] Cons. const., déc. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

a, en effet, déclaré cette disposition contraire à la Constitution, au regard du principe de la liberté contractuelle, ce dernier obtenant par là même une reconnaissance de niveau supra-législatif[270]. Mais une telle reconnaissance ne nous semble pas suffisante pour revenir sur la jurisprudence des clauses de mobilité, notamment car la vocation du droit du travail est de rétablir le déséquilibre propre au contrat de travail. De fait, la liberté contractuelle stricto sensu, telle qu'elle a été consacrée, semble devoir être écartée en matière de contrat de travail. Au surplus, le caractère supranational de la Convention EDH doit surpasser le principe même constitutionnel de la liberté contractuelle.

En commençant l'article par « *nul* », ce n'est ni l'employeur, ni le salarié lui-même, qui peut limiter son droit à une vie familiale, alors même qu'il l'a potentiellement fait en signant une clause de mobilité géographique. Mais l'impact que peut avoir une clause de mobilité sur la vie personnelle et familiale du salarié n'est qu'un effet indirect de la clause, l'effet direct n'étant que la faculté, pour l'employeur, de modifier unilatéralement le lieu d'exécution du contrat de travail. Mais lorsque la modification de ce lieu emporte des effets sur la vie non professionnelle du salarié, l'article L. 1121-1 du Code du travail emporte pleine application, et les effets de la clause doivent être mesurés aux regards de l'intérêt de l'entreprise ; justification et juste proportion sont alors la règle. L'article L. 1121-1 du Code du travail est alors bien une *petite bombe* dans le monde de l'entreprise, qui limite considérablement la marge de manœuvre des salariés, et donc y compris leur mobilité.

B. Les écueils résultant de la subjectivisation de la mobilité

161. - Le casse-tête attendu du droit au respect de la vie privée. Cette appréciation subjective de la situation des salariés, si elle est louable, va également poser le problème de la justification des refus. Le professeur J.-E. Ray l'a souligné, les directeurs des ressources humaines vont avoir un travail d'investigation à faire pour savoir quel salarié est mobile ou non,

[270] J. GHESTIN, *La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, JCP G, n° 37, 9 septembre 2013, 929.

et cela en fouillant dans la vie privée des salariés[271]. Se pose ainsi le problème du droit à l'égalité de traitement : un salarié marié et père de deux enfants est-il moins mobile qu'une personne vivant en concubinage et ayant également des enfants ? La longévité du concubinage ou du mariage sera-t-elle un critère pour départager lequel de ces deux salariés devra accepter la mutation ? La question de l'appréciation subjective de la situation de chaque salarié face à celle des droits fondamentaux risque donc d'alimenter encore un certain temps le quotidien des entreprises. L'article 8 de la Convention EDH est alors surprenant, car il va lui-même s'affronter lors de l'appréciation des faits : protéger la vie privée, mais en même temps, nécessiter de l'étaler pour *protéger* sa vie familiale. Cela ne manque pas d'originalité.

Une partie du problème est peut-être évitée. L'analyse du nombre d'enfants, du statut du couple ou encore la présence d'une personne porteuse d'un handicap dans la famille laisse penser une appréciation objective, voire scientifique de la capacité de mobilité. Or, la Chambre sociale entend bien apprécier de manière totalement subjective la situation de chaque salarié, ce qui doit permettre de faire prévaloir la plus grande difficulté sur une plus légère.

En pratique, la mobilité est souvent une suite d'entretien avec les salariés ; il y a éventuellement des volontaires à la mobilité. Les cas de contentieux sont alors normalement résiduels, puisque les directeurs des ressources humaines ont, au moins partiellement, connaissance des situations familiales de chacun. Également, sauf en période de décroissance économique, les salariés mobiles sont le plus souvent ceux dont les fonctions s'y prêtent, et ce sont donc des salariés psychologiquement prêts à la mobilité, même si cela a tendance à évoluer. Aussi, quel que soit la situation juridique des différents couples soumis à la mobilité, il est possible d'envisager que le droit à une vie personnelle et familiale s'applique à tous, et qu'ainsi, il n'y aura pas de gradation à faire entre ces couples.

162. - L'enracinement. La prise en compte de la situation personnelle du salarié concerné par une mobilité est un contrepied parfait à la logique actuelle qui entoure l'économie, et donc nécessairement le droit de la relation de travail. En effet, la mobilité de plus en plus exigée des salariés tend à les considérer comme un outil de travail, les réduisant à leur seule force mécanique, oubliant par là même que nombre de salariés sont aujourd'hui des travailleurs du

[271] J-E. RAY, *Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ?*, Dr. soc., 2011, p. 909.

savoir, empêchant toute réduction simpliste entre leur statut de salarié et leur corps. De fait, il est de toute façon erroné de limiter le salarié à sa force. C'est pourtant un des fondements du capitalisme ultralibéral, qui considère le Travail, au même titre que la Monnaie ou la Terre, comme de simples biens fongibles. Or, par le concept de prestation de travail, le Travail est indissociable de la personne qui l'accomplit ; cela rend la problématique de mobilité du salarié inéluctablement liée à la personne, rappelant que l'Homme, contrairement à la Terre et la Monnaie, a des racines[272], et qu'il n'est donc pas aussi facilement déplaçable.

II. Une remise en cause résultant du droit au libre choix de son domicile

163. - Tout comme le droit à une vie personnelle et familiale, le droit au libre choix du domicile demeure un élément important de la mobilité des salariés. Dans l'ombre du domicile, se trouvent l'enracinement du salarié et de sa famille, parfois aussi un prêt important pour l'achat du domicile. C'est pour ces raisons, humaine et économique, que le droit au libre choix du domicile est fondamental.

Pour contourner la difficulté, tentative a été faite de faire entrer le domicile dans la sphère contractuelle (A), mais les magistrats de la Chambre sociale se montrent des plus stricts avant de valider une telle ingérence (B).

A. L'intérêt attendu des clauses de domiciliation

164. - Le libre choix du domicile est un droit fondamental défendu tout d'abord, de manière indirecte, par l'article 9 du Code civil qui protège la vie privée. La Chambre sociale s'est ainsi

[272] *Ibid*.

fondée sur cet article pour condamner la demande de déménagement d'un employeur[273]. Le principe du libre choix du domicile est également reconnu par l'article 8 de la Convention EDH et maintes fois utilisé pour condamner les atteintes à ce droit[274] : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

Le raisonnement est similaire à celui tenu pour les clauses de mobilité géographique. Le contrat de travail prévoit à l'avance que le salarié devra être domicilié à proximité de son lieu de travail, et ce pour protéger les intérêts de l'entreprise. La Chambre sociale a strictement délimité les atteintes autorisées au principe du libre choix du domicile. L'article L. 1121-1 du Code du travail permet de limiter l'atteinte, et, ainsi, seules sont justifiées les atteintes « *indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnées, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »[275]. Cette exigence de justification est indispensable pour protéger les droits du salarié face à d'éventuels abus de l'employeur ; encore ne faut-il pas oublier certaines professions qui exigent une proximité domicile/travail, à condition d'une contrepartie financière. La question fondamentale est donc de savoir comment déterminer de manière juste les intérêts de l'entreprise par rapport à ceux des salariés. La confrontation des droits fondamentaux, avec la liberté contractuelle demeure une problématique qui ne connait pas encore de réponse certaine[276]. Le professeur P. Puig avait posé la question de la constitutionnalisation de la liberté contractuelle, afin de lui permettre de lutter « à armes égales » contre les droits fondamentaux, mais retient de manière juste que cette liberté n'est pas tant un droit, qu'un « *principe d'exécution* », permettant la mise en œuvre des droits fondamentaux[277]. L'élévation de la liberté contractuelle au rang constitutionnel opérée le 13 juin 2013 ne semble donc pas être la solution.

---

[273] Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40434, obs. G. LOISEAU, Dr. soc. 2010, p. 114 ; cass. soc., 12 juillet 2005, n° 04-13342, obs. J. BARTHÉLÉMY, Dr. soc., 2005, p. 1037.

[274] Pour exemple : cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40755, *Spileers*, note J.-P. MARGGUENAUD et J. MOULY, *Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité*, D., 1999, p. 645 ; obs. J.-E. RAY, Dr. soc., 1999, p. 287 ; obs. J. MESTRE, RTD civ., 1999, p. 395.

[275] *Ibid*.

[276] P. PUIG, *Formation du contrat et Droit fondamentaux - Regard privatiste*, *in Contrats et Droits fondamentaux* (dir. D. COSTA et A. PÉLISSIER), *op. cit.*, p. 24.

[277] P. PUIG, *op. cit.*, p. 24-25.

Plusieurs fois, la Chambre sociale a rappelé que le libre choix du domicile était un droit fondamental, protégé par l'article 8 de la Convention EDH. Cela induit que l'employeur ne peut forcer un salarié à déménager, sauf à démontrer le caractère indispensable de la présence dudit salarié à proximité de son lieu de travail. Il faut noter qu'à l'origine, la Cour EDH estime que l'article 8 de la Convention est là pour protéger les particuliers contre les éventuels abus de la puissance publique[278]. Ce n'est que par la suite que la juridiction du Conseil de l'Europe admet une extension de l'applicabilité de l'article 8 aux rapports horizontaux[279].

Le premier arrêt concernant les clauses de domiciliation a été l'arrêt *Spileers*, du 12 janvier 1999[280]. Le contrat de travail d'un attaché commercial contenait une clause de mobilité avec changement de domicile. Il faut, ici, s'attacher à la définition juridique du domicile qui est le lieu du principal établissement de la personne concernée[281]. Cela induit que le salarié soumis à la clause habite continuellement dans ledit logement, au contraire d'une habitation, où il logerait la semaine avant de rentrer en région parisienne retrouver sa famille. En l'espèce le salarié avait proposé d'avoir une « résidence » à Montpellier, lieu de sa nouvelle affectation, mais cela n'a pas suffi à l'employeur, qui l'a donc licencié pour faute. S'en est suivi la condamnation de l'employeur.

Un autre arrêt, éloquent en la matière, concerne une gouvernante engagée pour gérer un appartement où vivaient des majeurs incapables. Son contrat de travail lui imposait de résider à moins de deux-cents mètres de son lieu de travail, ce qu'elle n'a pas respecté, et a donc été licenciée pour faute. La Cour d'appel de Reims a approuvé la décision de licenciement, sur le fondement du non-respect de la clause. La chambre sociale a, quant à elle, décidé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, sur le fondement du droit au libre choix du domicile[282] et celui de la proportionnalité que doit observer le chef d'entreprise[283]. En l'espèce, il faut relever que l'employeur justifiait la clause de domiciliation par l'exigence d'être

[278] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemierz c. Allemagne*.

[279] CEDH, 24 février 1998, *Botta c. Italie*.

[280] Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40755, *Spileers*, note J.-P. MARGGUENAUD et J. MOULY, *op. cit.* ; obs. J.-E. RAY, *op. cit.* ; obs. J. MESTRE, *op. cit.*

[281] C. civ., art. 102.

[282] Cass. soc., 28 février 2012, n° 10-18308, obs. C. VARIN, RDT, 2012 p. 225.

[283] C. trav., art. L. 1121-1.

disponible en cas d'urgence et donc à proximité du lieu de travail, « *compte tenu de la spécificité du poste* ». De plus, le contrat prévoyait une activité de trente-cinq heures par semaine. La justification apportée par l'employeur est certes pertinente, mais crée la confusion entre temps de travail et période de repos. En effet, le contrat précise trente-cinq heures de travail, mais exige en même temps une disponibilité de tous les instants pour la gouvernante, avec une importante contrainte, qui est de trouver un logement à moins de deux-cents mètres du lieu de travail. L'arrêt ne dit pas si certains éléments étaient prévus au contrat, telle une indemnité pour astreinte ; peut-être une telle clause avec contrepartie financière pourrait être validée de la même manière que les clauses de non-concurrence[284], d'autant plus que l'intérêt de l'entreprise est vraisemblablement en mesure d'être justifié, la gouvernante veillant sur le confort et le bien-être de ces majeurs incapables. Ce n'est pas tant le contrat de travail qui est condamné, mais la décision de la Cour d'appel de Reims qui n'a pas suffisamment justifié sa décision. Cela semble être confirmé par la nature de l'arrêt, cassation avec renvoi.

En l'état, il semble que la mise en œuvre des clauses de domiciliation demeure complexe, le libre choix du domicile restant un droit fondamental, que seul un intérêt impérieux de l'entreprise pourrait contrebalancer. Une solution serait alors, éventuellement, un dédommagement de la contrainte imposée, allié à une stricte justification de la contrainte par rapport aux intérêts de l'entreprise. Mais là encore, nul ne sait si la Chambre sociale de la Cour de cassation accepterait ce montage tendant à limiter un droit fondamental ; elle l'a toutefois fait avec les clauses de non-concurrence, vis-à-vis du principe de la liberté du travail. Néanmoins l'arrêt concernant les adultes handicapés illustre la difficulté des employeurs à suffisamment justifier la contrainte imposée, même en présence d'une activité très particulière.

[284] Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43334, 99-43336 note R. VATINET, *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio*, Dr. soc., 2002, p. 949 : Y. SERRA, Tsunami *sur la clause de non concurrence en droit du travail*, D. 2002, p. 2491 ; cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45387 et n° 00-45135, note Y. SERRA, *op. cit.* ; obs. J. PÉLISSIER, D., 2002, p. 3111.

B. L'intérêt négligeable des clauses de domiciliation

165. - Si la difficulté de faire déménager un salarié est grande en l'absence de clause de domiciliation, elle semble tout aussi grande en présence d'une telle clause. Alors qu'une clause de mobilité peut être mise en œuvre à condition de ne pas abuser de la faculté offerte à l'employeur, il apparaît que la mise en œuvre d'une clause de domiciliation est beaucoup plus hasardeuse, voire impossible.

En ce sens, il convient de relever que la clause de mobilité influe sur le lieu de travail - domaine de la vie professionnelle -, alors que la clause de domiciliation influe sur le domicile - domaine de la vie privée -, ce qui justifie un traitement différencié des clauses.

La mise en œuvre de la clause de domiciliation apparait plus complexe en vertu de l'article L. 1121-1 du Code du travail, qui dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »[285]. Ainsi le simple fait de ne pas abuser de la mise en œuvre de la clause ne suffit pas à autoriser cette mise en œuvre. L'arrêt du 23 septembre 2009 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation expose des faits rarement mis en avant[286]. Sur demande de l'assureur, un employeur exige le déménagement de son salarié hors des départements du Rhône, de la Drôme, des Bouches-du-Rhône, du Var et des Alpes Maritimes. Cela faisait suite à une série d'agressions du salarié à son domicile, qui y conservait un certain nombre de bijoux, en raison de ses fonctions de bijoutier. Le salarié refuse ce changement, qui n'était en aucun cas prévu dans son contrat de travail, et se fait licencier pour faute grave. L'employeur invoque donc la demande de l'assureur pour justifier sa demande. Le refus du salarié de déménager rendait ainsi impossible la poursuite de la relation de travail. La Chambre sociale estime que la cour d'appel n'a pas établi en quoi l'atteinte au libre choix du domicile était justifiée par la nature du travail à accomplir et

[285] Cass. soc., 28 février 2012, n° 10-18308, *Correia c. Maison départementale de la famille*, obs. A. GARDIN, Dr. ouvr., juillet 2012, n° 768, p. 502 ; obs. C. VARIN, RDT, 2012, p. 225.

[286] Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40434, obs. G. LOISEAU, Dr. soc., 2010, p. 114

proportionnée au but recherché[287]. Mais l'on ne peut non plus occulter l'impasse dans laquelle se trouve l'employeur, confronté à la demande de l'assureur. En l'espèce, l'employeur aurait, semble-t-il, du rechercher une autre solution pour sécuriser les bijoux plutôt que de les transporter au domicile du salarié. Dans tous les cas, l'employeur devait se justifier de la nécessité de conserver les bijoux au domicile du salarié et de l'impossibilité de recourir à une autre solution.

166. - Mobilité géographique et clause de domiciliation. Il apparaît donc que l'atteinte au principe du libre choix du domicile est soumise à un strict contrôle de la part des juridictions. Le fait que le contrat contienne ou non une clause de domiciliation ne semble pas nécessairement influencer outre mesure le raisonnement des juges. Il est indispensable, pour l'employeur, de justifier la demande de déménagement par un intérêt impérieux de l'entreprise et l'impossibilité de faire autrement. L'on se retrouve, en quelque sorte, dans la même configuration juridique que pour une clause de mobilité. Si la présence d'une clause facilite la mobilité géographique du salarié, il faut toujours que la décision de l'employeur soit conforme à l'article L. 1121-1 du Code du travail, c'est-à-dire, la nécessité de justifier d'un intérêt pour l'entreprise, ainsi que de prendre une décision proportionnée au but recherché. Dans le cas d'une modification du lieu de travail prise en exécution d'une clause de mobilité, il se peut alors que le salarié s'éloigne considérablement de son domicile actuel. L'employeur ne peut pourtant pas forcer le salarié à déménager pour résider près de son nouveau lieu de travail. Il reste alors à trouver une articulation entre clause de mobilité et domiciliation, mais il semble logique, si une clause est prévue, que le salarié soit en mesure de prévoir le changement, et s'attende donc à devoir changer de domicile, tout du moins de résidence. Mais là encore, le changement de domicile apparait comme un effet indirect. L'employeur ne peut imposer le changement de domicile, sauf à démontrer qu'il est nécessaire pour protéger les intérêts de l'entreprise. Dans le cas contraire, c'est au salarié de faire en sorte d'exécuter correctement son contrat de travail, et donc de choisir le lieu de son domicile de manière à respecter les horaires de travail.

[287] On souligne ici l'étendue de la restriction avec cinq départements dans lesquels le salarié ne pouvait s'installer, ce qui sans justification, paraît être une entrave extrêmement lourde au principe du libre choix du domicile.

167. - Conclusion du chapitre. Si la Cour EDH contrôle le respect de la convention du même nom, les juridictions de l'ordre judiciaire réalisent également ce travail, et ont su étendre l'influence de ce texte. Si cela a quelque peu compliqué la tâche des employeurs, la prise en compte des droits fondamentaux par le juge permet un retour du *social* au centre de la relation de travail.

Le déclin des clauses afférentes à la mobilité peut alors s'entendre de deux manières. D'une part, l'on assiste à une « fondamentalisation » du droit du travail, ce qui va paralyser une partie du contenu contractuel. D'autre part, la Chambre sociale va parfois autoriser l'employeur à aller au-delà de ce qui est parfois prévu au contrat[288], ce qui crée une certaine insécurité juridique pour le salarié concerné. Deux effets - contradictoires au demeurant - se présentent donc, mais ils illustrent deux situations bien différentes. Le droit du travail continue de protéger le salarié *a priori* sédentaire, mais autorise, sous condition, l'assouplissement de la relation de travail par l'insertion d'une clause de mobilité ; et il prend au contraire la pleine de mesure du statut des salariés nomades, dont la mobilité est une condition essentielle de l'embauche. La Chambre sociale navigue de manière assez pragmatique entre les intérêts en présence, qui sont autant d'intérêts contradictoires en apparence, mais qui se rejoignent, si l'on prend du recul par rapport au simple intérêt du salarié pour appréhender de manière plus collective la relation de travail, à travers la notion d'emploi. La difficulté réside dans l'équilibre à trouver entre le contrat de travail et la liberté d'entreprendre. Le droit du travail a vu le jour pour équilibrer la relation, face au pouvoir patronal, mais c'est désormais l'effet inverse qui se produit, c'est-à-dire la protection - peut-être à outrance - d'un avantage acquis au détriment de la liberté d'entreprendre[289].

Si l'on peut louer la résistance ou la force du contrat de travail, l'on ne peut que regretter le manque de souplesse, dont font parfois preuve les juges de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Il est nécessaire de protéger le salarié face à d'éventuels abus - ce qui avait été fait

[288] Ce qui a par ailleurs été vu par rapport à la qualification du salarié – *supra*.

[289] Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 08-43499 ; la clause de mobilité, qui prévoyait comme périmètre la « *localité* », a paralysé une mutation dans une autre localité distante de quinze kilomètres. Cette clause qualifiée à l'origine de clause de *mobilité* est finalement une clause d'*immobilité*, qui a mis en échec la gestion de l'entreprise ; l'absence de clause aurait certainement permis une mobilité *via* la notion de secteur géographique.

avec les clauses de mobilité géographique -, mais il reste à trouver un certain équilibre pour éviter de paralyser l'employeur dans la gestion de l'entreprise.

CONCLUSION DU TITRE I

168. - La relation de travail évolutive, aidée par l'insertion d'une clause de mobilité géographique, conduit à une évolution de la notion de relation de travail. En effet, la sortie du lieu de travail du carcan contractuel a libéré l'employeur d'une forte contrainte en matière de gestion des effectifs. Cette évolution est la première étape d'une évolution, qui dépasse l'aspect géographique pour atteindre le juridique. Ainsi, la relation de travail tend au maximum à s'assouplir, pour s'affranchir des contraintes liées au contrat de travail. S'il est encore un rempart fort, qui répond au pouvoir de l'employeur, certaines catégories de travailleurs sont mobiles au-delà de leur simple lieu de travail, mettant en exergue une mobilité juridique du salarié. Cette mobilité juridique remet, par là même, en cause la relation traditionnelle de travail.

Titre II

LES DÉVELOPPEMENTS CORROMPUS DE LA MOBILITE

169. - Selon la pensée de *Saleilles*, il est possible de différencier les développements authentiques, des corruptions. Pour lui, tout développement ne constitue pas un bien en soi. C'est dans cet esprit qu'il convient de considérer les développements de la mobilité, qui ne s'inscrivent pas dans une continuité, mais plus certainement dans une rupture avec les manifestations traditionnelles de la mobilité[290].

La notion de mobilité s'est développée originairement par rapport à sa définition, qui suppose un mouvement ; la mobilité géographique est donc la mobilité originaire. Cette mobilité instiguée par le droit supranational a généré la mise en concurrence des marchés nationaux, mais aussi des législations, du fait de la globalisation. De fait, le patronat souhaite une plus grande souplesse dans la gestion des effectifs, donnant lieu à des modes de salariats différents de la relation de travail classique.

Si la mobilité géographique se réalise au stade de l'exécution du contrat de travail, la mobilité a su se développer dans le cadre d'une mobilité juridique du salarié ; le salarié devient objet d'une convention entre entrepreneur, et en cela, la mobilité est instrumentalisée (chapitre

[290] N. MATHEY, *Saleilles, la Bible et le droit*, *in Raymond Saleilles et au-delà* (dir. C. AUDREN, N. MATHEY et A. VERGNE), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013.

1). À côté de cette mobilité à outrance, qui vise le salarié, la mobilité est de plus en plus exigée de la part des demandeurs d'emploi, ce qui permet de s'interroger, à partir de ces différents développements, sur l'existence d'un impératif de mobilité (chapitre 2).

Chapitre 1

L'instrumentalisation de la mobilité

171. - Au lieu d'analyser la mobilité comme une possibilité dans la relation de travail, des formes d'emploi se sont développées, prenant comme fondement même la mobilité. C'est-à-dire que la mobilité devient le socle de la relation de travail, où le salarié se meut géographiquement, mais aussi juridiquement. Pour reprendre le titre du rapport de Monsieur Thomas Chaudron, le salarié va changer d'emploi, au profit d'un *tiers-employeur*. L'on peut constater que ce n'est pas une simple mobilité géographique ou professionnelle, mais une mobilité au-delà de l'entreprise, entre mobilité géographique, professionnelle et juridique ; une sorte de mobilité absolue, qui instrumentalise donc la mobilité, en la rendant totale. En cela, la mobilité est instrumentalisée, détournée de son premier objectif.

Prévue pour simplement assouplir la relation de travail, *via* par exemple une clause de mobilité, un certain nombre de mécanismes ont ainsi dépassé la relation classique de travail, pour utiliser la mobilité comme une forme d'emploi (section 1). Cette instrumentalisation de la mobilité n'est pas neutre et semble répondre à un impératif de mobilité (section 2).

Section 1. LES EXPRESSIONS DE L'INSTRUMENTALISATION DE LA MOBILITÉ

172. - Les formes d'emploi qui instrumentalisent la mobilité sont encore en marge de la relation classique d'emploi, mais tendent à se développer. Il n'y a qu'à constater la création des « CDI intérimaires » par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Pour l'instant, l'instrumentalisation de la mobilité est freinée par le Code du travail à travers la prohibition du prêt de main-d'œuvre à but lucratif, qui limite le transfert de salarié en tant qu'activité commerciale (§ 1). Toutefois, il existe déjà un certain nombre de relations de travail tripartites qui organisent une certaine mobilité du salarié (§ 2).

§ 1. Une instrumentalisation freinée

173. - Autour des différentes formes d'emploi tripartites, une idée est rémanente ; le salarié est prêté. La simple utilisation du mot « prêt » fait du salarié un objet, celui du contrat de mise à disposition entre deux employeurs. Longtemps imparfait, le cadre du prêt de main-d'œuvre a été amélioré par la loi du 28 juillet 2011qui a permis de limiter les cas de recours, du moins d'éviter un certain nombre d'abus (I). Cependant, l'élaboration de ce cadre légal, s'il a permis une visibilité de la procédure à respecter, a aussi laissé certaines imprécisions (II).

I. Le cadre existant du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif

174. - Le prêt de main-d'œuvre est l'illustration de formes d'emploi qui s'éloignent de la relation traditionnelle de travail entre un employeur et un salarié. Il s'agit donc de définir le cadre d'une mobilité juridique d'une part (A), géographique d'autre part (B).

A. L'encadrement nécessaire de la mobilité juridique

175. - Contexte du prêt de main-d'œuvre. Concernant le prêt de main-d'œuvre, un premier cadre existait depuis longtemps, mais un cadre flou, pauvre dans son contenu. Le prêt de main-d'œuvre a donc longtemps existé à travers sa prohibition légale à l'article L. 8241-1 du Code du travail. Si son interdiction est de principe, c'est d'abord pour une raison historique. La prohibition du prêt de main-d'œuvre date de la même époque que l'émergence du droit du travail. C'est par le décret du 2 mars et l'arrêté 21 Mars 1848 que l'interdiction du prêt de main-d'œuvre apparut. Qu'était-il possible de faire alors ? En substance, ce qui n'était pas interdit.

Le travail de clarification du prêt de main-d'œuvre n'était pas aisé car, comme cela était dit, l'objectif, en 1848, n'est pas d'autoriser le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif, mais d'interdire le prêt à but lucratif. Si le résultat est le même sur le fond, sur la forme, c'en est toute autre, puisqu'aucun régime clair ne s'est dessiné. Le « cadre » du prêt se limitait ainsi à la disposition suivante : « *Les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont autorisées* »[291]. Si cela peut paraître limpide à la lecture, cela s'avère beaucoup moins clair en pratique.

176. - Principe d'interdiction du prêt. La loi du 28 juillet 2011[292] est venue clarifier quelque peu le régime du prêt de main-d'œuvre, sans donner d'éclaircissement sur tous les points.

Cela a peu changé après la réforme, mais c'était peut-être encore plus prégnant avant celle-ci : dans le Code du travail, le principe est l'interdiction. Cette dernière avait pour but de protéger les salariés contre une certaine forme d'exploitation ; l'objectif était de supprimer les employeurs intermédiaires, les « sous-employeurs » comme les nomme un auteur[293]. Cela étant, la prohibition de ces prêts s'est faite à une période où le droit du travail n'était que peu développé, et donc à un moment où le salariat devait être protégé d'une manière peut-être

[291] C. trav., art. L. 8441-2 (ancien).

[292] Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

[293] M. DEL SOL, E. DOCKES, *Faut-il libéraliser le prêt de main-d'œuvre ?*, RDT, 2009, p. 625.

radicale. Certains penseront que cette interdiction n'a peut-être plus lieu d'exister ; toujours est-il que l'article L. 8241-1 est positionné dans le Code du travail, avant son corollaire qui autorise le prêt sous certaines conditions. Ce qui est mis en avant est donc l'interdiction du prêt : « *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre : 1° Des dispositions du présent code, relatives au travail temporaire, au portage salarial, aux entreprises de travail à temps partagé, et à l'exploitation d'une agence de mannequins, lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ; 2° Des dispositions de l'article L. 222-3 du Code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives ; 3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code, relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1.*

Une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition »[294].

177. - Sanctions pénales existantes. Les sanctions prévues sont énumérées à l'article L. 8243-1 du Code du travail : jusqu'à deux ans d'emprisonnement et une condamnation à 30 000 euros d'amende. Ces condamnations peuvent être assorties d'une peine complémentaire qui est l'interdiction de sous-traiter pendant une durée déterminée. Proposition non retenue, le rapport Chaudron préconisait également la prise en compte de la bonne ou mauvaise foi des protagonistes du prêt de main-d'œuvre illicite.

178. - Lucrativité. La lucrativité est l'élément incontournable du mécanisme, car il en détermine tout simplement sa légalité. L'article L. 8241-1 du Code du travail interdit le prêt à but lucratif. Se pose la question de ce que l'on peut considérer comme lucratif, ou plutôt de ce qui va donner un caractère lucratif au prêt. La loi du 28 juillet 2011 est venue apporter certains éléments de réponse, répliquant à ce qui pourrait être un arrêt de provocation de la part de la Chambre sociale de la Cour de cassation, à l'encontre d'un législateur jugé trop frileux dans ce

[294] Il ne faut pas oublier que la dernière phrase de l'article a été ajoutée par la réforme du 28 juillet 2011.

domaine depuis plusieurs années. En effet, la loi précitée arrive environ deux mois après un arrêt rapidement devenu célèbre, prenant le contre-pied de la Chambre sociale qui avait paru sévère sur l'appréciation du caractère lucratif ou non dans sa jurisprudence *John Deere*. Il avait été jugé que le caractère lucratif « *peut résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurés à cette dernière* »[295].

De la lettre de cet attendu, il ressort qu'un élément tel que « *l'accroissement de la flexibilité* », difficilement quantifiable quant au gain que cela peut entrainer, peut tout à fait mettre à mal l'ensemble de la mécanique du prêt de main-d'œuvre. En effet, de la logique du prêt de main-d'œuvre, il semble découler une certaine flexibilité, qui est de l'essence même de ce type de prêt. Dans le cas d'une entreprise connaissant une baisse d'activité, mettre à disposition sa main-d'œuvre non utilisée demande de la rapidité et de la flexibilité. D'un certain point de vue, cela correspondrait même à une forme d'impératif, qui serait la sauvegarde de l'emploi. Cette idée apparait par ailleurs dans la loi du 28 juillet 2011.

De cette hypothèse, ressort l'idée que l'intérêt du prêt est réciproque. L'entreprise qui prête y trouve un intérêt, car elle fait travailler ses salariés pour une autre structure et se fera indemniser pour cela. L'entreprise qui bénéficie du prêt n'a, quant à elle, pas besoin d'embaucher de manière temporaire un salarié, sous quelque forme que ce soit. Deux types d'intérêts sont ainsi visibles. L'intérêt primaire qui est de bénéficier rapidement d'une main-d'œuvre opérationnelle ; et l'intérêt secondaire - pécuniaire -, qu'est l'évitement d'une embauche.

Si la question de l'intérêt pécuniaire est prépondérante en l'espèce, c'est qu'elle va déterminer le caractère légal de l'opération. La principale question est donc peut-être de savoir en quelle position arrive l'intérêt primaire, et quand apparait l'aspect économique. Car sans parler de lucrativité du prêt de main-d'œuvre, il est indéniable qu'il y a un gain pour l'entreprise utilisatrice, qui va bénéficier de la force de travail d'un « non-salarié » pendant un temps donné, sans avoir à subir le coût de gestion de cette personne. La question est donc de savoir ce qui a motivé l'entreprise utilisatrice : avoir rapidement une main-d'œuvre opérationnelle, ou éviter

[295] Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69175, *John Derre*, note A. FABRE, *Prêt de main d'œuvre illicite : le « but lucratif » vu du côté de l'utilisateur*, RDT, 2011, p. 503.

de passer par le « circuit long » qui est l'embauche en contrat à durée déterminée ou l'emploi d'un travailleur intérimaire, ou encore le recours à la sous-traitance.

Dans le premier cas, l'objectif du prêt de main-d'œuvre est rempli. En effet, l'aspect économique apparait au second plan ; ce qui apparait le plus important étant de sauvegarder l'emploi en évitant les licenciements. L'on pourrait même aller jusqu'à dire que ce qui est mis en avant entre dans le champ d'un ordre public social. L'absence de frais de gestion doit alors passer au second plan pour ne pas faire échec à la procédure, malgré un gain minime en faveur de l'entreprise utilisatrice. Mais à ne pas accepter ce gain, il n'y a plus aucun intérêt à recourir au prêt de main-d'œuvre, voire il devient impossible d'y recourir.

Dans le second cas, l'aspect économique apparait comme de premier ordre pour les acteurs du prêt de main-d'œuvre. Ce qui est recherché par le ou les employeurs est peut-être de ne pas perdre un emploi, mais surtout de ne pas embaucher, de ne pas pourvoir à un emploi durable sous forme d'un nouveau contrat de travail, alors que cela serait possible, et donc éviter des coûts supplémentaires. La rapidité de la procédure peut également être un encouragement au prêt. Il reste alors à apprécier et à limiter la durée d'un prêt de main-d'œuvre, de la même manière que pour le cas du travail temporaire, qui ne peut être utilisé pour pourvoir un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise. Ce cas semble par ailleurs être évité si l'on considère qu'il faut réunir à la fois une entreprise en surplus de personnel, et une autre en manque, ce qui peut déjà paraitre une condition difficilement prévisible.

Très souvent, les deux intérêts se recoupent et se chevauchent. Ce n'est pas l'intérêt social ou l'intérêt économique, mais l'un et l'autre qui sont présents. Le caractère lucratif se présente alors sous un aspect bien plus complexe qu'il n'y parait, et l'appréciation de ce caractère du prêt de main-d'œuvre va plutôt devoir se faire en fonction de l'état d'esprit dans lequel il est fait.

179. - Admission d'un certain remboursement et coût de la main-d'œuvre. La loi du 28 juillet 2011 revient sur l'attendu jugé par la doctrine comme très sévère dans l'arrêt *John Deere*. Le législateur opère ce revirement par la modification de l'article L. 8241-1 du Code du travail, et considère dès lors, que ne constitue pas un but lucratif le fait de ne rembourser à l'entreprise prêteuse que « *les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les*

frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition »[296]. Il faut souligner qu'avant l'arrêt du 18 mai 2011, le fait de rembourser « à l'euro l'euro » semblait être la solution adéquate[297]. C'est donc un *statu quo ante* qui semble s'être opéré ici, par l'acceptation par le Parlement d'un remboursement à l'euro près, pour reprendre les termes de l'arrêt *John Deere*. L'on peut citer certaines décisions rendues quant au caractère lucratif du prêt de main-d'œuvre : la Chambre sociale, par un arrêt de rejet, avait par exemple jugé que la différence de 3% entre une simple vente et une « vente avec démonstration » illustrait justement le prix de la main-d'œuvre, révélant ainsi un prêt avec but lucratif, même minime, contrairement à ce que soutenaient les parties : « *que le prêt n'est pas considéré comme lucratif dès lors que le montant de la rémunération versée à l'entreprise fournisseuse correspond aux salaires et aux charges sociales ; qu'en l'espèce, la seule circonstance que la société Jouef ait prévu une facturation de la démonstration sur la base des conditions générales de vente augmentées de 3 %, augmentation qui correspond au coût de la main-d'œuvre, ne suffit pas à caractériser le but lucratif de l'opération incriminée […] Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué et celles du jugement qu'il confirme mettent la Cour de Cassation en mesure de s'assurer que la juridiction du second degré, qui n'avait pas à répondre mieux qu'elle ne l'a fait aux conclusions dont elle était saisie, a, sans insuffisance, caractérisé en tous ses éléments constitutifs, tant matériels qu'intentionnels, le délit dont elle a déclaré les prévenus coupables* »[298].

Enfin parvenu à une plus grande précision de la loi, le prêt de main-d'œuvre pourrait connaitre une plus grande application en raison d'une applicabilité éclairée.

180. - Sujet de la prohibition. Outre le caractère purement lucratif du prêt de main-d'œuvre, une question fondamentale était de savoir à qui s'adressait réellement la prohibition des prêts payants. Car cela peut concerner tant l'entreprise qui prête, que l'entreprise qui bénéficie du prêt. Posons-nous la question de la formulation de l'article : c'est le « but » lucratif, et non le caractère lucratif qui est condamné. De fait, ce devrait être l'intention des parties qu'il

[296] C. trav., art. L. 8241-1.

[297] A. TEISSIER, *Prêt de main d'œuvre : un nouveau régime juridique*, Sem. soc. Lamy, septembre 2011, n° 1503.

[298] Cass. Crim., 26 septembre 1995, n° 94-80983, Bull. crim. 1995, n° 287 p. 794.

faut chercher, trouver, et éventuellement condamner, et non pas le caractère lucratif en tant que tel. En ce sens, une pratique qui ne serait pas lucrative volontairement – qui n'aurait aucune intention frauduleuse – devrait échapper à une condamnation.

L'article L. 8241-1du Code du travail dispose que « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite* ». Cela laisse penser que c'est celui qui prête qui est visé, car il ferait cela de manière exclusive. Le Code du travail ne parle, par ailleurs, pas d'opération d'emprunt, mais d'opération de prêt, laissant à penser que la lucrativité proscrite ne concerne que l'entreprise prêteuse. L'emprunteur apparaitrait tout de même complice de la fraude.

En ce qui concerne l'article L. 8241-2 du Code du travail, la formulation est sensiblement la même ; sont autorisées les « *opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif* ». Pour autant cette formulation peut sembler plus générale que la première, et englober dans son champ l'entreprise prêteuse, comme l'entreprise utilisatrice. Et c'est visiblement ce qui doit être retenu comme interprétation : est concerné par l'interdiction du prêt de main-d'œuvre, l'ensemble des acteurs de ce prêt : les deux entreprises[299]. Pour aller dans le sens d'une prise en compte générale des acteurs par l'interdiction de ce type de prêt, ce n'est pas la loi, mais l'arrêt du 18 mai 2011 qui nous renseigne : « *que cette interdiction concerne également l'entreprise utilisatrice* ». L'utilisation de l'adverbe « également » ramène à l'idée que le caractère lucratif concerne avant tout l'entreprise prêteuse, mais qu'en l'occurrence, également l'entreprise utilisatrice. Il est évident qu'elle ne doit pas se faire rémunérer pour le prêt, sinon cela équivaut à une autre forme de travail comme la sous-traitance ou le travail temporaire. La loi est entrée en vigueur le 28 juillet 2011, soit très peu de temps après la décision de la Chambre sociale, et n'a pas apporté d'éclaircissement sur ce point, mais n'a pas non plus réfuté cette partie de l'attendu de la décision, laissant cette affirmation pleine de sens. La société prêteuse a pour seul avantage d'éviter un ou plusieurs licenciements. En énonçant que l'interdiction concerne également l'entreprise utilisatrice, la Cour de cassation pose, ou confirme, un principe. Il

[299] Le salarié, pourtant acteur, n'est que peu concerné et a, en vertu du droit du travail, le statut de victime ; c'est donc en cas d'atteinte à ses droits que le salarié apparait dans la procédure.

convient donc de regarder l'aspect économique de l'opération des deux côtés, et non plus d'un seul.

Au surplus, il nous faut regarder du côté de la jurisprudence antérieure qui s'était déjà prononcée sur ce sujet mal délimité. Là encore, le caractère lucratif du prêt a été vu comme pouvant concerner tant l'entreprise prêteuse que l'entreprise utilisatrice, et ce, dès 1989, par la Chambre criminelle de la Cour de cassation[300]. Un arrêt du 20 mars 2007[301] était ensuite revenu sur ce régime sévère d'appréciation du but lucratif, et avait alors imposé de rechercher « *un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire* », afin de caractériser le but lucratif éventuellement reproché à l'entreprise prêteuse. À partir de là, comme le souligne un auteur, était exigé un enrichissement réel, et non un simple remboursement des dépenses occasionnées[302].

Concernant le profit pour de l'entreprise utilisatrice, un arrêt ancien avait condamné la simple « économie » réalisée[303], ce qui n'est pas sans rappeler l'arrêt du 18 mai 2007. Sans revenir sur une telle décision, la condamnation d'une économie semble à même de condamner le prêt de main-d'œuvre d'une manière globale, et semble aller de la même façon à l'encontre de la logique du prêt[304].

181. - Interrogation concernant les frais de gestion. Le sujet des frais de gestion anime également les questionnements de la doctrine. Une économie dans les frais de gestion a été considérée comme un gain, et ainsi les juges en avaient fait ressortir un but lucratif qui rendait illicite le prêt de main-d'œuvre[305]. Dans l'arrêt cité précédemment, la Cour de cassation a relevé

---

[300] Cass. crim., 25 avril 1989, n° 87-81212, note H. BLAISE, *A la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main-d'œuvre*, Dr. soc., 1990, p. 418.

[301] Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85253.

[302] G. AUZERO, Le but lucratif dans les opérations de prêt de main-d'œuvre, Droit Social, 2 février 2012, p. 116.

[303] Cass. crim., 10 février 1998, n° 97-81195.

[304] Une partie de la doctrine s'est interrogée sur une éventuelle différence entre un prêt qui serait « lucratif », et un prêt qui serait « onéreux ». D'ailleurs, le simple fait de facturer quelque chose a, un temps, été considéré comme lucratif, ce qui condamnait d'office la pratique du prêt qui, en l'absence d'un quelconque remboursement, se trouvait nettement déséquilibrée. V. sur ce point : cass. crim., 15 février 1983, Bull. crim., n° 57 ; cass. crim., 16 mai 2000.

Les définitions issues des dictionnaires Littré et Larousse font toutefois des adjectifs onéreux et lucratifs des quasi-synonymes.

[305] *Supra n° 178, c*ass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69175, *John Deere*.

également que le but lucratif ressortait de l'accroissement de la flexibilité dans la gestion du personnel, et de l'économie de charges procurée également pour l'entreprise utilisatrice[306]. Est-ce uniquement les charges patronales liées à l'emploi de salariés, ou cela couvre-t-il les charges prises dans leur globalité, et donc y compris ce que l'on appelle les frais de gestion, comme par exemple une partie du salaire du comptable qui s'occupe de gérer la situation du salarié prêté. La loi du 28 juillet 2011 a apporté un éclairage dans ce domaine en disposant que le remboursement des charges sociales n'emportait pas de but lucratif.

Les charges sociales sont normalement à entendre comme les cotisations salariales supportées par le salarié, et perçues directement sur son salaire brut. Ces charges financent les assurances vieillesse, maladie et chômage. En cela, elles sont différentes des frais de gestion du personnel au sein de l'entreprise. L'emploi du terme « charges sociales » dans la loi du 28 juillet 2011 renvoie donc directement à ce type de cotisations, et les « frais de gestion » entendus plus largement ne sont pas pris en compte par cette loi.

182. - Remboursement des frais de gestion. L'embauche d'un nouveau salarié est une opération qui demande du temps et du travail ; tout cela se rattache à la gestion du personnel. Accueillir un salarié prêté au sein de l'entreprise demande là aussi des mesures de gestion appropriées car la personne prêtée va être temporairement affectée et assimilée aux effectifs de l'entreprise. Pour autant l'entreprise prêteuse est toujours juridiquement toujours employeur du salarié prêté et assume la gestion du dossier personnel du salarié. La loi du 28 juillet 2011 fixant un nouveau cadre pour le prêt de main-d'œuvre, elle ne fait pas pour autant de références, comme nous l'avons vu, aux frais de gestion afférents à l'opération de prêt. Les Hauts Magistrats, dans l'arrêt *John Deere*, ont censuré la décision de la cour d'appel, entre autre, pour l'économie faite par l'entreprise d'accueil dans la gestion du personnel[307]. Cela engendre deux possibilités. Soit la Cour de cassation va à nouveau censurer les opérations de prêts ne prévoyant pas le remboursement de ce type de frais, laissant penser que le Parlement n'a pas entendu

[306] « *Attendu, d'abord, que toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite ; que cette interdiction concerne également l'entreprise utilisatrice et que le caractère lucratif de l'opération peut résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurés à cette dernière* », *ibid*.

[307] Puisqu'en l'occurrence, l'entreprise utilisatrice bénéficie de main-d'œuvre prêtée sans assumer la gestion administrative de ce salarié.

délimiter strictement les éléments remboursables[308] ; soit, au contraire, l'on pourrait considérer la liste de l'article L. 8241-1 comme exhaustive, et ne pas admettre le remboursement d'une certaine somme d'argent consécutive à la gestion du dossier par l'entreprise prêteuse. Il reste à savoir quelle sera la position des juridictions par la suite, au regard de la loi du 28 juillet 2011. Une possibilité est que les parties au prêt de main-d'œuvre, par crainte de la jurisprudence antérieure et malgré l'apport de la loi nouvelle, facturent une certaine somme à l'entreprise utilisatrice pour « équilibrer » la relation. L'autre possibilité est que les services des ressources humaines concernés s'en tiennent à la lettre du Code du travail et ne facturent que ce qui s'y inscrit. Dans les deux cas, en attendant une jurisprudence fixe et ayant pris en compte la loi nouvelle, une épée de Damoclès reste figée au-dessus des entreprises qui auraient le souhait de s'aventurer dans un mécanisme de prêt.

183. - Justification du non-remboursement des frais de gestion. Le cadre du prêt est encore perfectible, la marche à suivre n'étant pas encore clairement définie et le risque est encore présent. Toutefois, il est possible de porter un regard critique sur le droit positif. En l'état, la solution la plus appropriée semble être l'absence de remboursement de frais de gestion à l'entreprise prêteuse, par l'entreprise utilisatrice. La logique du prêt de main-d'œuvre obéit à une logique pragmatique, comme un service d'amis, un mécanisme « gagnant/gagnant ». Aussi, la sauvegarde de l'emploi peut-elle être considérée comme un gain plus grand pour les deux entreprises[309], qui ne nécessite pas de s'attarder sur d'éventuels frais de gestion, par ailleurs difficilement quantifiables.

Plutôt que d'avoir recours à des emplois précaires d'un côté, et des licenciements de l'autre, la logique du prêt semble satisfaire les deux parties. L'aboutissement semble être de faire supporter les charges par l'entreprise économiquement la plus forte, et qui se trouve être justement celle bénéficiant de la main-d'œuvre supplémentaire. A ce moment-là, les deux entreprises concernées y trouveront leur compte : celle en difficulté diminue sa masse salariée et salariale ; celle qui connait la croissance bénéficie d'une force de travail supplémentaire. L'idée qui ressort de ces développements est que « non lucratif » ne veut pas dire que toutes question d'argent doivent être totalement absentes, mais que les considérations pécuniaires ne

[308] C. trav., art. L. 8241-1, al. 3.

[309] Sur l'emploi comme argument, *infra n° 418.*

doivent passer qu'après les considérations économiques *stricto sensu*. Ainsi la logique économique du prêt est de favoriser l'emploi et le maintien dans l'emploi, n'en déplaise au rapport Chaudron qui militait en faveur d'une plus grande libéralisation.

Deux arguments apparaissent en faveur du non-remboursement des frais de gestion, l'un purement pratique, l'autre plus psychologique : d'une part, mettre ainsi à la charge de l'entreprise utilisatrice, des frais de gestion difficilement quantifiables, demanderait de nouveaux calculs complexes qui n'ont pas été prévus par la loi, et seraient donc parfaitement aléatoires. Au surplus, le calcul de ces frais risquerait de rendre illicite l'opération en question. D'autre part, il va de l'essence même du prêt d'être à durée limitée. Outre le caractère juridique de l'argument, il pourrait y avoir ici un argument d'opportunité plus psychologique. En effet, du caractère temporaire du prêt, découle logiquement et irrémédiablement un retour du salarié prêté dans son entreprise, et le lien unissant le salarié à son entreprise ne doit pas, même seulement de manière virtuelle, être coupé.

184. - Les garanties de retour du salarié prêté. La dénomination même de « prêt de main-d'œuvre » induit avec évidence le caractère temporaire de la relation. Cette précision tombe sous le sens quand cela concerne les prêts de main-d'œuvre mis en œuvre pour pallier une crise. L'article L. 8241-2 du Code du travail issu de la loi du 28 juillet 2011 précise uniquement que l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice doivent s'entendre sur la durée du prêt, ce qui est assez peu éclairant. Ainsi, il n'existe apparemment aucune barrière, qu'elle soit minimale ou maximale pour encadrer la durée du prêt de main-d'œuvre. Ainsi, un salarié qui retourne dans son entreprise à l'issue de son prêt est certain de retrouver son poste et sa rémunération, sans incidence sur sa carrière. Cette garantie, pour le salarié, devrait assez logiquement faire pencher la Chambre sociale de la Cour de cassation vers une interprétation protectrice des dispositions législatives. Car, à défaut de garantie au sein de l'entreprise prêteuse, et ce de manière parfaitement volontaire, la Cour de cassation serait en mesure de caractériser une volonté de contourner le droit du travail, dont la vocation première est la protection du salarié.

B. L'encadrement aléatoire des frais professionnels

185. - Problématique des frais professionnels. À s'en tenir uniquement à la lettre de l'article L. 8241-1 du Code du travail, les frais professionnels sont à rembourser. La question porte alors sur la définition de ces frais, car tous ne sont pas concernés. Le Code du travail vise « *les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* ». Il convient de faire la lumière sur cette formule.

Le *Vocabulaire Juridique Cornu* précise que les frais professionnels sont les « *dépenses inhérentes à l'exercice d'un emploi ou d'une fonction (ex : frais de déplacement)* »[310].Ces frais doivent être dus « *au titre de la mise à disposition* ». Cela sous-entend que les frais sont occasionnés par le prêt lui-même, et que sans le prêt ils n'existeraient pas, ou seraient moindres. Deux cas de figures sont ici envisageables : des frais sont engagés par le salarié alors qu'il n'en avait pas le besoin dans son entreprise d'origine, ou alors il y a une différence entre les frais qu'il engageait avant sa mise à disposition, et ce qu'il a dû engager pendant. Dans le premier cas, les frais professionnels sont entièrement nouveaux et la situation parait simple ; c'est clairement le changement de situation du salarié qui a entrainé ces frais. La gestion du salarié se faisant toujours, comme nous l'avons vu précédemment, par l'entreprise prêteuse, mais la force de travail étant entièrement au service de l'entreprise d'accueil, il est normal que ces frais professionnels, occasionnés aux seuls bénéfices de cette même entreprise d'accueil, soit remboursé en intégralité à l'entreprise prêteuse ; cela dans le cas où un régime de frais professionnels était déjà en vigueur pour le salarié prêté.

Concernant la mobilité géographique, si aucun régime de frais professionnels n'existe, faut-il en revenir au droit commun de la mobilité et à la notion de secteur géographique ? Cela semble évité par la disposition précisant que le prêt exige l'accord du salarié, et que son refus ne peut constituer une faute[311]. L'on peut également estimer que ce type de prêt se fera entre entreprises proches géographiquement. Si ce sont des entreprises d'un même groupe, il est possible que la mobilité soit organisée et prise en charge. Pour emporter l'accord du salarié

[310] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, Quadrige - Dicos Poche, 2011, p. 475.

[311] C. trav., art. L. 8241-2.

potentiellement visé par le prêt, les entreprises peuvent aussi prévoir une prise en charge de la mobilité, quelle que soit la forme de cette prise en charge. Mais le risque de condamnation est présent. Paradoxalement, il semble que la prise en charge des frais doive peser sur l'entreprise prêteuse pour qu'il ne puisse être reproché à l'entreprise utilisatrice un quelconque profit, ainsi qu'à l'entreprise prêteuse une quelconque économie. Une solution a peut-être été trouvée *via* l'ajout de la loi du 28 juillet 2011, qui prévoit que les entreprises se mettent d'accord sur le mode de détermination des différents montants à rembourser, dont les frais professionnels[312].

186. - Légalité de la prise en charge. Mais concernant la légalité du prêt, que les entreprises soient, ou non, d'un même groupe, un remboursement excédentaire condamnerait la pratique. Un encadrement strict est donc souhaitable.

Par ailleurs, il faut distinguer si les frais sont supérieurs, ou au contraire, inférieurs aux frais engagés lorsque le salarié travaille pour le compte de l'entreprise prêteuse. S'ils sont supérieurs, que doit rembourser l'entreprise utilisatrice à l'entreprise prêteuse ? Ce sera soit la totalité des frais, soit la différence entre les frais engendrés habituellement et ceux nouvellement apparus par la mise à disposition. Étant donné que pendant la durée du prêt, le salarié sera au service exclusif de l'entreprise d'accueil, il semble que le remboursement concerne la totalité des frais professionnels et non pas la seule différence occasionnée. Cependant, la loi est muette sur ce point.

La situation est différente si les frais professionnels dans la nouvelle situation sont inférieurs à ceux de la situation d'origine. Là encore, le salarié ne travaille plus véritablement pour son entreprise d'origine, il semble donc que le remboursement habituel des frais soit arrêté durant le prêt, et que les frais occasionnés par la mise à disposition prennent le relais. Ainsi, seuls les frais réellement dus seront remboursés. Pourtant, il est bien dit que le contrat de travail n'est ni rompu, ni suspendu, ce qui laisse un doute sur l'issue du problème.

187. - Le trajet domicile/lieu de travail. C'est une catégorie des frais un peu particulière. En effet, sauf dans certaines situations où les frais occasionnés par le trajet domicile/lieu de travail doivent obligatoirement être remboursés par l'employeur, ce type de frais n'est pas

[312] C. trav., art. L. 8241-2, 2°.

directement remboursable[313]. Quelle solution, alors, s'il existe une différence de traitement entre les salariés de l'entreprise prêteuse et ceux de l'entreprise d'accueil ? Dans pareil cas, la solution semble que la situation ne doit pas nuire au salarié prêté. D'ailleurs, la convention de prêt, indispensable depuis la loi du 28 juillet 2011, prévoit bien que le salarié « *continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse* ». De fait, si le remboursement de ces frais est prévu par un accord collectif, le salarié prêté devrait encore en bénéficier.

188. - Différence de traitement entre les deux entreprises. Un problème se pose dans le cas où l'entreprise utilisatrice ne prévoit pas le remboursement des frais de trajet domicile/lieu de travail. Car si l'entreprise prêteuse les rembourse habituellement à ses salariés, le salarié prêté, bien que lui appartenant toujours, n'exécute temporairement pas de tâches pour son compte. Elle serait alors tenue de rembourser des frais non occasionnés par elle ; ou alors elle forcerait l'entreprise d'accueil à rembourser des frais professionnels au salarié accueilli, alors qu'elle ne le fait pas pour ses propres salariés. Il existe ici une querelle entre la théorie, selon laquelle le salarié appartient toujours à son entreprise d'origine, et la pratique, avec pour conséquence que, concrètement, le salarié ne va pas travailler pour son employeur, et va, au surplus, bénéficier des « *installations et moyens de transport collectifs* » de l'entreprise utilisatrice. Cela entraine une certaine rupture d'égalité entre salariés des deux entreprises, qui effectuent plus ou moins le même travail, sur le même lieu de travail, et donc pour le compte de la même société.

Une partie de ce flou juridique est, selon nous, à éclaircir au moment de la mise à disposition, puisque les parties doivent entre autre déterminer les frais professionnels qui seront justement remboursés à l'entreprise d'accueil[314].

189. - L'éventuelle prise en compte de la situation géographique des entreprises. Le prêt est envisageable pour le cas où l'activité des entreprises est similaire sur certains points. La situation du salarié prêté ne doit donc que sensiblement changer entre le travail au sein de l'entreprise prêteuse et celui au sein de l'entreprise utilisatrice. La différence va alors se faire sur la situation géographique de l'une des entreprises par rapport à l'autre. Le salarié qui est

[313] C. trav., art. L. 3261-3 et s.

[314] Disposition prévue par l'article L. 8241-2, 2° du Code du travail, mettant en place la convention de mise à disposition.

soumis à un prêt de main-d'œuvre connait par la même occasion une nouvelle entreprise. Deux hypothèses sont ici envisageables, quant à la mobilité géographique de ce salarié : soit l'entreprise d'accueil se situe sur la même aire géographique que l'entreprise prêteuse, soit elle se trouve à une distance différente par rapport à l'entreprise prêteuse.

190. - L'entreprise utilisatrice se situant dans une même « aire » géographique que l'entreprise prêteuse. Le prêt d'un salarié dans une même aire géographique[315] ne doit logiquement pas entrainer de nouveaux frais professionnels, au moins quant aux déplacements du salarié, cela car le trajet pour travailler n'est pas supérieur, ou alors que sensiblement, par rapport au trajet qu'il devait parcourir en temps normal. Dans pareil cas, il n'y a nécessité d'un quelconque remboursement, étant donné l'équivalence des situations entre la situation normale et celle en période de prêt. La disposition légale semble alors n'être d'aucun effet dans pareille situation[316].

191. - L'entreprise utilisatrice se situant dans une aire géographique différente. Il convient de rappeler que la notion de secteur géographique s'apprécie de manière objective, et, par conséquent, sans prendre en compte le domicile du salarié concerné. Cela dit, le prêt de main-d'œuvre exige l'accord du salarié ; c'est donc une autre problématique qui est ici posée. C'est uniquement au regard de la légalité du prêt de main-d'œuvre que se pose ce problème de mobilité géographique. Deux situations sont possibles : l'entreprise d'accueil est plus près du domicile du salarié prêté, ou alors, au contraire, elle se trouve plus éloignée de son domicile.

Pout le cas où l'entreprise se situe plus près par rapport au domicile du salarié prêté, le trajet est donc moins important. Selon que le remboursement se faisait de manière forfaitaire ou sur justificatif, la situation va changer. Les entreprises vont devoir résoudre la situation, de manière à ne pas compromettre l'accord du salarié quant au prêt. Toutefois, le domicile étant ici plus prêt, il y aurait, dans un cas, une économie pour l'entreprise prêteuse, dans le second cas, un moindre coût pour l'entreprise utilisatrice. Cela évidemment uniquement dans le cas où une des

[315] Nous utilisons ici le terme « aire » et non pas « secteur » pour éviter toute confusion avec la notion jurisprudentielle relative à la mobilité géographique, et plus précisément relative aux clauses de mobilité.

[316] Toujours si l'on s'en tient à l'aspect géographique.

entreprises prend habituellement en charge les frais domicile/travail dans le cadre de l'article L. 3261-3 du Code du travail.

Dans le cas inverse où l'entreprise se trouve plus loin du domicile, le même raisonnement peut être tenu. Les deux entreprises doivent alors harmoniser leur position sur ce qui est remboursé au salarié prêté ; et là encore, étant donné que le salarié est exclusivement détaché au sein de l'entreprise utilisatrice, il serait en tout point logique que les frais soient couverts par l'entreprise utilisatrice. Le même problème survient si l'entreprise utilisatrice ne prévoit pas le remboursement des frais de trajet, à l'inverse de l'entreprise prêteuse qui en avait l'habitude. Il semble que le Parlement ait privilégié la voie de la liberté contractuelle, avec la convention de mise à disposition.

Est également une situation envisageable, celle où l'entreprise utilisatrice offre plus de droits à ses salariés. À s'en tenir à la lettre des textes, le salarié prêté continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse, il en conserve donc les droits acquis ; pour autant, ce même salarié doit bénéficier des installations et moyens de transport mis à disposition de ses propres salariés, par l'entreprise d'accueil. On se trouve alors dans une situation pas forcément paradoxale, mais dans un certain sens, contradictoire ; la même qu'exposée quant au remboursement des frais professionnels généraux.

L'obligation de mettre à disposition du salarié prêté les mêmes moyens de transport qui bénéficient aux salariés de l'entreprise d'accueil pourrait faire pencher le raisonnement dans le sens d'un remboursement des frais de déplacement domicile/lieu de travail. Du moins, selon l'acception que l'on fait de l'expression « mise à disposition des moyens de transport ». À première vue, un moyen de transport n'est qu'un moyen de se déplacer, et *stricto sensu*, ça n'est pas un outil de travail. Cela pourrait être alors une navette que met en place l'entreprise entre une gare ou un quelconque lieu, et l'entreprise. De fait, le salarié pourrait en bénéficier. D'ailleurs ce sont bien des transports collectifs dont il est question dans la loi, et non pas individuel. Par extension, l'on pourrait justement considérer qu'à défaut de pouvoir bénéficier d'un tel transport, ce serait un argument en faveur du remboursement des frais domicile/lieu de travail par l'entreprise utilisatrice.

La tentation de favoriser cette acception est bien réelle, mais il existe une autre hypothèse quant au sens de cette mise à disposition. Ce serait, comme suggéré précédemment, que le

moyen de transport évoqué par les textes soit également un outil de travail. Cette hypothèse doit logiquement être abandonnée dans la mesure où ce ne sont pas n'importe quels transports et installations, mais uniquement ceux qui sont collectifs. Il est évident qu'un moyen de transport pour aller du domicile au lieu de travail est, d'une certaine manière, un moyen de travailler, mais l'interprétation serait alors très extensive. Les moyens de transport dont il est question ici ne seraient alors pas les véhicules nécessaires au travail tel que la voiture pour un commercial.

La meilleure interprétation est donc ici la première. Les moyens de transports sont collectifs, et peuvent ainsi valider le remboursement des frais de déplacement domicile/lieu de travail. Si tel n'est pas le cas, il faudra se référer à la convention de mise à disposition qui aura dû prévoir le règlement de ces frais.

II. Le cadre perfectible du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif

192. - Malgré un cadre redéfini par la loi du 28 juillet 2011, qui a confirmé le principe d'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif, plusieurs éléments du cadre juridique du prêt de main-d'œuvre sont encore perfectibles. C'est notamment le cas du contexte concurrentiel dans lequel intervient le prêt (A), mais aussi de l'encadrement du contexte dans lequel un employeur peut y recourir (B).

A. Un contexte concurrentiel problématique

193. - Problème de concurrence d'activité. La question de la concurrence se pose naturellement. Le Code du travail impose en effet un critère lié à l'activité pour que le prêt soit

licite[317]. Plus précisément, soit l'objet du prêt est différent de l'activité principale de l'entreprise mais éventuellement assorti d'une rémunération[318], soit l'objet du prêt de main-d'œuvre présente les mêmes caractéristiques que l'activité principale de l'entreprise d'accueil, auquel cas la logique du prêt de main-d'œuvre demande une analyse plus poussée.

En effet, nous supposons que le prêt de main-d'œuvre ne peut s'entendre que comme un service d'ami, d'une entreprise en manque de travail, vers une entreprise en manque de main-d'œuvre ; ceci car la viabilité d'un tel procédé[319] ne semble que très peu conciliable avec le monde économique. Une autre difficulté vient donc s'ajouter lorsque l'on regarde l'objet de l'opération : l'activité commune des acteurs du prêt.

L'objet de l'opération est un des caractères fondamentaux de ladite opération ; aussi, à partir du moment où l'opération est dépourvue de but lucratif, elle est valable. Deux configurations sont alors possibles, toujours en l'absence de rémunération.

194. - Activités différentes. L'opération concerne une activité différente. Dans un tel cas, l'entreprise ne prête pas qu'une force de travail, mais également un savoir-faire que ne possède pas l'entreprise d'accueil. Le savoir-faire concerné peut ici, soit concerner l'activité principale de l'entreprise prêteuse, soit une « occupation » d'une partie du personnel (agent d'entretien, secrétariat, comptabilité, etc.). Si l'activité concernée est l'activité principale, il semble que le prêt est tout simplement contraire à l'intérêt de l'entreprise prêteuse, qui aurait pu/dû être rémunérée par le biais d'un contrat d'entreprise. Et à l'inverse, l'entreprise utilisatrice a, en général, besoin de ces services sur le long terme, ce qui supprime aussi l'intérêt du recours au prêt de main-d'œuvre.

Si l'activité concernée par le prêt n'est qu'une simple « occupation » du personnel de l'entreprise prêteuse, le pragmatisme du mécanisme du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif trouve ici toute sa logique, car l'activité au cœur du prêt n'a pas de caractère économique pour l'entreprise qui prête ; elle ne fait que fournir de manière indirecte du travail à ses salariés.

---

[317] C. trav., art. L. 8241-1 : « *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite* ».

[318] Ce qui *a priori* éloigne ce procédé, du prêt de main-d'œuvre des articles L.8241-1 du Code du travail.

[319] Absence de rémunération.

195. - Activités identiques. L'opération peut aussi concerner une activité commune aux deux entreprises. Dans cette configuration, le problème de la concurrence se pose. Il peut y avoir deux entreprises d'un même secteur d'activité, dont l'une connait une hausse d'activité, l'autre une baisse, du moins en théorie[320]. Partant de ce postulat, celle connaissant une baisse d'activité peut prêter une partie de sa main-d'œuvre qualifiée à l'entreprise connaissant une hausse d'activité. Mais cette pratique est foncièrement contraire à la logique économique qui voudrait voir une entreprise prendre le dessus sur ses entreprises concurrentes, afin d'obtenir des parts de marchés plus importantes dans un secteur économique donné. Pour autant, la lutte économique ainsi exposée est-elle un principe absolu ? La réponse à cette interrogation peut trouver, selon nous, des pistes différentes selon un environnement donné. Ainsi la concurrence entre petites entreprises peut être très différente, plutôt qu'entre entreprises transnationales. De même qu'un certain pragmatisme peut tout à fait apparaitre quand il y a des intérêts convergents à courts termes.

Même s'il y a une situation de concurrence, le mécanisme du prêt de main-d'œuvre doit être, comme le rappelle le professeur Marion Del Sol, un dispositif « *gagnant-gagnant-gagnant* ». C'est-à-dire que le prêt de main-d'œuvre doit éviter des licenciements au sein de l'entreprise prêteuse, en même temps qu'il procure une main-d'œuvre temporaire et déjà opérationnelle à l'entreprise utilisatrice. Le troisième « gagnant »[321] devant être le salarié. L'intérêt du dispositif est explicité ainsi : « *D'une part, il préserve l'emploi en proposant une alternative tant aux suppressions d'effectifs qu'aux mesures de chômage partiel ; d'autre part, il préserve le potentiel de l'entreprise confrontée à une baisse sensible d'activité dans la perspective d'un retour à meilleure fortune* »[322]. Cette logique ne laisse pas de place aux tensions liées à la concurrence, et c'est peut-être aussi pour cette raison, que le prêt de main-d'œuvre reste sous-utilisé.

Dans le cadre de relations plus saines entre entreprises d'un même secteur, la possibilité de mettre en œuvre de manière plus régulière des prêts de main-d'œuvre à but non lucratif serait

[320] Dans le cas d'une période de décroissance économique généralisée, la question de la probabilité que deux entreprises d'un même secteur d'activité connaissent des conjonctures différentes seraient à étudier.

[321] M. DEL SOL et E. DOCKES, *Faut-il libéraliser le prêt de main-d'œuvre ?*, RDT, 2009, p. 625.

[322] *Ibid*.

à coup sûr plus important qu'à l'heure actuelle. Cependant c'est tout une logique qu'il faudrait remodeler : remettre le travailleur en tant que personne au centre du droit du travail, ou plus certainement de la pratique économique, et mettre, en partie, de côté l'intérêt économique qui a pris le dessus. Permettre ainsi que la volonté de sauvegarder l'emploi prédomine sur la volonté de détruire la concurrence. À l'inverse, et un peu paradoxalement, certains sacrifices sont justement à faire pour sauvegarder au maximum l'emploi. Mais ici, tout semble être affaire de discernement et surtout d'équilibre.

B. Le contexte économique du recours au prêt à définir

196. - Le cadre actuel du prêt de main-d'œuvre révèle encore certains flous. En effet, l'ANI du 8 juillet 2009 prévoyait une durée déterminée pour le prêt, en plus de préciser en introduction du titre II, que le prêt avait pour vocation d'éviter les périodes de chômage partiel, mais également les licenciements économiques. De ces dispositions conventionnelles, il ressortait un contexte bien défini, celui donc d'une activité économique en deçà de l'activité normale de l'entreprise prêteuse. Le cadre prévu par la loi du 28 juillet 2011 est donc plus flou sur ce point, et le contexte du prêt de main-d'œuvre a, semble-t-il, clairement évolué. C'est peut-être là que doit se situer aujourd'hui la critique de la doctrine travailliste. Ce cadre élargi du prêt a-t-il été voulu par les sénateurs lorsque l'amendement en question a été glissé dans la loi plus générale, ou est-il simplement la conséquence d'un manque de dialogue de la part du Parlement, pour une réforme qui, comme l'ont dit plusieurs auteurs, fait figure de cavalier législatif ? La volonté de ne pas réglementer la durée du prêt, pose donc la question du but recherché par le Parlement alors que les débats parlementaires font ressortir une volonté de, justement, coller au texte de l'ANI.

La prochaine étape de clarification du régime du prêt de main-d'œuvre devra être la condition d'un contexte économique donné, et l'encadrement plus clair les différentes pratiques. D'une part, remettre clairement le prêt de main-d'œuvre à but non-lucratif dans un contexte économique clair, tel qu'une période de crise. A ce titre, il conviendrait de préciser le caractère temporaire d'une mise à disposition, mais également les critères ou indices permettant

d'identifier une période dite de crise. D'autre part, en cas d'autorisation plus explicite donnée au groupe de sociétés de recourir au prêt de main-d'œuvre pour centraliser la gestion des ressources humaines, il faudra veiller à l'accompagnement de cette autorisation par une clarification des garanties à apporter aux salariés prêtés, afin d'éviter tout préjudice, tel que la privation d'un statut collectif par le biais d'une société écran. Si le prêt de main-d'œuvre *intra* groupe était précisé, il serait – à condition de l'accompagner de garanties – un moyen de sécuriser les détachements d'une entreprise d'un groupe à une autre. Hors le cas d'une volonté d'échapper à une couverture conventionnelle, une application de bonne foi de ce mécanisme pourrait présenter cet intérêt. Toutefois, se présente le risque d'une augmentation de l'externalisation de la force de travail, ce qui, en plus de se heurter aux partenaires sociaux, s'engagerait dans la voie d'une réification plus grande des salariés.

197. - Un cadre adapté aux PME et TPE ? Cela est relativement paradoxal, car est souvent émise l'hypothèse d'un droit social dédié aux entreprises multinationales. Pourtant, le prêt de main-d'œuvre tel qu'il est défini par le Code du travail ne prévoit que des prêts ponctuels et individuels, ce qui ne semble guère adapté à une entreprise de grande envergure, du moins dans le cadre d'une utilisation conforme à l'esprit originel du texte, qui est une baisse d'activité. Il est, en effet, assez peu utile, pour une entreprise qui aurait vingt mille salariés, d'en prêter un seul ; et là, rien n'est prévu par le texte. La présomption est la même lorsqu'une entreprise multinationale licencie pour motif économique un seul salarié ; bien souvent, un motif disciplinaire est latent.

L'hypothèse d'un prêt collectif serait éventuellement à prévoir afin de réellement faciliter la mise en place de ces mises à disposition censées pallier une crise. Un seul document serait alors nécessaire, prévoyant le nom des salariés concernés, le poste de travail, la rémunération et autres garanties. En l'état actuel du prêt, il semble que le cadre soit plus vraisemblablement adapté à la mise à disposition intragroupe, plutôt qu'à une pratique visant à sécuriser l'emploi en cas de crise. Le modèle des accords de mobilité interne pourrait être une hypothèse envisageable pour la collectivisation du prêt de main-d'œuvre ; avec la même méthode en cas de refus du prêt par le salarié.

Pour le cas où viendrait à poindre un genre de mise à disposition collective, la question de la gestion des salariés prêtés devient plus complexe : il ne sera plus question de mettre fin à une

période probatoire, mais à toutes. Si les anciennetés sont différentes, cela amène aussi des rémunérations différentes ; autant d'éléments qui sont difficiles à prendre en compte collectivement. Le prêt reste alors un outil d'ajustement au bénéfice des entreprises ; utile pour les petites et moyennes, plus relatif, peut-être, pour les grandes multinationales.

§ 2. Une instrumentalisée avérée

198. - Relations tripartites. À côté de la relation classique d'emploi caractérisée par un employeur unique et un salarié, différents modèles d'emploi se sont développés. Ils ont pour caractéristiques de fonder leur fonctionnement sur le postulat d'un salarié juridiquement mobile, et plus directement, d'une relation de travail souple.

199. - La sous-traitance. Il convient d'exclure de cette partie la sous-traitance, qui a des caractéristiques ne permettant pas d'y voir une instrumentalisation. En effet, la sous-traitance se caractérise par un maitre d'œuvre qui confie l'exécution d'une partie d'un contrat d'entreprise à une personne tierce au contrat initial[323], et aucun lien de subordination n'est transmis. Les salariés travaillant pour une tierce personne restent subordonnés à leur employeur, et leur rémunération est versée par ce dernier. L'entreprise sous-traitante est, quant à elle, payée par l'entreprise qui a commandé la prestation sur une base forfaitaire, et non en fonction du nombre d'heures réellement passées sur l'ouvrage[324]. Également, la sous-traitance ne peut avoir pour but d'obtenir de la main-d'œuvre. La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi exigé que l'activité de l'entreprise sous-traitante soit différente de celle de l'entreprise donneuse d'ordre[325]. Dans le cas contraire, nous serions dans le cas d'un prêt de main-d'œuvre à but lucratif puisque l'entreprise sous-traitante n'apporterait aucun savoir-faire spécifique, ce qui est prohibé.

[323] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige - DICOS POCHES, 2011, p. 973.

[324] Cass. crim. 25 juin 1985, n° 84-91628, Bull. crim. n° 250.

[325] Cass. crim. 3 mai 1994, n° 93-83104 ; cass. soc. 8 avril 2009, n° 07-45200.

200. - Si le prêt de main-d'œuvre à but lucratif est proscrit, la législation du travail a autorisé et encadré certaines formes de prêt de main-d'œuvre comme modèle économique. Le code du travail proscrit le prêt de main-d'œuvre à travers une double condition : le but lucratif comme unique activité. Ainsi, certaines pratiques sont autorisées et cumulent à la fois le caractère lucratif et l'activité exclusive ou quasi-exclusive de prêt de main-d'œuvre - c'est le cas du travail temporaire, du travail à temps partagé, et dans une certaine mesure du partage salarial - (I) ; les groupements d'employeurs ont pour spécificité de s'organiser autour d'une mise à disposition de salariés entre les employeurs adhérents au groupement (II).

I. Les formes de prêts à but lucratif, une instrumentalisation économique de la mobilité

201. - Le recours au travail temporaire. Comme le prêt de main-d'œuvre, le travail temporaire est un mode d'externalisation des ressources humaines dans le sens où des personnes vont mettre leur force de travail au service d'une entreprise qui n'est pas leur employeur. Il diffère cependant du prêt car le but est ici lucratif et reste soumis à un régime relativement strict. Pourtant, le prêt de main-d'œuvre a pendant longtemps opéré par renvoi au régime du travail intérimaire concernant certains aspects de son propre régime.

Le premier élément est le caractère temporaire de l'embauche. Les articles L. 1251-5 et L. 1251-6 du Code du travail sont formels sur ce point : le contrat de travail temporaire ne peut avoir pour effet de pouvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise. Le travail temporaire est donc réservé à des « missions » reposant sur des tâches précises et temporaires. Les cas sont limitativement prévus par le Code du travail et visent notamment le remplacement d'un salarié ou la hausse temporaire d'activité. La jurisprudence précise l'application du Code du travail en jugeant que le salarié intérimaire n'a pas forcément à être affecté à la tâche visée par la hausse d'activité, ni que la hausse devait revêtir un caractère exceptionnel[326]. En cela, prêt de main-d'œuvre et travail temporaire se rejoignent.

[326] Cass. soc. 21 janvier 2004, n° 03-42769, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU, Dr. soc., 2004, p. 892.

Le travail temporaire dans le cas particulier de la hausse périodique d'activité semble être un atout qu'offre ce mécanisme par rapport au prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. En effet le prêt de main-d'œuvre, tel que nous l'avons décrit, nous parait plus à même de répondre à une hausse exceptionnelle, et non périodique, de l'activité de l'entreprise utilisatrice. Ce qui diffère entre les deux mécanismes est la condition de l'existence de salariés disponibles au sein d'une entreprise, et que cette dernière – tout comme les salariés - soit favorable à un prêt. Sans cela, le prêt est impossible. Là est l'intérêt des entreprises de travail temporaire ; elles permettent de fluidifier la gestion de la main-d'œuvre au sein des entreprises, sans que ces dernières dépendent d'une main-d'œuvre disponible au sein d'une autre entreprise.

202. - Propositions. La difficulté du prêt de main-d'œuvre est de corréler une hausse et une baisse d'activité au sein de deux entreprises différentes. Les entreprises de travail temporaire ont cet avantage qu'elles ne se consacrent qu'au prêt de la main-d'œuvre. Une hypothèse serait que les entreprises de travail temporaire soient habilitées à faire le lien entre des entreprises potentiellement prêteuses et des entreprises potentiellement utilisatrices, sans que l'entreprise de travail temporaire devienne employeur du salarié prêté. Ces entreprises ne seraient que des intermédiaires pour, d'une part, sécuriser le prêt, d'autre part, développer le prêt et, ainsi, sauvegarder des emplois.

À défaut, désigner Pôle-emploi afin de tenir ce rôle d'intermédiaire est une possibilité. Confier ce rôle à un service public permettrait éventuellement de « neutraliser » la présomption de lucrativité prohibée.

203. - « CDI intérimaires ». Après la signature de l'accord de branche du 10 juillet 2013[327] qui a ouvert la possibilité de conclure des contrats de travail à durée indéterminée entre une entreprise de travail temporaire et un travailleur temporaire, la loi du 17 aout 2015[328]. La signature de tels contrats peut être vue comme une solution au chômage frictionnel, en sécurisant le salarié pendant les périodes dites d'intermissions. D'autres y voient une manière de contourner le versement de prime de fin de mission, et d'une manière plus générale, d'instrumentaliser la main-d'œuvre. En effet, la personne en contrat de travail à durée

[327] Accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires.

[328] Loi n° 2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi.

indéterminée avec une entreprise de travail temporaire n'a plus qu'un seul employeur, et doit donc se tenir disponible pendant les périodes d'intermission. La réunion des deux facteurs - travail temporaire et lien permanant avec l'employeur - peut illustrer un certain retour des corps intermédiaires, limitant la liberté du travail en empêchant le travailleur de librement négocier avec un employeur. À l'inverse, le contrat de travail à durée indéterminée intérimaire offre au salarié concerné une sécurisation de son parcours professionnel. En effet, l'entreprise de travail temporaire, en s'attachant une main-d'œuvre permanente, aura une obligation directe de formation auprès de ces salariés, afin que ces derniers restent employables[329]. Si l'obligation de formation existe déjà pour les entreprises de travail temporaire à l'égard des travailleurs intérimaires, le fait d'employer par contrat à durée indéterminée ne peut que renforcer le suivi des salariés sur le long terme.

De cette manière, la mise en place de ce contrat intérimaire atypique peut permettre aux salariés une meilleure stabilité dans l'emploi, qui peut également faciliter l'accès à la propriété, ou ne serait-ce qu'à la location. Contrairement à une éventuelle image de souplesse que reflète le travail temporaire pour certains salariés qui s'en contentent, c'est selon nous une vision à court terme, et négative pour l'emploi en général. Ce type de contrat ne sera, de toute manière, pas la norme en matière de travail temporaire, mais peut permettre éventuellement à certains salariés de se procurer une certaine stabilité dans l'emploi et un meilleur accès à la formation professionnelle.

204. - Le recours au travail à temps partagé. Nouvellement consacré dans la législation du travail, le « CDI intérimaire » ressemble fortement au travail à temps partagé[330]. En effet, ce mécanisme se caractérise également par l'embauche en contrat de travail à durée indéterminée de salariés ensuite mis à disposition. Si la norme reste, pour les entreprises de travail temporaire, le recrutement de salariés temporaires de manière ponctuelle pour les mettre à disposition d'une entreprise utilisatrice, une entreprise de travail à temps partagé est réputée embaucher des salariés en contrat de travail à durée indéterminée[331]. L'autre différence est le niveau de qualification des salariés recrutés puis mis à disposition par une entreprise de travail à temps

[329] C. trav., art. L. 6321-1.

[330] Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprises.

[331] Art. L. 1252-4 C. trav.

partagé. En effet, ces salariés constituent, au terme de l'article L. 1252-2 du Code du travail, du personnel qualifié. Cela diffère donc du travail temporaire, où les salariés sont souvent recrutés pour des emplois pas ou peu qualifiés.

L'emploi à temps partagé pouvant être à temps plein comme à temps partiel[332], l'enjeu est de pérenniser l'emploi à travers une mobilité favorisée des salariés. L'intérêt du mécanisme est ainsi de permettre à des personnes de partager leur temps entre deux ou plusieurs emplois, tout en n'ayant qu'un seul employeur direct, ou d'effectuer successivement des missions auprès de plusieurs utilisateurs, tout en n'ayant encore qu'un unique employeur.

205. - Point commun et difficulté commune. L'autre point de recoupement entre travail temporaire et travail à temps partagé est le rôle d'une entreprise qui va mettre à disposition les salariés auprès d'entreprises utilisatrices ; une entreprise de travail temporaire peut à la fois gérer des travailleurs temporaires et des travailleurs à temps partagés. Cette caractéristique rapproche un peu plus les deux mécanismes, et mériterait éventuellement une réunion des deux régimes.

Ce parallélisme des formes entre travail à temps partagé et « CDI intérimaire » est aussi à même de les condamner tous les deux. C'est un modèle économique qui semble difficilement viable, à moins que les salariés enchainent, de manière régulière, des missions. Si le nombre de missions est trop faible, la durée des périodes d'intermission sera trop élevée et présentera un coût trop important à supporter pour les entreprises.

206. - Le recours au portage salarial. Le portage salarial est un mécanisme jeune puisque son insertion dans le Code du travail date de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008[333]. Pour autant, la pratique date de la fin des années 1980, sous l'impulsion de cadres au chômage[334]. Avant 2008, l'encadrement du portage salarial était donc nul. Sur la forme, c'est une relation tripartite, entre une entreprise de portage, un salarié « porté » et une entreprise cliente. L'article L. 8241-1 du Code du travail en a fait une des exceptions à la prohibition des prêts de main-d'œuvre à but lucratif. En effet, dans cette situation, le salarié porté est mis à

[332] C. trav., art. L. 1252-2.

[333] Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, sur la modernisation du marché du travail.

[334] JCl., fasc. 3-22, Lexisnexis.

disposition d'une entreprise cliente, et le salarié sera rémunéré, non pas par l'utilisateur, mais par la société de portage. La lucrativité provient ici de la rémunération de l'entreprise de portage salarial par l'entreprise cliente ; il y a de réels frais de gestion et un coût réel de la main-d'œuvre, le même qui est proscrit pour le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. Ce coût s'explique notamment par la main-d'œuvre hautement qualifiée des salariés prêtés. Ainsi, le mécanisme est souvent présenté comme à mi-chemin du salariat et du travail indépendant. C'est à la fois un de ses atouts, et sa faiblesse, car le droit du travail a beaucoup de mal à cerner le statut de ces travailleurs. D'une part, le salarié porté doit rechercher des missions – aspect indépendant ; d'autre part, le salarié est lié par un contrat de travail – aspect salarial. Le statut salarié de la personne portée est d'ailleurs sujet à controverse, compte tenu de l'absence d'une véritable subordination du salarié porté vis-à-vis de l'entreprise de portage salarial[335].

En sus de cette interrogation sur le rapport de subordination qui doit exister entre l'employeur et le salarié, la Chambre sociale de la Cour de cassation a plusieurs fois condamné le mécanisme tel qu'il est voulu par certains. En effet, alors que l'accord du 24 juin 2010 sur l'activité de portage prévoyait une condamnation ferme du cas où ce serait, en réalité, l'entreprise de portage qui prospecterait les clients[336], la Chambre sociale y voit une simple mise à disposition et a condamné à plusieurs reprises les entreprises de portage salarial qui ne fournissaient pas de travail au salarié porté, conformément à ce qui est exigé en présence d'un contrat de travail[337].

207. - Économie du portage salarial et sort de la clientèle. Le moyen sur lequel se fonde l'entreprise de portage salarial dans l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 4

---

[335] P-M. MENGER, P. Costa, D. HANET, C. MARCHIKA, *Travailler par mission : qui et comment ? Le cas du portage*, Dr. soc., 2007, p. 46.

[336] Préambule de l'accord du 24 juin 2010 sur l'activité de portage salarial : « *En conséquence, dès lors qu'il est établi que le salarié n'a pas été apporteur de la prestation faisant l'objet du contrat de travail en portage salarial et que l'entreprise de portage salarial a effectué en réalité une mise à disposition auprès de l'entreprise cliente qu'elle aura elle-même prospectée, le contrat de travail en portage salarial pourra être requalifié en contrat à durée indéterminée* ».

[337] Cass. soc., 4 février 2015, n° 13-25627 : « *Mais attendu que la conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fourniture du travail* », obs. B. INES, Dalloz. Act., 23 février 2015 ;

Cass. soc., 17 février 2010 n° 08-45298, note J. PÉLISSIER, RDT, 2010 p. 292 : « *Attendu que le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié* ». La clause prévoyant que le salarié devait lui-même rechercher ses missions est sans effet. L'entreprise de portage ne peut donc pas licencier régulièrement un salarié porté au motif qu'il n'avait pas travaillé pendant plusieurs périodes, faute d'avoir trouvé de nouvelles missions.

février 2015 est « *l'économie du portage salarial* ». En effet, tel qu'il est voulu originairement, ce mécanisme emprunte des éléments au salariat pour les greffer à des éléments des professions indépendantes, et la prospection de la clientèle en fait partie. De fait, le salarié porté est censé se constituer sa propre clientèle et la conserver[338].

En déclarant que l'employeur - ici, l'entreprise de portage salarial - a l'obligation de fournir du travail au salarié, la Cour de cassation va à l'encontre même du mécanisme, étant donné que l'accord collectif sut le portage salarial prévoyait, en pareil cas la requalification du contrat de portage en contrat de travail de droit commun. De plus, la logique veut que s'il revient à l'entreprise de portage de fournir du travail, les entreprises clientes intègrent la clientèle, non pas du salarié porté, mais de l'entreprise de portage. Cela n'est pas sans poser problème quant à l'existence même de ce mécanisme. En continuant sur cette voie, cette forme de travail - peu usitée par ailleurs - risque bel et bien de disparaitre, sauf à créer un véritable contrat qui inclurait les spécificités du mécanisme.

208. - Incertitude autour du portage salarial. L'accord national du 24 juin 2010 relatif au portage salarial apportait un certain de garanties pour le salarié porté, notamment au sujet de la rémunération minimale - 2 900 € brut à temps plein - ou de l'apport en clientèle, qui reste propriété du salarié porté[339]. Néanmoins, la décision du Conseil constitutionnel du 11 avril 2014[340] a déclaré inconstitutionnel l'article de loi qui avait renvoyé à la négociation collective l'organisation du portage salarial[341]. Les garanties prévues dans l'accord ont donc perdu toute force, et le cadre du portage salarié est à nouveau très fragile. Le Code du travail ne prévoit ainsi aucune garantie pour le salarié, puisqu'un seul article est présent dans le Code du travail, ne faisant que définir le portage salarial[342]. Cette infime présence dans le Code du travail évite tout de même une condamnation sur le fondement du prêt de main-d'œuvre à but lucratif, l'article L. 8241-1 du même code excluant le portage salarial de l'incrimination de prêt illicite

[338] C. trav., art. L. 1251-64.

[339] Les parties signataires du présent accord entendent également rappeler que l'entreprise de portage salarial n'est à aucun moment « propriétaire » de la clientèle apportée par le salarié porté.

[340] Décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014.

[341] Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, art. 8, § III.

[342] C. trav., art. L. 1251-64.

de main-d'œuvre. Aussi, l'article L. 1251-64 du Code du travail précise que le portage salarial « *garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle* ».

Si la qualification élevée des salariés portés peut faire office de garantie partielle, la situation pourrait bien évoluer dans le mauvais sens, un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) ayant soulevé le caractère discriminatoire de l'accord, celui-ci réservant aux seuls cadres le mécanisme du portage salarial[343]. La Cour de cassation a en effet condamné des discriminations présentes dans un accord collectif, fondées sur la seule catégorie professionnelle[344]. Se pose la question de savoir si la même critique vaut en cas de discrimination d'origine légale, et non pas conventionnelle. Le risque d'étendre le mécanisme du prêt de main-d'œuvre au-delà des seuls cadres est de l'étendre à des personnes, qui, en raison de leur moindre qualification, ne sont pas en mesure de négocier leur prestation.

209. - Ordonnance portant sur l'encadrement juridique du portage salarial. Une ordonnance a été publiée le 1er avril 2015, ayant pour objet l'encadrement de la pratique du portage salarial[345]. Ratifiée, un nouveau chapitre a été créé dans le Code du travail, reprenant des éléments de l'accord du 24 juin 2010. Ainsi le recours au portage n'est plus réservé aux seuls cadres. En outre, l'ordonnance précise que « *le salarié porté justifie d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix* ». Cela étant, il convient de définir ce qui s'entend par « *justifier d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie* ». Pour parfaire l'autonomie du salarié, l'ordonnance revient sur ce qui avait fait l'objet d'une condamnation par la Cour de cassation : l'obligation de fournir du travail au salarié porté. L'ordonnance indique ainsi que l'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté. Pour autant, il n'est pas certain que cette disposition soit à même de contourner les mécanismes propres au droit du travail, et qui veut que l'employeur fournisse du travail en échange d'une rémunération. Si ce n'est le Parlement qui s'en charge, il est fort

[343] Rapp. IGAS, L'avenir *et les voies de régulation du portage salarial* ; JCl. Trav. Tr., Fasc. 3-22 : Portage salarial.

[344] Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14725, obs. P.-H. ANTONMATTEI et C. RADÉ, Dr. soc., 2011, p. 986.

[345] Ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial.

probable qu'une question prioritaire de constitutionnalité soit posée dès le premier contentieux qui surviendra.

Sur le régime plus général du portage salarial, il est à la fois ouvert au salarié non-cadre, mais exclu pour les salariés ne justifiant pas d'une autonomie suffisante. L'articulation entre ces différentes conditions n'est pas aisée, étant donné que le salarié cadre se définit généralement par une certaine autonomie dans la gestion de son travail. Pour évincer cette lacune, il faut considérer que l'autonomie exigée par l'ordonnance renvoie simplement à une absence de réelle subordination ; du moins faudrait-il en calculer le degré. Ainsi, le statut du salarié de l'entreprise de portage est proche de celui d'un travailleur indépendant, du fait également de l'absence d'une obligation de fourniture de travail pesant sur l'entreprise de portage ; le contrat de travail se trouve donc grandement vidée de sa substance, puisque seule perdure la rémunération dont les règles de déterminations sont fixées dans le « *contrat de travail en portage salarial* »[346]. C'est un nouveau type de contrat de travail qui a donc vu le jour, sans rapport de subordination et sans obligation de fourniture de travail, ce qui n'est pas sans poser question. À ce propos, le professeur G. Couturier admet l'existence d'un contrat de travail « *lorsqu'une une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la subordination d'une autre personne moyennant rémunération* »[347]. En l'état, il restera à observer comment la Cour de cassation va appréhender ce nouveau contrat quant à son contenu.

La conséquence de ce statut semi autonome est le devenir incertain du pouvoir disciplinaire de l'employeur. En effet, l'ordonnance précise que l'entreprise de portage n'a pas à fournir de travail ; de fait, ce travail non fourni ne peut se faire sous le contrôle de l'employeur. En cas d'embauche en contrat de travail à durée indéterminée de la part de l'entreprise de portage, une éventuelle rupture semble compliquée à mettre en œuvre.

[346] *Ibid*.

[347] G. COUTURIER, *Droit du travail, 1 Les relations individuelles de travail*, PUF, Droit fondamental, 2° éd., 1994, n° 44, p. 94.

II. Les groupements d'employeurs, une instrumentalisation utile de la mobilité

210. - Les groupements d'employeurs sont des entités indépendantes qui regroupent différentes entreprises pour mettre en commun une partie de la main-d'œuvre, ceci par le biais d'une association ou d'une coopérative. Le statut collectif applicable aux salariés du groupement est déterminé par le secteur d'activité auquel appartiennent les entreprises adhérentes. En cas de pluralité de secteur représenté au sein du groupement, il appartient au groupement de déterminer laquelle s'appliquera et de la proposer à la DIRECCTE dans la déclaration de création du groupement[348].

C'est ensuite au contrat de travail de prévoir les conditions d'emploi des salariés, comme ce serait le cas dans une entreprise *lambda*. Doivent être prévus les conditions d'emploi et de rémunération, la qualification professionnelle du salarié, la liste des utilisateurs potentiels, et les lieux d'exécution du travail. Ensuite, des conventions de mise à disposition sont signées entre le groupement d'employeur et l'entreprise adhérente utilisatrice, afin de déterminer le travail effectif du salarié au sein d'une des entreprises - jours de présence, horaires, poste. C'est donc aux entreprises du groupement de convenir entre elles de leur besoin en main-d'œuvre. Cela étant, le Code du travail est assez pauvre sur ce sujet, et il semble que le droit commun des obligations reprenne sa place.

L'instrumentalisation de la mobilité est ici mesurée, car la mobilité est strictement encadrée. Contrairement au salarié d'une seule entreprise qui serait mobile sur les différents sites d'une entreprise, la vocation du groupement d'employeur est territoriale. Si cela n'est nullement écrit dans les textes, la logique l'impose, étant donné que les mises à disposition s'organisent généralement sur une échelle hebdomadaire. En effet, l'intérêt du groupement est de permettre d'embaucher d'un salarié, alors que la taille de l'entreprise ne le permettrait pas. Les entreprises adhérentes du groupement partagent ainsi les coûts du salariat, en fonction de leur besoin. Cette philosophie est rappelée par la disposition prévoyant l'exclusivité de prêt non

[348] C. trav., art. L. 1253-17.

lucratif[349] ; les adhérents ne remboursent donc que le strict coût de l'emploi, fonction du temps passé dans leur structure.

Contrairement au travail temporaire, l'emploi au sein d'un groupement d'employeurs se fait généralement sous la forme d'un contrat de travail à durée indéterminée, le but du groupement étant de pourvoir durablement à un besoin permanent de main-d'œuvre au sein du groupement. Cette nature de l'embauche est ainsi garante d'une certaine stabilité de l'emploi pour le salarié qui, sans le groupement, n'aurait obtenu qu'un seul temps partiel, faute d'entente et de coordination entre différents employeurs d'un même bassin d'emploi. De la même manière que pour un « CDI intérimaire », le lien du contrat de travail à durée indéterminée permet au salarié de s'installer dans un parcours professionnel, ce qui a tout son sens, à une époque où l'évolution du droit du travail tend à mettre en avant cette notion de parcours, au détriment du contrat à temps plein et à durée indéterminée, au sein d'une entreprise unique pendant toute la durée d'une carrière.

La nature même du groupement induit l'idée de parcours. Mais en l'occurrence, un parcours sécurisé dès l'embauche par un contrat de travail - normalement à durée indéterminée - détaillé, comprenant les différents employeurs possibles cités nommément, et l'ensemble des lieux où le salarié du groupement peut être affecté. De la même manière que pour une clause de mobilité géographique devant être strictement délimitée, le contrat ne peut se contenter de préciser que le salarié pourra être affecté « chez tous les membres du groupement ». Ainsi, le parcours est visible dès l'embauche.

211. - Un emploi ; plusieurs chance ?[350] Selon Monsieur P. Fadeuilhe, être salarié d'un groupement d'employeur apporterait un certain confort dans l'emploi. En effet, les difficultés relationnelles qu'il peut y avoir entre le salarié et l'entreprise d'accueil sont atténuées par la forme même du groupement ; si cela ne se passe pas bien dans une entreprise adhérente, la convention de mise à disposition doit pouvoir être rompue sans que cela donne lieu à un

[349] C. trav., art. L. 1253-1, al. 3 : « *Les groupements mentionnés au présent article ne* » peuvent se livrer qu'à des opérations à but non lucratif ».

[350] P. FADEUIHLE et F. JOUBERT, *Quelle utilité pour les groupements d'employeur ?*, RDT, 2015, p. 84.

licenciement de la part du groupement, le salarié pouvant être mis à disposition dans une autre entreprise du groupement.

Une autre seconde chance est mise en avant, celle de l'insertion par des groupements d'employeurs[351]. Il existe en effet des groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification (GEIQ), dont l'emploi se fait surtout sous la forme de contrats aidés. À travers ce type de contrat, le groupement d'employeurs participe à la politique de formation tout au long de la vie, pour des personnes en phase par exemple de reconversion, pouvant ainsi bénéficier d'une première expérience dans leur nouvelle qualification. À terme, le salarié peut être embauché définitivement au sein du groupement, ou être embauché par une autre entreprise, ayant déjà une première expérience.

212. - Problématique du licenciement. C'est une problématique commune aux formes d'emploi tripartite ; quel sort réserver à un salarié qui commet une faute au sein de l'entreprise utilisatrice ? En l'absence de cadre clair, la solution est hasardeuse. Il revient à l'employeur de licencier, et donc, normalement en l'espèce, au groupement d'employeurs. Mais la faute n'ayant pas été commise à l'encontre du groupement, il convient sans doute de considérer l'entreprise utilisatrice et le groupement comme co-employeurs. Le cas est tranché en ce qui concerne les entreprises de travail temporaire, puisque ces dernières peuvent invoquer la faute grave commise au sein de l'entreprise utilisatrice pour licencier le salarié[352].

Quant au licenciement économique, la fin de la mise à disposition décidée pour motif économique par l'entreprise utilisatrice ne justifie pas un licenciement économique par le groupement[353]. Il revient donc au groupement de trouver une nouvelle affectation pour le salarié.

[351] *Ibid*.

[352] C. trav., art. L. 1251-26.

[353] Lyon, 14 févr. 2005, n° 01/07012 et Rennes, 11 mai 2006, n° 05/04366.

Section 2. LES RAISONS DE L'INSTRUMENTALISATION

213. - L'instrumentalisation de la mobilité provient d'une part des discours positifs sur la mobilité, issus notamment de l'Union européenne, d'autre part, de l'augmentation du nombre de personnes sans-emplois. Sans considérer que, peut-être, cette augmentation peut être une conséquence d'une mobilité exacerbée et peu contrôlée au sein de l'Union européenne. De fait, l'instrumentation de la mobilité devient un palliatif à la crise de l'emploi, car elle propose une souplesse certaine dans la gestion de des effectifs (§ 1). À l'inverse, l'instrumentalisation présente certains risques, au-delà de l'instrumentation de la mobilité, celui de fragiliser un peu la situation du salarié (§ 2).

§ 1. L'utilité de l'instrumentalisation

214. - Outre les risques que présentent, pour le salarié, l'instrumentalisation de la mobilité, les défenseurs de l'instrumentalisation mettent en avant l'efficacité des mécanismes, se plaçant sur le terrain de l'efficacité économique de tels mécanismes (I). Cela étant, ces derniers n'occluent pas entièrement la dimension humaine de la relation de travail, et sont assortis de certaines garanties qu'il convient d'aborder (B).

I. Une instrumentalisation efficace

215. - Efficacité du droit. La notion d'efficacité est moins une notion juridique qu'économique. C'est pourquoi il est peu évident de parler d'efficacité en droit, et *a fortiori* en droit du travail, d'autant plus que le droit du travail a pour but, au moins pour partie, de protéger son agent le plus faible, le salarié. L'autre aspect économique est le pan régulateur du droit du travail au sein des différentes branches professionnelles, en évitant une concurrence par le bas au détriment des salariés. Ainsi, droit et économie sont liés. Mais si l'on peut expliquer une part

de l'efficacité du droit à l'aune de l'économie, il reste que l'efficacité du droit doit également se regarder en ce qu'il protège d'autres valeurs non marchandes, notamment la vie personnelle et familiale.

Face à l'incertitude de l'évolution de l'économie, il est souvent reproché au droit du travail sa rigidité, qui serait un frein à l'embauche. Une réponse a donc été trouvée dans les formes atypiques d'emploi qui offrent plus de souplesse dans la gestion de la main-d'œuvre. Si l'autorisation du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif permet, dans une certaine mesure, de répondre aux fluctuations de l'économie, son utilisation reste limitée, sans doute du fait de l'absence d'un courtier faisant le lien entre entreprises prêteuses et utilisatrices. Mais cette nécessité d'intermédiaire semble impossible à réaliser, le prêt étant à but non lucratif. Une possibilité serait qu'un acteur institutionnel se charge de la mise en relation d'entreprises potentiellement prêteuses ou utilisatrices, telles que Pôle-emploi ou les chambre de commerce et d'industrie. L'écueil à éviter est de voir requalifier le prêt en prêt à but lucratif, dans le cas d'une rétribution de l'intermédiaire, par exemple dans le cas d'un intermédiaire privé tel qu'une entreprise de travail temporaire. Le passage par un organisme tel que Pôle emploi pourrait permettre de contourner la difficulté.

216. - Efficacité par la présence d'un garant intermédiaire. L'utilisation du mécanisme du groupement d'employeurs présente l'intérêt de s'autogérer. L'embauche du salarié se faisant par le groupement dans le but de prêter ces salariés, chaque utilisateur ne fait ensuite que rembourser le coût d'utilisation du salarié au groupement, le prêt restant ainsi non lucratif. Ici, le groupement d'employeurs assume le rôle qui fait défaut au prêt de main-d'œuvre, celui de la mise en relation des acteurs intéressés par des mises à disposition. C'est l'agent tiers qui garantit la fourniture de travail au salarié embauché.

Cet intérêt est également présent en cas de comparaison avec le travail temporaire. Le groupement d'employeurs présente un intérêt certain ; ce dernier est un tiers juridique, mais un tiers qui, par son adhésion au groupement, met une part de sa personnalité morale dans ce groupement. Les utilisateurs étant donc indirectement employeurs, ils sont forcément plus impliqués dans l'emploi, et la coordination d'une embauche à plusieurs semble plus facile à mettre en œuvre.

L'efficacité se révèle aussi au niveau de la sécurisation du parcours du salarié, qui est normalement dans une relation de travail durable. Aussi, la solidarité existante entre les différentes entreprises adhérentes au groupement quant aux dettes envers les salariés est à même de garantir efficacement leur situation[354].

217. - Efficacité économique. L'efficacité des mécanismes provient de la souplesse dont ils sont assortis. Cette efficacité est tout du moins reconnue par le patronat, qui y voit une possibilité d'ajustement des effectifs. L'emploi *via* un tiers employeur - sous quelque forme que ce soit - a cet avantage de répondre au variable de l'économie, mais a parfois aussi l'inconvénient de ne pas inscrire durablement le salarié dans l'emploi[355]. Là est l'avantage que présentent les groupements d'employeurs. Le développement du travail temporaire en contrat à durée indéterminée pourrait également participer à la sécurisation du salarié, mais son coût important semble le condamner à un rôle résiduel.

218. - Gestion efficace de l'emploi. Aussi, les effets de seuil - tant décriés par les employeurs - sont à même de favoriser l'embauche de travailleurs temporaires, ces derniers n'étant pas comptabilisés dans les effectifs de l'entreprise, contrairement aux salariés bénéficiant d'un contrat de travail à durée déterminée. Cette gestion se fait cependant au mépris des garanties des salariés. Cependant, les conditions de recours sont strictement encadrées, ce qui ne permet pas une externalisation durable de la main-d'œuvre, contrairement au groupement d'employeur. Cela évite donc une dérive de l'emploi par l'externalisation de la main-d'œuvre.

Bien utilisée, la réunion de ces différents mécanismes - leur articulation et/ou juxtaposition - donne à l'employeur une certaine souplesse qu'il convient de mettre en œuvre, tout en préservant l'impératif de sécurisation du parcours du salarié.

219. - Coût de l'efficacité ? L'efficacité des mécanismes de prêt à but lucratif pourrait également trouver une explication dans son utilisation, malgré son coût supérieur à une embauche normale. En effet, l'on peut supposer que si un employeur privilégie une embauche

[354] C. trav., art. L. 1253-8.

[355] Il arrive cependant que le travail temporaire équivaille finalement à une période d'essai si le salarié donne satisfaction et que la charge de travail persiste dans la durée chez l'employeur.

via le travail temporaire, c'est que le mécanisme est efficace et/ou rassure ce dernier, et qu'il n'embaucherait pas d'une autre manière.

Au-delà de la simple efficacité, ce coût du travail temporaire est contrebalancé par une souplesse certaine pour l'employeur. En effet, outre une période d'essai plus courte, et alors qu'un contrat de travail à durée déterminée est très rigide, le contrat de mise à disposition est plus souple pour l'entreprise utilisatrice quant à sa prorogation ou sa rupture.

220. - Indice de l'efficacité. Les entreprises de travail temporaire ont également un rôle important à jouer en termes d'efficacité, puisque très souvent, l'embauche en intérim est un indicateur d'une reprise de l'économie[356]. Leur rôle dans l'économie est donc certain. Ces entreprises permettent dans un premier temps aux employeurs de répondre rapidement à une hausse des commandes, sans savoir si cette hausse sera durable. C'est donc un moyen à court terme. En cas de persistance de la reprise, le travail temporaire peut faire office de période d'essai, le salarié étant parfois embauché en contrat à durée indéterminée.

221. - Sécurisation des mises à disposition intragroupe ? Au-delà des mécanismes existants, tels que la novation ou la signature d'un avenant au contrat de travail, le prêt de main-d'œuvre peut également permettre de sécuriser des mises à disposition entre entreprises d'un même groupe. Si l'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif porte sur des prêts ayant pour seul objectif le prêt de la main-d'œuvre - ce qui exclut l'apport d'un savoir-faire particulier -, le prêt sans but lucratif semble possible, y compris avec l'apport d'un savoir-faire particulier. Le mécanisme peut donc être intéressant pour les groupes de sociétés voulant mettre à disposition des salariés de manière temporaire, qu'ils soient peu, ou pas, qualifiés, ou bien, au contraire, hautement qualifiés.

[356] Observatoire régional de l'emploi Midi-Pyrénées, en lien avec Pôle emploi.

II. Des garanties effectives

222. - L'instrumentalisation de la mobilité n'est pas anodine. Ses partisans y voient un outil d'efficacité au service de l'emploi en général. Elle permettrait d'apporter certaines garanties individuelles (A), mais aussi collectives (B).

A. Des garanties individuelles

223. - Les garanties apportées pour le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. Dans le cas du prêt à but non lucratif, le salarié est sécurisé dans son emploi par la sauvegarde de son statut au sein de l'entreprise prêteuse. En effet, une fois le prêt achevé, le salarié prêté retrouve son poste dans l'entreprise ou un poste équivalant. Si ce n'est pas l'assurance de récupérer le poste antérieur, le salarié, en obtenant un poste équivalant, voit sa carrière et sa rémunération sauvegardée. Cela est garanti par le Code du travail, qui précise que le salarié continue d'appartenir à son entreprise d'origine, ne perdant ainsi pas les avantages issus de la négociation collective[357].

224. - Les garanties apportées par les groupements d'employeurs. L'instrumentalisation de la mobilité est un fait. Pour être acceptée, elle doit faire l'objet d'un encadrement juridique, qui sécurise le salarié dans l'emploi, à défaut de l'être dans un emploi précis. L'évolution du marché du travail fait dire aux économistes, comme aux hommes politiques, que l'époque qui voyait un salarié faire l'ensemble de sa carrière dans une même entreprise est révolue[358]. De fait, ce pourrait désormais être une ère où les salariés font leur

[357] C. trav., art. L. 8241-1.

[358] Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, par Monsieur G. CHERPION, 8 juin 2011.

V. également J. CALVET, *Flexibilité et mobilité dans l'industrie automobile contemporaine*, Dr. soc., 1986, p. 736.

carrière au sein d'un unique groupement d'employeur. L'hypothèse est envisageable, certains groupements étant composés de plusieurs centaines d'entreprises adhérentes[359].

Toutefois, le contrat de travail devant prévoir les différents employeurs pouvant obtenir la mise à disposition du salarié, il est peu probable que les centaines d'entreprises soient prévues au contrat de travail. Mais la présence dans le groupement comprenant de multiples entreprises laisse imaginer que de nouveaux utilisateurs peuvent assez facilement être trouvés. Il faudra toutefois obtenir l'accord du salarié. Les institutions représentatives du personnel sont quant à elle informées du recours à ce type d'emploi.

B. Des garanties collectives

225. - Place des institutions représentatives du personnel. Par souci de protection du salarié prêté, le Code du travail prévoit la consultation du comité d'entreprise, ou à défaut, des délégués du personnel de l'entreprise prêteuse, dans le cas du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. Il en va de même au sein de l'entreprise utilisatrice. Cette obligation rejoint celle existante d'informer les institutions représentatives du personnel sur l'état de l'emploi au sein des entreprises de trois cents salariés et plus[360]. Cette information-consultation vise à prévenir la précarisation de l'emploi en tenant informés les représentants des salariés.

Il est également prévu l'information du CHSCT de l'entreprise prêteuse ; il aurait été intéressant de prévoir l'information de son homologue de l'entreprise utilisatrice, puisque le travail sera effectué par le salarié prêté dans ses locaux.

Les autres mécanismes instrumentalisant la mobilité ne font que peu référence aux institutions représentatives du personnel. Seule l'information semestrielle sur la situation de l'emploi dans l'entreprise de plus de trois cents salariés prévue à l'article L. 2323-51 du Code

[359] Le plus important groupement d'employeurs français, Alliance Emploi, est composée d'environ 320 entreprises.

[360] C. trav., art. L. 2323-51.

du travail sert de barrière à une dérive vers la précarisation de l'emploi. La loi du 25 juin 2008 a ainsi rajouté un troisième point à l'article L. 2323-51 en prévoyant l'information du comité d'entreprise « *des éléments qui l'ont conduit à faire appel, au titre de la période écoulée, et qui pourraient le conduire à faire appel pour la période à venir, à des contrats de travail à durée déterminée, à des contrats de mission conclus avec une entreprise de travail temporaire ou à des contrats conclus avec une entreprise de portage salarial* ». Il faut également préciser que dans les six mois suivant un licenciement économique, le recours au travail temporaire est interdit, sauf en cas de commande exorbitante ; il faut cependant que soit informé et consulté le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel.

Le groupement d'employeurs occupe une place à part dans ces mécanismes ; il n'est pas prévu dans le cadre de l'information du comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice. Cette absence peut s'interpréter comme la considération que les salariés mis à disposition ne sont pas des salariés précaires, mais inscrits de manière durable dans l'emploi. Toutefois, une information des institutions représentatives du personnel est prévue au moment de l'adhésion de l'entreprise au groupement.

Les salariés mis à dispositions ne sont normalement pas compris dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice, mais dans les effectifs du groupement. C'est donc au comité d'entreprise du groupement - si le nombre de salarié est supérieur à cinquante - d'éventuellement protéger les intérêts des salariés du groupement. Le but d'un groupement d'employeurs étant de développer l'emploi de manière durable, le comité d'entreprise devra veiller à cela, en cas, par exemple d'embauche de salariés en contrat à durée déterminée.

226. - Égalité de traitement. L'adhésion à un groupement d'employeurs ne doit pas avoir pour but de contourner le droit du travail, en tentant de faire échapper les salariés utilisés au statut collectif de l'entreprise d'accueil. Cet usage du groupement d'employeur serait qualifié de marchandage[361]. Cet écueil est évité par l'article L. 1253- 9 du Code du travail qui dispose que le salarié bénéficie d'une égalité de traitement entre lui et les salariés de l'entreprise

[361] C. trav., art. L. 8231-1 : « *Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit* ».

utilisatrice, tant au niveau de l'intéressement et de la rémunération, qu'au niveau de la participation et de l'épargne salariale[362].

L'on retrouve aussi une protection spécifique pour le travail temporaire à l'article L. 1251-43, 6° du Code du travail, qui dispose que le contrat de mise à disposition stipule « *le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires de salaire que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail* ». Est ainsi prévue une égale rémunération entre le travailleur temporaire et les salariés occupant des fonctions équivalentes à titre permanent dans l'entreprise utilisatrice. Au titre des garanties visant à éviter une trop importante instrumentalisation des salariés, l'article L. 1251-44 du Code du travail répute non écrite une clause qui interdirait l'embauche du salarié temporaire par l'entreprise utilisatrice.

Il existe des garanties équivalentes pour le salarié d'une entreprise de travail à temps partagé[363], ce qui limite là-aussi les risques d'instrumentalisation de la main-d'œuvre.

L'égalité de traitement se retrouve pour partie dans le mécanisme du prêt de main-d'œuvre, qui prévoit l'accès, pour le salarié, aux installations et moyens de transport collectifs de l'entreprise utilisatrice. Au-delà de ça, il n'est pas précisé si le salarié prêté doit, par exemple, bénéficier des conditions de rémunération applicables au sein de l'entreprise utilisatrice. Il est par contre précisé que la convention de mise à disposition doit mentionner le mode de détermination de la rémunération qui sera remboursé à l'entreprise prêteuse.

[362] C. trav., art. L. 1253-9, al. 2 : « *Ils garantissent l'égalité de traitement en matière de rémunération, d'intéressement, de participation et d'épargne salariale entre le salarié du groupement et les salariés des entreprises auprès desquelles il est mis à disposition* ».

[363] C. trav., art. L. 1252-6 : « *La rémunération versée au salarié mis à disposition ne peut être inférieure à celle d'un salarié de niveau de qualification professionnelle identique ou équivalent occupant le même poste ou les mêmes fonctions dans l'entreprise utilisatrice* ».

§ 2. Les risques de l'instrumentalisation

227. - Au-delà de son efficacité supposée, l'instrumentalisation de la mobilité présente des risques pour l'emploi et le salarié en tant que tel. Il existe effectivement des risques juridiques (I) et extra-juridiques (II) à une instrumentalisation trop importante de la mobilité.

I. Des risques juridiques

228. - L'instrumentalisation de la mobilité est souhaitée et réalisée par les partisans d'une plus grande souplesse dans la relation de travail. Cela se caractérise par, entre autres choses, des relations de travail tripartites. S'il y a l'avantage de la souplesse, des défauts de deux ordres sont présents ; l'un autour du consentement du salarié (A), l'autre autour de l'infraction de marchandage (B).

A. La réalité du consentement du salarié

229. - L'instrumentalisation soumise au consentement du salarié. Le droit du travail se caractérisant par l'organisation du travail salarié. De fait, la place du consentement du salarié dans le contrat de travail occupe une place importante. Si le droit commun des contrats présume l'égalité des parties, le consentement du salarié donne lieu à une subordination, le salarié abandonnant ainsi son « égalité ». De fait, l'existence même de la subordination met en lumière une certaine instrumentalisation du salarié. L'instrumentalisation de la mobilité s'ajoute donc à une pré-instrumentalisation de la force de travail. Dépendant économiquement, la problématique du consentement du salarié se pose naturellement.

230. - Consentement au prêt. La véritable question est celle des options que possède le salarié quand une convention de mise à disposition lui est présentée. Il est précisé[364], de manière heureuse, que le salarié « *ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition* ». Toutefois, le choix parait plus complexe qu'il n'y parait de prime abord. La logique première du prêt de main-d'œuvre est l'adaptation des effectifs à une crise naissante. Ainsi, le prêt de main-d'œuvre survient afin de fournir du travail à des salariés qui n'en ont plus, et réciproquement de fournir de la main-d'œuvre à une entreprise qui en manque. Certes, il est donc protecteur de préciser qu'un refus ne pourra pas justifier un licenciement. Il est, en pratique, beaucoup moins certain qu'un refus ne puisse être suivi d'un licenciement, économique en l'espèce.

231. - Refus du salarié et licenciement. La question des conséquences du refus d'une mise à disposition est une facette non traitée par la loi du 28 juillet 2011, mais qui, pourtant, mérite attention. Se pose la question de la compatibilité des deux procédures : prêt de la main-d'œuvre ou licenciement.

Le prêt est là pour faire face à une baisse temporaire de l'activité économique, alors que le licenciement économique doit répondre à d'importantes difficultés, comme une baisse d'activité « durable »[365], sinon le chômage partiel semble suffisant.

Se pose la question de l'articulation entre une baisse temporaire d'activité, dont il est question pour le prêt de main-d'œuvre, et une baisse durable légitimant un licenciement économique. Aussi, une même baisse d'activité peut-elle avoir pour conséquence aussi bien la mise en place d'une convention de prêt que le licenciement d'un salarié. Il nous parait probable que dans un premier temps, le prêt est une solution à une baisse assez minime de l'activité, entrainant, certes, des pertes pour l'entreprise, mais pas forcément rédhibitoires pour la survie de l'activité économique. Il faut également souligner que le prêt de main-d'œuvre n'est pas obligatoire dans une démarche de licenciement économique, et reste donc une procédure indépendante de celle du licenciement, à la différence, par exemple, de l'obligation de reclassement. Il semble que le recours au prêt de main-d'œuvre, pour être efficace, doit être mis

[364] C. trav., art. L. 8241-2.

[365] Cass. soc. 19 juin 2007, n° 06-44601.

en œuvre rapidement, avant que la situation ne se dégrade trop et que des licenciements ne s'imposent.

232. - Confrontation des critères de sélection. La question des premiers salariés concernés par la procédure de licenciement se posent. Faut-il désigner ceux ayant refusé le prêt, au risque d'une suspicion de licenciement-sanction, ou alors d'autres salariés non préalablement concernés par la mesure de prêt de main-d'œuvre ? La logique voudrait que ce soit les mêmes salariés qui soient concernés par la proposition de prêt puis par le licenciement économique, puisque c'est *a priori* un secteur d'activité qui est touché par une baisse d'activité, et non pas forcément la totalité des activités de l'entreprise. Toutefois, il a été vu qu'il n'existe pas de règles précises régissant le prêt de main-d'œuvre, contrairement à la procédure de licenciement économique qui est extrêmement précise, et dont la méconnaissance de ses règles est sanctionnée pour l'employeur peu vigilant. Dans le silence des textes, rien ne lie donc prêt de main-d'œuvre et la procédure de licenciement, et la sélection des « candidats » au prêt peut être très loin de ces critères-là, voire même loin de tout critère spécifique. Le volontariat est peut-être également une source de sélection ; cela peut, par exemple, intéresser un salarié réfléchissant à une éventuelle mobilité professionnelle. Pour autant, d'autres mécanismes sont prévus pour anticiper une mobilité professionnelle à travers les différents types de congés existants.

233. - Des procédures antagonistes. En l'absence d'indications légales comme prétoriennes, la logique voudrait toutefois que les mêmes salariés soient concernés, et ce pour plusieurs raisons. En effet, le prêt de main-d'œuvre peut facilement aller de pair avec une mobilité géographique, et d'une manière générale, une mise à disposition entraine un certain bouleversement des habitudes, voire de la vie familiale ; cette dernière étant de plus en plus protégée, il semble en tout point normal que l'employeur proposera un prêt en priorité à un salarié « disponible » au niveau de ses obligations familiales, le prêt entrainant signature d'un avenant au contrat de travail, et emportant donc sa modification. C'est cette modification qui nous fait pencher dans le sens d'une identité de critères entre ceux qui régissent le prêt et ceux qui concernent le licenciement. En effet, quelles que soient les conséquences qu'entraine une décision de l'employeur, le droit du travail a pour but de protéger les salariés, justement, les plus exposés. Le droit du travail protégeant de plus en plus la vie familiale, les décisions de

l'employeur sont toutes jugées au spectre de ce droit, qui vaut tant pour un licenciement que pour un prêt[366].

Ainsi l'employeur va-t-il devoir prendre en compte la vie personnelle et familiale du salarié, afin de déterminer les salariés à même de consentir à un prêt. Ces critères ayant été mis en évidence, il semblerait que l'employeur soit, en quelque sorte, tenu et entrainé dans la continuité de sa première initiative, car la logique semble être la même ; l'employeur, avant un prêt comme avant un licenciement économique, va se poser la question de savoir de qui l'employeur peut ou doit se séparer pour réguler la masse salariale tout en poursuivant l'activité économique de l'entreprise. Dans le cadre d'un prêt faisant suite à des difficultés économiques, excluant pour l'instant un prêt poursuivant une autre finalité, un intérêt social est poursuivi par l'employeur, ce dernier transparait à plus forte raison en cas de licenciement de nature économique, qui n'a normalement lieu que pour maintenir l'emploi, et non pour sanctionner un salarié ou accroitre les bénéfices[367]. Les deux procédures se recoupent donc de manière effective.

234. - Prêt de main-d'œuvre et procédure de l'article L. 1222-6[368]**.** Une interrogation survient quant à l'articulation du refus d'un prêt de main-d'œuvre avec la procédure de licenciement pour refus d'une modification du contrat de travail pour motif économique. En effet, la signature d'un avenant au contrat de travail, comme c'est le cas en l'espèce, révèle la modification du contrat de travail. Dès lors, l'employeur peut-il envisager de proposer un prêt de main-d'œuvre à un salarié, explicitement pour motif économique ? Cela permettrait de licencier le salarié en cas de refus, de manière plus rapide. Si cela est moins protecteur pour le salarié, il semble que ce soit dans l'esprit de l'article L. 1222-6 du Code du travail, pour peu que le motif économique soit suffisant. Pour autant, la partie du Code du travail relatif au prêt

[366] Dans l'arrêt *Stéphanie M* - cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523 -, la chambre sociale a condamné l'employeur qui avait licencié une salariée ayant refusée une mission de trois mois malgré la clause de mobilité présente dans son contrat de travail. Cette condamnation est fondée sur le droit à une vie personnelle et familiale pour la salariée venant d'accoucher.

[367] Le prêt pourrait, quant à lui, être envisagé pour accroitre les bénéfices de l'entreprise. Il pourrait faire figure de « test », afin de déterminer si l'entreprise peut fonctionner avec un ou plusieurs salariés en moins. Par, si ce n'est pas le cas, il faudra trouver une solution avec l'entreprise qui a obtenu le prêt afin d'y mettre fin, de manière à ce que l'entreprise prêteuse récupère sa main-d'œuvre.

[368] C. trav., art. L. 1222-6, al. 1 : « *Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception* ».

de main-d'œuvre n'en fait aucune référence, ce qui fragilise l'éventuelle tentative de l'employeur.

Aussi, l'employeur qui se voit opposer un refus face à une proposition de prêt pourra toujours reprendre la procédure de proposition de modification du contrat de travail pour motif économique. En cas de réelles difficultés économiques, l'employeur aura de toute façon tout intérêt à accepter un prêt, qui pourrait éventuellement se transformer en emploi stable au sein de l'entreprise utilisatrice, si la situation de l'entreprise prêteuse ne venait pas à s'améliorer.

B. Le risque de marchandage

235. - Prêt abusif. Le prêt en tant que tel n'a rien d'abusif, mais l'esprit dans lequel il est mis en œuvre peut caractériser un abus. La doctrine rappelle régulièrement que le caractère abusif et répréhensible du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif se situe derrière la disposition légale prévoyant que le salarié prêté continue de bénéficier des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté sa tâche au sein de l'entreprise prêteuse[369].

Cette disposition peut se lire en parallèle de l'hypothèse de la création - au sein d'un groupe - d'une société nue de toute négociation collective qui se chargerait uniquement d'embaucher des salariés avant de les prêter aux filiales. Les salariés de l'entreprise prêteuse n'auraient alors aucun statut collectif, et en vertu de l'article L. 8241-2 du Code du travail, le statut ne changerait pas pendant le temps de leur « mission » au sein de l'entreprise-filiale utilisatrice. Ce risque d'abus est fortement craint, du moins relevé par la doctrine, mais n'est peut-être pas si réel qu'il n'y parait. Il existe du fait de l'imprécision du Code du travail, et de cette manière, la question ne peut qu'être posée par la doctrine. En effet l'absence de régime clair pour certains aspects du prêt de main-d'œuvre laisse un vide juridique dont pourrait s'emparer la pratique. En l'occurrence le manque de précision sur, par exemple, l'exigence d'une activité pour l'entreprise qui prête laisse ici une réelle possibilité d'abus. Toutefois, la mise en œuvre de ce

[369] C. trav., art. L. 8241-2, 3°, al. 6.

risque par les groupes de sociétés parait moins probable. Il ne fait aucun doute qu'une telle pratique du prêt de main-d'œuvre tendrait à être condamnée par la chambre sociale. Ce qui caractériserait aussi le caractère frauduleux de la pratique serait le renouvellement perpétuel des mises à disposition par la société prêteuse.

236. - Définition du marchandage. L'article L. 8231-1 du Code du travail dispose que « le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne, ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit ». Cette définition du marchandage est à même d'englober un grand nombre de situations, notamment les relations de travail tripartites qui aboutissent *in fine* à faire travailler un salarié pour une personne autre que son employeur juridique, et conduisant à la non application du statut collectif applicable aux autres salariés de l'employeur. De cette définition ressort une intention de contourner l'application normale du droit du travail.

237. - But lucratif dans le prêt de main-d'œuvre et dans l'infraction de marchandage. L'hypothèse décrite précédemment pour les groupes de sociétés est proche de l'infraction de marchandage. Le préjudice semble caractérisé par l'absence d'une quelconque application de dispositions conventionnelles au profit des salariés prêtés, ce qui crée nécessairement un préjudice.

L'élément apparemment manquant est le but lucratif, déjà présent dans la notion de prêt de main-d'œuvre. Pour autant, l'on peut se demander si la définition de l'expression « opération à but lucratif » est la même pour deux situations. La définition ayant été précisée par la loi du 28 juillet 2011 vis-à-vis du prêt de main-d'œuvre, faut-il considérer de la même manière une modification tacite de la lucrativité dans le marchandage ? Le professeur G. Auzero s'est en effet interrogé : à considérer la même définition pour les deux situations différentes, cela revient en quelque sorte à vider l'incrimination du marchandage de ses effets[370]. La jurisprudence antérieure à la réforme du 28 juillet 2011 caractérisait le but lucratif du marchandage de manière assez légère, et ainsi l'utilisateur, n'ayant pas eu à supporter les charges qui auraient été les

[370] G. AUZERO, *Le but lucratif dans les opérations de prêt de main-d'œuvre*, Dr. soc., février 2012, p. 119.

siennes s'il avait employé directement les salariés, pouvait être poursuivi pour marchandage[371]. L'appréciation de la lucrativité, remise dans son contexte d'avant la réforme, est ainsi très proche entre le prêt illicite et le marchandage. D'ailleurs, des auteurs font état d'un lien quasi viscéral entre les deux infractions, le marchandage n'étant que la conséquence du prêt illicite[372].

Ainsi, pour que le marchandage conserve son caractère délictuel, l'appréciation du but lucratif doit, semble-t-il, rester en marge du prêt de main-d'œuvre. Avant la loi du 28 juillet 2011, le prêt illicite avait pour nécessaire conséquence le marchandage. Doit-on alors considérer que le prêt de main-d'œuvre ayant été facilité, le législateur autorise désormais une certaine forme de marchandage ? Il faut, selon nous, considérer le marchandage comme une infraction réellement distincte du prêt illicite de main-d'œuvre. Cette infraction, dorénavant différente du prêt illicite, serait une des armes des juridictions pour lutter contre une instrumentalisation dérégulée des salariés, ayant pour but de leur ôter le bénéfice d'un cadre juridique collectif. La souplesse accordée dans la gestion des ressources humaines ou le non-paiement de charges sociales, qui caractérisait auparavant le but lucratif du prêt, pourrait permettre de condamner ces situations au titre du marchandage[373].

238. - Nécessité d'une activité économique pour l'entreprise prêteuse. Un autre élément, qui pourrait permettre au juge de mettre un frein à une utilisation éventuellement frauduleuse du prêt de main-d'œuvre, est l'absence d'activité réelle de l'entreprise prêteuse. En effet, l'activité de prêt de main-d'œuvre est normalement réservée aux entreprises de travail temporaire, quand celle-ci est rémunérée. Une société qui n'aurait pour activité que de prêter « gratuitement » des salariés pourrait, semble-t-il, être condamnée au titre du marchandage.

Par ailleurs, le Code du travail dispose que le salarié prêté réintègre, à la fin de la période de prêt, son poste de travail au sein de l'entreprise prêteuse sans qu'il ne subisse de préjudice sur son avancement ou sa rémunération. Cela induit que le salarié avait un poste dans

---

[371] Cass. crim., 23 mars 1993, *in* J. PÉLISSIER, G. AUZERO, et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 25° éd. 2011, p. 198.

[372] J. PÉLISSIER, G. AUZERO, et E. DOCKÈS, *op. cit.*

[373] Cass. crim. 23 mars 1993, n° 92-83381 : « *Attendu, d'autre part, qu'en relevant le profit recherché par la société Bouygues qui n'avait pas à supporter les charges sociales et financières qu'elle aurait eues si elle avait employé ses propres salariés, les juges ont suffisamment caractérisé à l'égard du prévenu, directeur local de cette société, le but lucratif de l'opération* ».

l'entreprise prêteuse avant la mise à disposition. En l'absence d'activité économique réelle organisée au sein de l'entreprise prêteuse, il semble que le prêt de main-d'œuvre ne puisse s'appliquer à des structures dont l'activité ne serait que la mise à disposition de salariés. Mauvaise foi et marchandage pourraient être les remparts juridiques à une telle gestion des ressources humaines.

239. - Interprétation pour une meilleure protection du salarié prêté. À défaut de trouver une solution satisfaisante face au caractère imprécis des dispositions du Code du travail, et en vue de protéger de manière plus efficace le statut du salarié en période de mobilité, il est possible de s'attacher, non pas spécifiquement à l'esprit du texte, mais à sa lettre. Le législateur n'a pas réformé le prêt de main-d'œuvre dans le but de permettre la création de simples structures de recrutement sans aucun statut conventionnel[374] ; également, il ressort en plusieurs points de l'article L. 8241-2 du Code du travail que la convention a pour but de préserver un statut protecteur pour le salarié prêté. Quant à la lettre de l'article précité, le sixième aliéna du 3° prescrit bien que le salarié conserve le bénéfice de l'ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s'il avait exécuté son travail dans l'entreprise prêteuse. S'en tenir au terme de « bénéfice » renvoie, d'après la définition du dictionnaire Larousse, à l'idée de profit[375]. Qu'en est-il alors en l'absence de dispositions conventionnelles ou lorsque ces dispositions sont, par exemple, moins favorables que celles bénéficiant aux salariés de l'entreprise utilisatrice ? Une hypothèse serait de s'attacher au terme de « bénéfice » pour assurer justement, au salarié, un réel profit qu'il tirerait ainsi du prêt. De cette manière, les groupes de sociétés ne pourraient pas se cacher derrière de tels artifices, au moins en droit français[376]. Cette conception, bien qu'assez éloignée de l'esprit du texte, ne serait pas incohérente, car le principe de faveur pourrait trouver ici une application. Pour le cas où cette hypothèse serait retenue, le salarié ne serait alors plus emprisonné par le statut social peu favorable de l'entreprise prêteuse, mais bénéficierait, le temps du prêt, d'un statut plus

[374] Les employeurs désireux de mettre en commun une partie de leur main-d'œuvre en respectant l'ordre public social ont la possibilité de constituer un groupement d'employeurs.

[375] Dictionnaire Larousse, profit : n. m. (latin *profectus*, de *proficere*, progresser) : gain réalisé sur une entreprise ou dans l'exercice d'une activité ; avantage, bénéficie intellectuel ou moral.

[376] Le droit hollandais autorise cette pratique, V. notamment G. AUZERO, *But lucratif dans les opérations de prêt de main-d'œuvre*, Dr. Soc., février 2012, p. 119.

intéressant. Le salarié prêté pourrait également se voir maintenu dans ce statut en cas de fraude reconnue par une juridiction.

Par ailleurs, la possibilité d'une absence totale de normes issues de la négociation collective donnerait lieu à l'application des conventions collectives de l'entreprise d'accueil. La première hypothèse est tout à fait envisageable d'un point de vue pratique ; par contre, l'hypothèse d'une absence totale de normes négociées au sein d'une entreprise est plus faible, car dans le cas d'un groupe de société, l'on peut justement supposer l'existence de conventions de groupe. De plus, même dans le cas d'une société qui ne ferait qu'embaucher puis prêter, il y aurait, on peut le penser, un nombre suffisant de salariés, amenant l'entreprise à mettre en place des institutions représentatives du personnel. L'on semble se diriger donc plutôt vers un risque théorique visant à mettre en avant l'imperfection du texte législatif plutôt que démontrer un réel danger quant à la protection du travailleur. Si toutefois ce danger se vérifiait, l'infraction de marchandage serait, semble-t-il, à même de neutraliser de telles pratiques.

II. Des risques extra-juridiques

240. - La pratique de l'emploi instrumentalisant la mobilité présente les risques d'une condamnation propre au droit du travail. Toutefois, les risques ne sont pas seulement juridiques, au sens d'une condamnation par le droit ; les risques évoqués ci-dessous sont les conséquences d'une banalisation des pratiques évoquées ci-dessus. Ainsi, instrumentaliser la mobilité revient à instrumentaliser le salarié, puisque c'est ce dernier qui est mobile.

L'instrumentalisation du salarié est mise en exergue par les relations de travail tripartites (A), ce qui a pour conséquence une « réification » croissante dudit salarié (B).

A. Le particularisme de la relation tripartite

241. - Les relations tripartites. Ce type de relation s'étudie généralement dans le cadre du régime général des obligations, mais ce sont souvent des relations successives qui s'étudient, et où les trois personnes interviennent successivement. L'on parle alors de circulation de l'obligation ou du lien obligationnel. La différence avec la relation tripartite de travail se trouve dans la survie de plusieurs liens obligationnels. Un premier entre l'employeur et le salarié ; un second entre l'employeur et l'entreprise utilisatrice. C'est donc une superposition de rapports d'obligation. De manière différente mais non moins proche, la jurisprudence a eu l'occasion de raviver, ou bien de découvrir, un rapport d'obligation existant entre un salarié et une société mère, qui avait mis ledit salarié à disposition d'une filiale étrangère[377]. En l'absence de relation de travail apparente, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait obligé la société mère à rapatrier et reclasser le salarié.

242. - Sécurité des relations tripartites. Ce cas de figure peut laisser penser qu'une relation à trois personnes semble plus solide qu'une relation de travail simple. L'instrumentalisation de la mobilité, c'est-à-dire l'emploi fondé sur un salarié mobile pourrait être protectrice pour le salarié. Cela peut se vérifier dans le cas des groupements d'employeurs, le salarié étant sécurisé dans son emploi par un contrat de travail à durée indéterminée, mais ayant plusieurs sous-employeurs potentiels lors des différentes mises à disposition. Mais cette protection n'apparait pas dans toutes les relations de travail tripartites. Ainsi, les salariés temporaires, comme peuvent l'être les salariés des entreprises de travail à temps partagés, s'ils ne sont pas embauchés à durée indéterminée, sont des salariés mobiles dans l'emploi, mais avec guère de sécurité.

Les salariés employés par des entreprises de portage salarial présentent normalement la particularité d'avoir le statut de cadre, ce qui, pourrait-on penser, leur assure une certaine capacité de valorisation de leur savoir à même de sécuriser leur situation. Toutefois, de manière historique, le portage salarial a été créé par des cadres au chômage, ce qui montre à la fois que

[377] Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-41700.

ces derniers sont également touchés par le chômage, et qu'ils sont employables sur le marché du travail[378]. De fait, l'ouverture du portage salarial aux autres catégories de salariés - les non cadres - pourrait être source de précarité pour des salariés dont la valeur est moins monnayable. L'accaparation du portage salarial par la catégorie des cadres dans l'accord national du 24 juin 2010 avait été reprochée par l'IGAS, cela ayant été considéré comme discriminatoire. Mais si, *de jure*, cette discrimination peut paraitre injuste, *de facto*, elle semble justifiée et protectrice de l'emploi. Le pragmatisme propre au droit du travail exige un traitement différent pour des situations différentes.

La loi à l'origine de l'accord ayant été déclarée inconstitutionnelle[379] le 11 avril 2014, la mise à l'écart des autres catégories professionnelles n'est plus possible. Il reste à attendre ce que disposera une prochaine loi qui devrait se saisir de l'organisation du portage salarial. Si les idées libérales actuelles vont dans le sens d'un assouplissement des relations de travail, la situation fragile des salariés non cadres doit appeler à une certaine mesure en la matière.

243. - La condamnation récente, par la Chambre sociale de la Cour de cassation, d'une entreprise de portage salarial qui n'avait pas fourni de travail au salarié porté est par ailleurs une incitation des juges faite au législateur de remédier au manque d'encadrement de cette pratique[380]. Reste à connaître le sort réservé à l'ordonnance du 1er avril 2015.

B. Le risque de « réification » du salarié

244. - Salarié objet. Derrière le déséquilibre de la relation de travail, c'est de manière plus générale la question du consentement du salarié qui se pose. En raison de sa position subordonnée, le salarié ne peut être une partie au contrat. Il est lié à l'entreprise prêteuse -

[378] Le taux de chômage des cadres reste très en dessous de la moyenne nationale. Pour exemple, en 2013 : 10% de moyenne ; 3,9% pour les cadres ; 20,6% pour les ouvriers non qualifiés.

[379] Décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014.

[380] Cass. soc., 4 février 2015, n° 13-25627 : « *Mais attendu que la conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fourniture du travail ; que le moyen n'est pas fondé* ».

entreprise de travail temporaire, entreprise de portage salarial, entreprise de travail à temps partagé - puis il est mis à disposition d'une entreprise utilisatrice.

D'une part, c'est un salarié temporaire donc relativement précaire ; d'autre part il est mis à disposition d'une entreprise avec laquelle il n'est pas lié, mais qui exercera un pouvoir de direction sur lui. La relation décrite n'est, en rien, tripartite, mais relève d'une réification du salarié. D'ailleurs, le vocable utilisé - mise à disposition - est tout aussi bien utilisé pour désigner le prêt d'un bien, que d'une personne, ce qui rejoint les développements du professeur J.-F. Cesaro, sur les liens historiques entre droit des biens et droit du travail[381].

Si le salarié n'est pas partie à la relation entre l'entreprise prêteuse et celle utilisatrice, il apparait comme objet de cette relation. De fait, c'est bien l'instrumentalisation de la mobilité qui apparait à travers ces relations de travail que l'on imagine tripartite, mais qui est *de facto* simplement bilatérale, et où la place du salarié n'est pas celle de sujet mais d'objet.

245. - Influence du caractère lucratif sur la mise à disposition. La perception du prêt de main-d'œuvre varie selon que la mise à disposition est, ou non, à but lucratif. Et ce n'est pas sans raison que le Code du travail prohibe d'abord le prêt à but lucratif, puis l'autorise dans certain cas.

Une mise à disposition à but lucratif de la part d'une entreprise sous-tend la création de bénéfices grâce à la personne du salarié prêté. Mais le vocabulaire utilisé se garde de parler de prêt de personne, pour ne prêter que la « main-d'œuvre ». Cela permet de « dépersonnifier » l'opération de prêt, l'orientant vers un contrat portant sur une chose, et non une personne. Si l'on peut considérer que le salarié est « propriétaire » de sa force de travail, il peut tout à fait la mettre à disposition d'un employeur. Mais le schéma est diamétralement opposé lorsque cet employeur décide de mettre à disposition d'un tiers la force de travail qui lui a été « confiée » par le salarié qui en est seul titulaire. Il est déjà hasardeux de dire que le salarié est propriétaire de sa force de travail ; cela l'est encore plus de considérer que l'employeur pourrait mettre à disposition d'un tiers quelque chose qui ne lui appartient pas, comme si cela lui appartenait.

[381] J-F. CESARO, *Entre mobilité interne et mobilité externe à l'entreprise*, JCP S, 18 Mars 2014, 1106.

Une partie de la doctrine s'accorde cependant pour dire que le contrat de travail, bien que contenant une obligation de faire, a aussi pour objet la personne du salarié[382]. La doctrine prend pour preuve l'impossibilité physique pour une personne morale de conclure un contrat de travail. De même, « *la prestation promise* [dans le cadre du contrat de travail] *est indétachable de la personne du salarié,* [l'employeur ne voulant pas] *une prestation abstraite,* [car] *il acquiert l'activité du salarié avec lequel il a conclu le contrat de travail* »[383]. Ces arguments mettent en lumière le caractère particulier du contrat de travail, qui prend en compte de manière poussée la personne du salarié. De fait, il n'a rien d'étonnant à observer une plus grande incorporation de la personne du salarié au sein de certains types de contrats de travail, qui portent sur la mise à disposition du salarié. D'ailleurs le vocable de mise à disposition de la force de travail n'est pas si bien choisi, de plus en plus de profession étant aujourd'hui plus intellectuelles que manuelles. Aussi, il est de toute façon très contestable de considérer qu'un salarié ne mettrait que sa force de travail au service d'une entreprise sans y investir un minimum de « psychologie ». Le phénomène s'est aujourd'hui accentué, et un salarié d'une profession du savoir investit *in fine* beaucoup plus sa personne qu'auparavant[384].

D'un autre point de vue, ce mouvement de réification de l'homme au travail est ancien, reprenant d'une certaine manière les idées défendues par l'économiste hongrois K. Polanyi, qui développait dans « *La grande transformation* »[385] l'évolution du capitalisme vers une généralisation des marchés. Selon lui, le modèle occidental actuel est largement critiquable et dangereux car, outre les choses, il met sur le marché le travail, la terre, et la monnaie. Cette idée que le travailleur est un simple élément interchangeable sur le marché du travail se retrouve, selon nous, dans les modèles atypiques d'emploi déjà évoqués, qui placent le salarié comme objet d'échanges entre entreprises. Le droit français du travail joue ainsi un rôle régulateur sur ce marché, posant des limites à la transformation de l'Homme en marchandise.

---

[382] M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat de travail défini par son objet*, *in Le travail en perspectives* (dir. A. SUPIOT), LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 105.

[383] *Ibid*.

[384] Par ailleurs, ces professions du savoir - dite intellectuelle - ne permettent pas au salarié de totalement « déconnecter » de leur vie professionnelle en rentrant à leur domicile, ce qui montre un investissement très différent qu'une mise à disposition temporaire d'une force de travail, simplement considérée comme biologique.

[385] K. POLANYI, *La grande transformation*, Gallimard, 2009 (réédition).

Plus encore peut-être, ces modes atypiques d'emploi présente une souplesse accrue de la relation de travail, annonciatrice d'un parcours professionnel.

Chapitre 2

L'élaboration d'un impératif de mobilité sur le marché du travail

246. - Il n'est pas question uniquement d'une mobilité des citoyens. Mobilité, aussi, des capitaux et des services. Avec eux, mais plus tardivement, la mobilité des demandeurs d'emploi. L'Union Européenne s'est ainsi dotée d'un site internet *EURES*[386], qui se définit comme une aide, pour les travailleurs, à traverser les frontières. En droit de l'Union européenne, la définition de *travailleur* est large, celui-ci étant non seulement la personne qui travaille, mais également celle qui souhaite se déplacer pour trouver un emploi[387]. Auquel cas, cette dernière bénéficie de liberté de circulation du travailleur, sans en être encore véritablement un ; la personne est alors un travailleur potentiel, en devenir, comme l'embryon est une personne potentielle, à qui il est parfois accordé des droits, lorsqu'il y va de son intérêt[388].

[386] EURES, The European Job Mobility Portal : « EURES aide les travailleurs à traverser les frontières ».

Les services européens de l'emploi EURES sont un réseau de coopération qui a pour vocation de faciliter la libre circulation des travailleurs au sein de l'Espace économique européen ; la Suisse y participe également. Parmi les partenaires du réseau figurent les services publics de l'emploi, les syndicats et les organisations d'employeurs. La Commission européenne assure la coordination du réseau », site internet de la Commission Européenne.

[387] CJCE, 26 février 1991, C-292/89, The Queen c. Immigration Appeal Tribunal.

[388] *Infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur* : l'enfant conçu doit être considéré comme né à la date d'un évènement chaque fois qu'il en va de son intérêt ; tel est le cas pour une succession bénéficiaire.

Le portail *EURES* est donc, en grande partie, destiné aux demandeurs d'emploi prêts à partir travailler à l'étranger. Comme le permet le droit de l'Union européenne, la libre circulation est effective par le maintien des prestations chômage pendant un temps déterminé, lorsque le travailleur européen quitte le territoire de l'État qui l'indemnise.

Si ce droit confère un droit à la mobilité, le droit français tente de mobiliser les demandeurs d'emplois autour d'une certaine obligation de mobilité qui s'est développée depuis la loi du 1er août 2008, relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi[389]. De cette loi, découle un certain nombre d'obligations pour le demandeur d'emploi, dont celle d'accepter une « offre raisonnable d'emploi »[390].

Face à la hausse importante du chômage, le droit du travail a pour nouvelle tâche d'inciter les demandeurs d'emploi à accepter des offres en adéquation avec leur profil. La mobilité de ces derniers devient ainsi, de la même manière que pour un salarié, un impératif visant à « gérer » le marché de l'emploi (section 1). De cette mobilité, peut naitre une interrogation sur une « quasi obligation » de mobilité, passant progressivement d'un droit à la mobilité à un devoir de mobilité (section 2).

Section 1. LA MOBILITÉ DES DEMANDEURS D'EMPLOI, REFLET D'UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ

247. - En raison de la perte de son emploi, celui qui en cherche un nouveau est logiquement confronté à une double possibilité de mobilité. Mobilité classique, une certaine mobilité géographique peut être proposée ou imposée au demandeur d'emploi. Toutefois cette dernière exigence a une portée tout relative (§1). Un des éléments désormais le plus en vue dans l'actualité sociale est la mobilité professionnelle des demandeurs d'emploi ; la logique est alors d'adapter la personne à l'emploi, et non plus l'inverse (§2).

[389] Loi n° 2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi.

[390] C. trav., art. L. 5411-6-2.

§ 1. L'incitation à la mobilité géographique des demandeurs d'emploi

248. - Pendant longtemps, l'ouvrier français n'était pas mobile. Il était même quasi-immobile. Il était très difficile pour lui de se mouvoir sur le territoire français. Le salarié était ainsi très fortement lié à son employeur. C'était toutefois à une époque où le travail était avant tout industriel, lié autour d'une unité de temps et de lieu. Le salarié travaillait à l'usine et celle-ci était située en un seul endroit ; le travail n'était pas « exportable ». L'évolution du travail fait que la logique est désormais différente ; ce travail n'est plus seulement manuel, ce qui lui permet d'être effectué non plus en un seul endroit mais dans de multiples. Hors de l'emploi, la situation de la personne est proche de celle de l'ancien ouvrier : le demandeur d'emploi est ainsi tenu d'informer Pôle-emploi pour une absence de plus de sept jours, dans la limite de trente-cinq jours par an, une certaine immobilité s'imposant alors à lui[391]. Un fort lien existe ainsi entre celui qui est sans-emploi et le service public qui l'accompagne.

Le demandeur d'emploi n'est ainsi pas libre dans sa démarche. En contrepartie de ce dirigisme (II), des aides sont allouées en faveur de la mobilité des demandeurs d'emploi (I).

I. Des aides à la mobilité géographique

249. - Le service public de l'emploi gère le suivi des demandeurs d'emploi dans leurs démarches afin de retourner rapidement sur le marché du travail. Les aides varient selon leur objectif. Aussi, leur bénéfice est accordé sous conditions au demandeur d'emploi. Il convient de traiter dans un premiers temps la diversité des aides (A), afin de voir les conditions de leur mise en œuvre (B).

[391] C. trav., art. R. 5411-8.

A. Des aides diversifiées

250. - Parmi les aides à la mobilité géographique, les objectifs divergent. Certaines aides visent une mobilité ponctuelle ou temporaire, qui ne nécessitent pas de déménagement définitif de la part du demandeur d'emploi (1). D'autres aides permettent au contraire un déménagement définitif du demandeur d'emploi, même si l'on peut regretter le manque de lisibilité de l'offre de mobilité de Pôle emploi (2).

1. Des aides à la mobilité quotidienne

251. - L'ancienne prise en charge de la mobilité accordée par Pôle emploi se matérialisait par trois aides : déplacement, double résidence et déménagement. Celle-ci a été remplacée par une aide qui se découpe en trois nouveaux volets : déplacement, hébergement, et frais de repas. L'aide ainsi subdivisée entend être plus explicite pour les demandeurs d'emploi et mieux répondre à leurs attentes en énonçant clairement les trois axes de l'aide. Cette nouvelle aide à la mobilité prend la forme d'une aide que l'on peut qualifier de quotidienne, car couvre explicitement le quotidien du demandeur d'emploi allant en formation ou démarrant un nouvel emploi. Sont pris en charge ses déplacements[392], ses repas[393], et éventuellement un hébergement[394] ponctuel, tout cela dans la limite de 5000 euros par an. Ces mécanismes ne sont pas en soi des mécanismes imposant la mobilité, ni l'incitant, mais ils sont des mécanismes la facilitant pour ceux qui ne sont pas hostiles à un changement de département ou région. Ils sont également une contrepartie de l'exigence accrue de mobilité.

[392] 0, 20 cts d'euros par kilomètre.

[393] 6 euros par jour.

[394] 30 euros par nuitée.

2. L'absence d'aide explicite au déménagement

252. - La disparition de l'aide au déménagement ?[395] Une difficulté apparait : là où une aide au déménagement était clairement proposée, elle n'est plus aussi limpide depuis le 20 janvier 2014. Le demandeur d'emploi, devant déménager pour à nouveau être dans l'emploi, n'est plus destinataire d'une aide spécifique au déménagement. Une demande directe au conseiller Pôle emploi doit ainsi être faite, cette aide au déménagement étant désormais une aide « dérogatoire », qui n'est plus un principe comme auparavant[396].

Compte tenu du développement voulu de la mobilité pour déplacer la main-d'œuvre vers des bassins d'emploi plus dynamiques, demandeurs pour des métiers « en tension », il est dès lors surprenant que l'aide au déménagement, base de la mobilité, soit une aide dès à présent occultée pour celui qui ne la demande pas. C'est une constatation qui est sûrement à nuancer – l'aide existe toujours –, mais qui va dans le sens de certaines complaintes qui déplorent parfois le manque de mobilité des français, salariés ou demandeurs d'emploi. La modification de ces aides est récente – 20 janvier 2014 –, mais elle demande à être à nouveau modifiée, en faveur d'une réunion de l'ancien et du nouveau dispositif d'aide à la mobilité. Les aides actuelles sont pertinentes et cela nécessite leur maintien, mais l'aide au déménagement exige son retour.

253. - La problématique du logement. L'on ne saurait occulter l'importance du logement dans la vie du salarié, comme dans celle du demandeur d'emploi ; le logement demeure le « *pivot de la mobilité* »[397]. En effet, les difficultés pour se loger restent des plus importantes, que ce soit pour les travailleurs les moins aisés qui n'obtiennent un logement social qu'au bout de plusieurs années, ou pour un demandeur d'emploi avec, normalement, plus de moyen mais qui, remboursant encore un prêt, doit déjà revendre sa maison.

---

[395] Site internet de Pôle emploi : « *Depuis le 20 janvier 2014, vous pouvez bénéficier, sous certaines conditions, d'une aide à la mobilité. Cette aide est destinée à couvrir tout ou partie des frais engagés dans le cadre de votre recherche d'emploi, de votre reprise d'emploi ou de votre entrée en formation dans un lieu éloigné de votre domicile* ».

[396] Instruction Pôle emploi n° 2013-93 du 6 novembre 2013.

[397] A. TEISSIER, *Le logement : pivot invariable de la mobilité professionnelle*, JCP S, 18 mars 2014, 1105.

Le logement n'est ainsi pas une problématique réservée aux personnes les plus précaires. Il concerne l'ensemble des personnes qui sont confrontées à une mobilité. Pour cette raison, l'aide à la mobilité géographique demeure un des maillons essentiels de la mobilité, et de manière plus générale, de la sécurisation du parcours professionnel. Ainsi, rien ne peut expliquer que les réformes successives de Pôle emploi, sans pour autant supprimer des aides, les rendent moins visibles. La lisibilité de ces aides à la mobilité est un élément permettant de rendre la mobilité moins désagréable, alors qu'elle représente pour beaucoup un déracinement social, pour peu que la personne ait construit sa vie dans ce lieu depuis de nombreuses années.

Alors, effectivement, ces aides perdurent. Mais si le législateur veut vraiment épouser les objectifs poursuivis par l'Union Européenne, il convient de tout mettre en œuvre pour que la mobilité, à défaut d'être forcément attractive, soit perçue de manière moins négative. C'est en effet à contre-courant de l'idéologie européenne, que de ne pas exposer tous les moyens existants permettant de favoriser la mobilité, et donc de fluidifier le marché de l'emploi. Cette flexibilité voulue tant par certains économistes que par les groupements d'employeurs est selon eux un élément important à même de faire diminuer le chômage. De fait, il est prépondérant de sécuriser par des aides cette flexibilité, rejoignant ainsi parfaitement l'idée de flexicurité.

Pour bénéficier de ces aides, le demandeur d'emploi n'est pas « libre » ; il doit se conformer aux directives de Pôle emploi et répondre aux différentes conditions posées par le service public, afin de bien établir qu'il est un demandeur d'emploi qui « mérite » ces aides.

B. Des aides conditionnées

254. - Le bénéfice des aides à la mobilité n'est pas accordé à la totalité des demandeurs d'emploi ; c'est toutefois une partie importante qui est concernée. Certaines conditions tiennent compte de la situation même du demandeur d'emploi, comme le fait d'être encore un « ayant droit » auprès de Pôle emploi (1). D'autres conditions sont spécifiques à l'objectif de la mobilité, telle que la reprise d'activité ou la mobilité pour se rendre à un entretien d'embauche (2).

1. Les conditions liées à la situation du demandeur d'emploi

255. - Les aides à la mobilité ne concernent qu'un certain nombre de demandeurs d'emploi, qui est fonction notamment de leur niveau d'indemnisation. Si une différenciation peut paraître inégalitaire, elle s'explique par le coût important que représente déjà l'indemnisation des anciens salariés à haut revenu, qui sont considérés comme étant encore économiquement indépendants, contrairement aux demandeurs d'emploi qui avaient déjà une faible rémunération, et qui sont indemnisés sur cette base.

256. - L'absence d'indemnisation. La première possibilité est donc l'absence totale d'indemnisation. L'absence d'indemnisation n'est pas synonyme de radiation des listes de Pôle emploi ; cela concerne également les demandeurs d'emploi en fin de droit. À l'inverse, un demandeur radié des listes de Pôle emploi ne peut normalement plus prétendre aux aides à la mobilité, celles-ci étant réservées aux chômeurs inscrits auprès du service public de l'emploi. La radiation des listes étant généralement temporaire - de quinze jours à douze mois -, la période pendant laquelle le demandeur d'emploi ne peut demander une aide à la mobilité est également temporaire. De ce fait, la sanction peut paraître toute relative.

257. - Recherche sans Pôle emploi. Pourtant, la radiation des listes n'est pas synonyme d'échec dans la recherche d'emploi. D'autres moyens existent, notamment *via* des sites internet, où certaines entreprises publient directement leurs offres d'emploi. Ainsi, l'on peut dissocier le fait de trouver un emploi, et le fait d'être inscrit sur les listes de Pôle emploi. La difficulté résulte du fait qu'à l'inverse, les aides à la mobilité ne sont pas dissociées de l'inscription à Pôle emploi. Cela conduit à une situation paradoxale du refus d'aide à la mobilité pour quelqu'un qui a retrouvé un travail. Quelqu'un ayant manqué des rendez-vous Pôle emploi peut se voir radier des listes, alors qu'il prospecte lui-même, mais sur un « marché parallèle », à savoir les intermédiaires en matière d'offres et de demandes d'emploi.

258. - L'évolution du suivi Pôle-emploi. Malgré d'éventuelles imperfections, le contrôle effectué par Pôle emploi, qui joue également le rôle d'une aide à la recherche d'emploi, semble nécessaire pour, d'une part éviter les abus, d'autres part pour effectuer ne serait-ce qu'un suivi minimum des demandeurs d'emploi. Les réformes récentes vont d'ailleurs dans ce sens, en fixant le rythme des rendez-vous Pôle emploi en fonction du degré de suivi nécessaire des

demandeurs d'emploi. En effet, il est intéressant de différencier la nature du suivi effectué auprès d'une personne qualifiée ayant un réel projet professionnel, et celle peu ou pas qualifiée sans véritable projet défini à moyen terme[398]. Il faut toutefois raison garder, et ne pas occulter que ce suivi adapté au besoin des demandeurs d'emploi est avant tout mis en place dans un souci de réduction des coûts. Il y a tout de même des effets bénéfiques à cette différenciation ; les personnes parfois éloignées des agences Pôle emploi ou dépourvues de moyen de locomotion auront une alternative à leur absence à l'entretien avec leur conseiller.

La sanction qui vient généralement condamner un manque d'investissement dans la recherche d'emploi[399] est donc sanctionnée par la radiation des listes, et donc logiquement par l'impossibilité de bénéficier des aides à la mobilité. Cela mène à un paradoxe surprenant qui est que le demandeur d'emploi ayant retrouvé un travail salarié, nécessitant peut-être une mobilité géographique, ne pourra bénéficier d'aide pour démarrer son nouvel emploi, sauf si la durée de la radiation auprès de Pôle emploi se termine avant l'embauche, auquel cas le nouveau salarié pourra à nouveau prétendre au bénéfice de ces aides.

La réforme entamée des modes de suivi des demandeurs d'emploi peut ainsi être une réponse à ce problème. Il a par ailleurs été mis en place une nouvelle procédure dans certains départements test, laissant la place au « tout numérique »[400].

259. - La faible indemnisation. Outre l'absence d'indemnisation, la faible indemnisation de la part de Pôle emploi conduit également à la possibilité de bénéficier d'une aide à la mobilité. C'est le cas par exemple lorsque le demandeur d'emploi n'était embauché qu'à temps partiel. Dans ce cas, si l'indemnisation qu'il perçoit est inférieure à l'allocation d'aide au retour à l'emploi minimale[401], le demandeur d'emploi pourra prétendre à une aide à la mobilité.

---

[398] Convention tripartite État/Unédic/Pôle emploi 2015-2018.

[399] Excepté le cas de « *fausses déclarations pour être ou demeurer inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi* », qui est puni d'une amende de 30 000 euros.

[400] « *Accompagnement 100 % Web* » mis en place, sur la base du volontariat (Convention tripartite État/Unédic/Pôle emploi 2015-2018).

[401] Montant minimal de l'aide au retour à l'emploi : 28,58 € ; 20,48 € euros si le demandeur d'emploi suit une formation prescrite par Pôle emploi.

260. - Reprise d'activité. Le demandeur d'emploi qui reprend une activité a également droit à une aide à la mobilité géographique. Ceci est normal, les aides ayant pour objectif de favoriser la reprise d'emploi.

261. - Emploi d'avenir. Ce type d'emploi qui reste précaire est logiquement soutenu par Pôle emploi ; c'est sans doute pour cette raison que l'aide à la mobilité peut se demander en cours d'exécution du contrat. En effet, le montant de la rémunération ne peut être le critère puisqu'un emploi d'avenir n'est pas moins bien rémunéré qu'un emploi classique. La seule différence est dans l'origine de la rémunération, qui provient de l'employeur et de l'État.

262. - Création ou reprise d'entreprise. Pas moins surprenant, Pôle emploi accompagne les demandeurs d'emploi qui tentent de créer ou reprendre une entreprise. La difficulté de cette démarche n'est plus à prouver, et le soutien de Pôle emploi ne peut être que bénéfique. Sans doute faut-il par contre veiller à la faisabilité du projet de création ou reprise, avant de financer un projet qui serait voué à l'échec.

2. Les conditions liées aux besoins du demandeur d'emploi

263. - Situations prises en charge. Quatre situations permettent à un demandeur d'emploi de bénéficier de l'aide à la mobilité géographique. C'est notamment, et logiquement, le cas lorsque la personne est en recherche d'emploi. La personne en recherche d'emploi est la cible principale du dispositif d'aide à la mobilité car c'est celle qui, sans emploi, peut être amenée à déménager vers un bassin d'emploi plus porteur, rendant un déménagement nécessaire.

Mais la personne en recherche d'emploi est également amenée à se rendre à des entretiens d'embauche. Également, le fait de se rendre à un concours donne droit au bénéfice de l'aide à la mobilité, cela pouvant à terme constituer une reprise d'emploi. La reprise d'emploi donne également droit à l'aide, celle-ci prenant vraisemblablement la forme d'un déménagement. Avant l'hypothétique déménagement, le nouveau salarié peut bénéficier durant un mois d'une aide au déplacement ou à l'hébergement afin de faciliter le retour dans l'emploi. Enfin, l'entrée en formation des demandeurs d'emploi donne aussi droit au bénéfice de l'aide à la mobilité.

264. - La durée limitée de l'aide, facteur de mobilité définitive. Tous ces mécanismes gravitent autour d'une seule thématique, celle du retour à l'emploi. Afin de bénéficier des aides à la mobilité, le demandeur d'emploi doit être dans une dynamique de mobilité, qu'elle soit géographique ou professionnelle, ou encore les deux.

Un des cas qui donne droit à l'aide est ainsi le fait d'être en période de formation. L'aide aux déplacements dure ainsi le temps de la formation afin de permettre au demandeur d'emploi d'aller au terme de celle-ci. Aussi, une fois la formation achevée, le salarié peut être amené à réaliser une mobilité définitive.

265. - Nécessité du caractère temporaire. Quant à la mobilité simplement géographique, l'aide aux déplacements, l'hébergement et les frais de repas ne durent que le premier mois de la reprise d'emploi. Cette prise en charge de la mobilité ne peut de toute façon qu'être temporaire, sauf à faire tomber les contrats de travail, quelle que soit leur forme, en des contrats aidés. La durée limitée à un mois de l'aide à la mobilité n'a ainsi de sens que si elle encourage le salarié en reprise d'emploi à déménager de manière définitive, ou à l'aider au moins pendant la période où il se familiarise avec son nouvel emploi, lui permettant de juger – dans le cadre de sa période d'essai – si l'emploi lui correspond bien. En effet, la distance élevée entre le domicile et le lieu de travail peut décourager certains à candidater à l'emploi. La prise en charge des déplacements le premier mois suivant la reprise d'emploi peut ainsi aider le demandeur d'emploi à « faire le pas », si celui-ci hésite à s'investir dans ce nouveau travail dont il doute de l'intérêt. La période d'essai, associée à une prise en charge des déplacements, le premier mois, sont des éléments importants qui peuvent favoriser la reprise d'emploi.

II. Une exigence de mobilité géographique

266. - Mobilité obligatoire. Outre les aides, le demandeur d'emploi peut être débiteur d'une certaine obligation de mobilité. Il en va ainsi lorsque le service public de l'emploi propose au demandeur d'emploi une « offre raisonnable d'emploi ». Ces offres sont définies comme raisonnables selon les critères préétablis dans le Projet Personnalisé d'Accès à l'Emploi. Ce caractère raisonnable de l'offre s'apprécie ainsi selon la nature et les caractéristiques de

l'emploi ou des emplois recherchés, selon la zone géographique privilégiée, et selon le salaire attendu.

Deux types de mobilité sont envisageables d'après la notion d'offre raisonnable d'emploi. Une mobilité professionnelle d'une part : selon ce qui a été décidé dans le projet personnalisé d'accès à l'emploi, le demandeur d'emploi peut être amené à changer de profession, sans que cela nécessite pour autant une véritable reconversion, selon le niveau de formation requis (B). Une mobilité géographique d'autre part : en s'engageant dans le projet personnalisé, le demandeur d'emploi s'engage à rechercher « activement » un emploi (A).

A. Une exigence de mobilité encadrée

267. - Définition de l'offre raisonnable d'emploi. Il est logique de devoir déterminer le cadre de recherche d'emploi. Le Code du travail apporte néanmoins peu d'éléments pour déterminer la « zone géographique privilégiée » devant servir de référence à la détermination de l'offre raisonnable d'emploi. Seul l'article L. 5411-6-3 du Code du travail dispose que, passé six mois de recherches infructueuses, le secteur géographique a pour limite un trajet en transport en commun – pour un aller-retour - d'une heure maximum, ou trente kilomètres. Cela étant, l'offre raisonnable d'emploi varie selon que le demandeur d'emploi habite en milieu urbain, ou au contraire en milieu rural[402]. Inversement, avant l'écoulement de six mois de recherche d'emploi, le secteur géographique est librement déterminé par le demandeur d'emploi[403].

Il faut noter la différence entre une heure de trajet et trente kilomètres à parcourir. À la lecture du texte[404], il semble que l'heure de trajet ne concerne que les transports en commun, et donc que les trente kilomètres soient la limite respectable dévolue aux véhicules des

[402] C. trav., art. L. 5411-6-3.

[403] Circulaire DGEFP n° 2008/18 du 5 novembre 2008 relative à la mise en œuvre du projet personnalisé d'accès à l'emploi et à l'offre raisonnable d'emploi.

[404] « *Est considérée comme raisonnable une offre d'emploi entraînant, à l'aller comme au retour, un temps de trajet en transport en commun, entre le domicile et le lieu de travail, d'une durée maximale d'une heure ou une distance à parcourir d'au plus trente kilomètres* », C. trav., art. L. 5411-6-3, al. 3.

particuliers. Même si une heure d'autoroute permet de faire plus que trente kilomètres, il semble que le législateur ait tenté un compromis entre temps de trajet et coût du trajet, dont le prix du carburant est un élément.

268. - Lien entre la notion de zone géographique privilégiée et celle de secteur géographique. Il est impossible de ne pas faire le lien entre la « zone géographique privilégiée », critère d'appréciation d'une offre raisonnable d'emploi, et la notion de « secteur géographique », importante en matière de mobilité du salarié. Le secteur géographique revient à considérer qu'une mobilité circonscrite dans un certain secteur ne constitue pas en tant que telle une mobilité. Partant de ce raisonnement, le périmètre obligeant le demandeur d'emploi à déménager, ou du moins à établir sa zone de recherche au-delà de sa seule agglomération ne serait pas à proprement parlé une mobilité, mais, pour faire un parallèle, un simple « changement des conditions de vie » ? Cela peut se justifier par la dichotomie opérée par la chambre sociale de la Cour de cassation entre la modification du contrat de travail et le simple changement des conditions de travail. Le demandeur d'emploi, comme le salarié, ne peut être forcé de se déplacer au-delà de d'une certaine zone géographique. Dans le cas contraire, l'on arriverait à la même problématique que pour les salariés : celle du droit fondamental du salarié à une vie personnelle et familiale. En effet, même la présence d'une clause de mobilité ne permet pas de « forcer » les droits fondamentaux. Également, la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi prévoit la prise en compte de la vie familiale dans l'élaboration des politiques de mobilité interne *via* les accords du même nom[405]. De fait, il parait impensable que le service public de l'emploi puisse exiger une mobilité du demandeur d'emploi sans puiser cette exigence dans une quelconque source. Quand bien même cette source existerait – la loi ? -, les droits fondamentaux continueraient d'être invoqués pour protéger la vie privée et familiale du demandeur d'emploi, car il ne faut pas oublier que la Convention Européenne des Droits de l'Homme, avant de donner des droits au salarié, en a conféré à l'Homme, travailleur ou non[406].

La circulaire réglementant l'offre raisonnable d'emploi régit la question de la vie familiale du demandeur d'emploi en huit lignes. Il est ainsi dit que la situation personnelle et familiale du demandeur d'emploi est inscrite dans le projet personnalisé d'accès à l'emploi, afin d'en

[405] C. trav., art. L. 2242-21.

[406] Conv. EDH, art. 8.

tenir compte pour apprécier les difficultés de mobilité. Mais hormis les difficultés de garde d'enfants pour un parent isolé, ou la pénibilité pour une personne fragile, la circulaire est muette. Un parent qui divorce en cours de projet personnalisé d'accès à l'emploi est-il plus mobile qu'un parent qui doit récupérer ses enfants à la sortie de l'école ? Un père qui ne voit ses enfants que le week-end doit-il chercher plus loin ? Il semble que la limite d'une heure de trajet ou de trente kilomètres posée par le Code du travail réponde toutefois à cette problématique, en évitant – dans tous les cas – que soit préjudiciable le refus d'une offre qualifiée de raisonnable selon les critères du projet personnalisé ou du Code du travail. Conséquence, cela revient à limiter fortement le périmètre de recherche d'emploi.

269. - Caractère raisonnable d'un trajet. Une interrogation demeure cependant. À considérer qu'une offre soit raisonnable – passé six mois - si elle n'est pas à plus d'une heure de trajet en transport en commun ou à plus de trente kilomètres, pourquoi cette même offre serait-elle déraisonnable avant six mois ? Le service public de l'emploi veut généraliser la mobilité, il ne serait ainsi pas illogique d'étendre dès le début de la recherche d'emploi le périmètre de recherche afin d'éventuellement accélérer le retour à l'emploi. Étant donné l'état du marché du travail, la législation actuelle semble admettre des secteurs géographiques de recherches très limités, or il apparaît de plus en plus présomptueux d'espérer trouver un emploi à moins de trente kilomètres de son domicile.

270. - Recherche d'emploi et vie familiale. Il est certain que la question de concilier recherche d'emploi et vie familiale n'est pas réglée, à l'instar de la mobilité demandée à des salariés. La différence – au moins en apparence – est que le chômage est supporté par la collectivité, ce qui pousse les pouvoirs publics à cibler la catégorie des personnes sans emploi. Cela est cependant à nuancer, étant donné le développement de la mobilité pour motif économique, que ce soit en vertu de l'article L. 1222-6 du Code du travail[407], ou en vertu d'un accord de mobilité interne. Cette dernière mobilité rapproche fortement les demandeurs d'emploi, et les salariés, qui, pour un refus de mobilité, rejoindront la catégorie des premiers.

[407] Proposition de modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour motif économique.

B. Une exigence limitée à la mobilité géographique ?

271. - L'offre raisonnable d'emploi n'engage pas à une mobilité professionnelle. L'article L. 5411-6-1 du Code du travail dispose que le projet personnalisé d'accès à l'emploi est réalisé *« en tenant compte de la formation du demandeur d'emploi, de ses qualifications, de ses connaissances et compétences acquises au cours de ses expériences professionnelles* ». Aussi, l'article L. 5411-6-3 du Code du travail dispose simplement qu'une offre d'emploi est raisonnable quand, passé trois mois, l'emploi proposé est « *compatible avec ses qualifications et compétences professionnelles et rémunéré à au moins 95 % du salaire antérieurement perçu* ». Il ne ressort donc à aucun moment une exigence de formation de la part du salarié. L'obligation de formation n'existe que lorsque la formation a été prévue dans le projet personnalisé ; hors ce cas, point d'obligation[408]. Une autre possibilité est la reconversion du demandeur d'emploi dans un autre secteur d'activité. Mais ce type de mobilité ne peut être forcé par Pôle emploi.

En tant que telle, il apparait que la mobilité professionnelle ne peut être subie, hors le cas, où l'on considère qu'une reconversion est rendue quasiment inéluctable par la conjoncture économique.

§ 2. L'incitation à la mobilité professionnelle des demandeurs d'emploi

272. - La formation professionnelle des demandeurs d'emploi n'apparait pas comme une obligation. Cependant, elle peut être proposée au demandeur d'emploi si les qualifications originelles de la personne sans emploi ne correspondent pas aux demandes du marché (I). Nouvellement entré en vigueur, le compte personnel de formation (CPF) est désormais un outil indispensable dans le parcours professionnel des personnes (II).

[408] C. trav., art. L. 5412-1.

I. Le projet personnalisé d'accès à l'emploi, une mobilité professionnelle orientée

273. - Formation décidée dans le projet personnalisé d'accès à l'emploi. À défaut de forcer à une mobilité professionnelle, le projet personnalisé peut en prévoir une, mais donc à la suite d'une forme de négociation entre Pôle emploi et le demandeur d'emploi. Cette mobilité professionnelle sera mise en place compte tenu du dynamisme du bassin d'emploi. Ainsi, l'article L. 5411-6-1 du Code du travail fait le lien entre la situation du marché local de l'emploi et les caractéristiques de l'emploi recherché, et donc avec également la formation initiale que possède le demandeur d'emploi[409]. C'est ainsi la prise en compte de plusieurs éléments qui peut amener à une mobilité professionnelle, qui sera donc normalement toujours dictée par la conjoncture, à moins que l'inscription à Pôle emploi ne résulte d'une démission ou d'une rupture conventionnelle, auquel cas la reconversion peut être simplement souhaitée par le nouveau demandeur d'emploi.

La formation professionnelle peut prendre deux formes. Soit le demandeur d'emploi cible un emploi, auquel cas il suivra la formation adéquate (A), soit il peut suivre une formation en alternance (B).

A. Des formation théorique

274. - Formations sans cadre juridique précis. Hors les cas d'une formation ciblée par Pôle emploi, le demandeur d'emploi peut avoir un projet professionnel qu'il entend mener à bien, sans forcément être « assisté » par Pôle emploi. Dans le cadre de son droit à la formation, la personne sans emploi peut donc mobiliser son crédit d'heure pour suivre une formation. Cependant, toutes les formations ne sont pas éligibles, et une liste établie par le comité paritaire national (ou régional) de la formation professionnelle et de l'emploi d'une branche déterminée.

[409] C. trav., art. L. 5411-6-1 : « *La situation du marché du travail local, la nature et les caractéristiques de l'emploi ou des emplois recherchés* ».

Toutes les formations ne sont donc pas éligibles pour mobiliser les heures du compte personnel de formation.

275. - Les formations de préparation à l'emploi. La Préparation Opérationnelle à l'Emploi (POE) est censée aider un salarié à pourvoir à une offre déposée par un employeur auprès de Pôle emploi. Selon l'article L. 6326-1 du Code du travail, l'offre doit se situer dans la zone géographique privilégiée définie dans le PPAE. Ce mécanisme joue lorsqu'un salarié possédant déjà certaines compétences souhaite accroitre ces dernières afin de répondre à l'offre. C'est une formation qui vient donc en complément, et qui est financée par l'organisme paritaire collecteur agréé de l'employeur ayant déposé l'offre.

276. - L'action de formation préalable au recrutement (AFPR). Ce type de formation a en commun avec la préparation opérationnelle à l'emploi le ciblage que l'employeur effectue sur un poste et dépose en conséquence une offre d'emploi auprès de Pôle emploi. Pour ces deux mécanismes, c'est généralement l'employeur qui est à l'origine du mécanisme puisqu'il sollicite une compétence particulière qu'il a du mal à retrouver chez les candidats au poste. Par le biais de ces formations particulières, le demandeur d'emploi peut être embauché sous la condition de compléter sa formation pour correspondre à la fiche de poste.

277. - Distinction des mécanismes. La différence entre les deux mécanismes est dans la durée des contrats. La préparation opérationnelle à l'emploi est utilisée pour des contrats à durée déterminée de douze mois minimum ou pour un contrat de professionnalisation de la même durée, pour un contrat d'apprentissage, ou encore pour un contrat à durée indéterminée[410]. À l'inverse, l'action de formation préalable au recrutement vise les recrutements de salariés pour une durée comprise entre six et douze mois en contrat à durée déterminée, mais également un recrutement en contrat de professionnalisation. Enfin, un recrutement intérimaire pour des missions d'au moins six mois permet également d'utiliser l'action de formation préalable au recrutement.

[410] C. trav., art. L. 6326-1.

278. - Le cumul formation/emploi. Le contrat de professionnalisation est, entre autre, ouvert aux demandeurs d'emploi. Il prend la forme d'une alternance entre périodes d'emploi et de formation. Il n'est cependant pas, à proprement parler, destiné au demandeur d'emploi *via* Pôle emploi, mais est ouvert à ceux qui quittent le statut de demandeur d'emploi *via* ce dispositif. Le contrat d'apprentissage, qui possède des points communs avec le contrat de professionnalisation, est destiné à un public différent, et n'est pas conditionné par une inscription comme demandeur d'emploi. Le plus souvent, ce sont les jeunes de 16 ans à 26 ans qui bénéficient de ce contrat. Sous certaines conditions cependant, des personnes plus jeunes ou plus âgées peuvent en bénéficier.

II. Le compte personnel de formation, une mobilité professionnelle réorganisée

279. - Compte personnel de formation (CPF). Depuis le 1er janvier 2015, en remplacement du droit individuel à la formation, le compte personnel de formation est désormais mobilisable par les demandeurs d'emploi dans le but de suivre une formation. Le nombre d'heures contenu par le compte servira de financement à la formation des demandeurs d'emploi. Dans le cas d'une insuffisance d'heures contenues dans le compte, des abondements supplémentaires peuvent compléter le financement de la formation.

280. - Une migration des financements ? L'évolution du droit individuel à la formation vers le compte personnel de formation a été annoncée comme une avancée dans les droits des demandeurs d'emploi à travers la « portabilité » du droit à la formation. Cependant, un effet indirect de ce nouveau dispositif pourrait être le désengagement du service public de l'emploi quant au poids budgétaire de la formation, en direction des entreprises. En effet, là où le service public de l'emploi finançait une partie de la formation des demandeurs d'emploi, la portabilité totale du compte personnel de formation conduit à un financement de la formation

professionnelle des demandeurs d'emploi par les entreprises, ces dernières ayant « cotisé » pour ce nouveau demandeur d'emploi lorsqu'il ne l'était pas encore.

281. - Simplification du financement de la formation professionnelle. Le nouveau système de financement de la formation professionnelle simplifie le mécanisme de financement de la formation et organise une plus grande mutualisation de la formation professionnelle. Désormais, une seule contribution est perçue au titre de la formation professionnelle, et les heures accumulées, non plus au titre du droit individuel à la formation mais du compte personnel de formation, pourront être utilisées après la perte de l'emploi.

282. - Responsabilisation du demandeur d'emploi ? La bonne compréhension de ce mécanisme nécessite de ne pas se focaliser sur le fait que ce sont les entreprises qui financent, mais sur le fait que désormais le crédit d'heures accumulées pendant les périodes de travail se détache totalement de l'entreprise « cotisante » pour s'attacher au salarié. Ainsi, il n'est plus question de chercher « qui paie quoi », mais de changer le regard que l'on porte sur la formation professionnelle.

Ce n'est pas exactement un changement de financeur qui s'est fait avec la loi du 5 mars 2014, mais plutôt un changement de paradigme : c'est désormais au salarié/demandeur d'emploi, considéré en tant que personne, qu'est confiée la gestion de sa propre employabilité, quand ce rôle était, avant cela, quasiment confisqué par l'employeur. C'est une mise en cohérence entre la fin et les moyens dédiés à la formation professionnelle qui a été opérée par la loi du 5 mars 2014. L'objectif est de donner à chacun la possibilité de se former. Il fallait donc que les moyens soient réellement confiés à la personne concernée, qui était simplement objet de la mobilité avant la réforme.

Pour que se vérifie la formule selon laquelle le salarié est « *acteur de sa propre employabilité* »[411], ce dernier doit être pleinement en mesure de jouir de son compte personnel de formation « de la manière la plus absolue »[412]. La formule est même désormais dépassée par la portabilité du compte personnel de formation qui confère non plus au seul salarié mais également au demandeur d'emploi, la propriété de son employabilité. Ces propos sont

[411] J-E Ray, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 23ème éd., p. 313.

[412] C. civ., art. 544.

néanmoins à nuancer au regard de la mise en œuvre des formations qui doit se faire de manière concertée avec Pôle emploi.

283. - L'idée de mobilité a connu, et connait encore, un développement considérable. Les possibilités de mobilité ouverte avec le marché unique ont créé un quasi-droit à la mobilité. L'exemple de la mobilité des demandeurs d'emploi a pour but d'abonder dans ce sens, celui d'un impératif de mobilité. L'on a tendance à dire « qui peut le plus, peut le moins » ; ainsi, les demandeurs d'emploi sont le « plus », ce qui légitime une mobilité accrue pour le salarié *lambda*. En effet, si l'on demande à des personnes sans emploi d'être mobiles alors que le droit du travail ne leur est pas applicable, la logique veut que la mobilité soit de plus en plus exigée pour les salariés, qui sont, eux, le « moins ». D'où l'émergence supposée d'un impératif - d'un principe ? - de mobilité.

Section 2. LA MOBILITÉ DES DEMANDEURS D'EMPLOI, TENTATIVE DE SYSTÉMATISATION DE LA MOBILITÉ

284. - L'idée d'une mobilité bénéfique, pour l'économie mais également de manière générale, a contribué au développement de cette idée devenue peu à peu un impératif. Si la mobilité est particulièrement visible dans la pratique des ressources humaines, le choix de retenir la mobilité des demandeurs d'emploi comme vecteur de cet impératif de mobilité se justifie par le caractère quasiment exorbitant de cette obligation de mobilité pour les personnes sans emploi.

En effet, la mobilité des salariés répond à une logique plus ou moins évidente pour chacun, alors que celle des demandeurs d'emploi prête plus facilement à débat. Le fait que le service public de l'emploi utilise la mobilité est révélateur d'une évolution dans la manière de traiter la recherche d'emploi, mise sur un pied d'égalité avec la gestion des salariés dans une entreprise.

C'est donc tout d'abord l'apparition d'une logique managériale dans la gestion des demandeurs d'emploi (§1) qui crée, ou met en exergue tout du moins, un impératif croissant de mobilité (§2).

§ 1. La gestion « managériale » des demandeurs d'emploi par la mobilité

285. - Ce management par la mobilité a principalement pris forme avec la loi du 1er aout 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi[413]. L'intitulé de la loi est révélateur de l'évolution prise par la recherche d'emploi. Le demandeur d'emploi n'est d'ailleurs peut-être plus un « demandeur » mais un « chercheur » d'emploi, soulignant ainsi son rôle actif dans son retour à l'emploi.

Les « devoirs » du demandeur d'emploi démontrent une évolution dans la manière d'appréhender la personne sans emploi ; celui-ci va devoir être mobile sur le marché unique de l'emploi, fidèle au modèle européen. Cette demande de mobilité apparait ainsi en parfaite adéquation avec le droit de l'Union Européenne qui accorde à un demandeur d'emploi les mêmes droits qu'à un travailleur, faisant ainsi la liaison entre les deux définitions[414] (I). La mobilité apparait également dans la relation entre Pôle emploi et le demandeur d'emploi. En effet, cette relation apparait de plus en plus contractuelle, et la mobilité devient ainsi une obligation à la charge de l'usager de ce service public (II).

[413] Loi n° 2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi.

[414] CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63.

I. La logique de la demande de mobilité

286. - La mobilité des demandeurs d'emploi s'envisage de deux manières. Selon la manière dont elle existe actuellement, et qui est assez limitée (A). Et selon la manière dont elle pourrait exister, selon par exemple une évolution du droit européen (B).

A. La mobilité actuelle des demandeurs d'emploi

287. - Intégration de l'idée de mobilité en droit interne. La construction du marché unique européen est sans doute le facteur déclencheur du développement récent de la mobilité. La mobilité n'est pas pour autant quelque chose de nouveau, mais concernait sans doute une minorité de personne, notamment les personnes hautement qualifiées[415]. C'est désormais une mobilité de gestion qui s'est développée ; l'employeur gère désormais les flux de main-d'œuvre d'un site à l'autre, d'une société à une autre par une flexibilisation du lieu de travail. Les difficultés croissantes pour résorber le chômage ont entrainé une évolution de la législation afin de « copier » les mécanismes de gestion du privé pour les appliquer aux demandeurs d'emploi.

C'est ainsi que la notion d'offre raisonnable d'emploi qui se définit entre autre chose par un périmètre géographique raisonnable est très proche de la notion de secteur géographique, au sein duquel une mutation n'est pas considérée comme telle, mais comme un simple changement des conditions de travail. De cette même manière, il est possible – et logique ? - de demander à un demandeur d'emploi de chercher un emploi plus loin que son environnement proche. D'aucuns se demanderont si cela est véritablement une forme de mobilité, étant donné que le périmètre raisonnable doit, au moins en théorie, ne pas entrainer de déménagement pour la personne concernée. C'est en cela que l'offre est « raisonnable » ou que ce n'est qu'un changement des conditions de travail.

[415] L'on pourrait également évoquer les grandes découvertes des XV°, XVI° et XVII° siècles, qui ont vu les Européens découvrir et explorer le reste du monde.

288. - Une mobilité des demandeurs d'emploi encourageant la mobilité au stade du reclassement ? Le développement de la mobilité des demandeurs d'emploi peut rétrospectivement encourager un salarié à accepter une proposition de reclassement. En effet, si le fait d'être demandeur d'emploi n'est pas plus synonyme d'immobilité, peut-être les salariés auxquels sera proposée une offre de reclassement, accepteront cette dernière. D'une certaine manière, la mobilité des demandeurs d'emploi justifie *a posteriori* la mobilité souhaitée des salariés menacés par un licenciement économique. Si l'on demande à des demandeurs d'emploi d'être mobiles *a posteriori*, il est logique – normal ? – de le demander *a priori* à ceux qui risquent de perdre leur emploi, pour justement éviter que ces derniers ne le perdent. Dans ce sens, le reclassement au sein de la branche, en cas de licenciement économique, est une piste à étudier. Cela pourrait être une manière d'anticiper le travail de Pôle emploi, en privilégiant non pas une mobilité dans l'entreprise ou le groupe, et donc sur des sites potentiellement éloignés, mais au sein de la branche, et donc dans une entreprise plus proche. Cela amène toutefois une autre difficulté, celle d'apporter de la main-d'œuvre à la concurrence.

Aussi, une personne qui a refusé une mobilité et s'est faite licencier par la suite devient une charge pour la collectivité au titre de l'assurance chômage. La mobilité devient alors un levier pour diminuer le taux de chômage, par une mobilité dans le cadre d'un reclassement, ou dans le cadre d'une recherche d'un nouvel emploi, et ce, soit sous la forme d'une mobilité géographique, soit sous la forme d'une mobilité professionnelle.

B. Prospective sur la mobilité des demandeurs d'emploi

289. - Une mobilité élargie des demandeurs d'emploi ? C'est une question importante qui n'a pas encore de réponse : la mobilité des demandeurs d'emploi peut-elle, dans un avenir plus ou moins proche, être étendue au-delà de la simple offre raisonnable d'emploi, somme toute assez restrictive ? Pour l'instant, les demandeurs d'emploi ne sont soumis qu'à une exigence de mobilité très limitée, et une mobilité contrainte n'est pas à l'ordre du jour. Il est par exemple inconcevable de prévoir une obligation de mobilité à l'échelle européenne, quand bien même les différents services publics de l'emploi coopèrent entre eux. Le droit de l'Union

Européenne tend à favoriser la mobilité, *via* la liberté de circulation, mais cela n'induit en aucun cas une obligation de circulation à la charge des nationaux. Le droit de circuler ne peut se dissocier du droit de ne pas circuler.

Sans aller au-delà des frontières, il pourrait être envisageable d'élargir l'obligation de mobilité des demandeurs d'emploi dans une certaine limite, afin de faire migrer des populations vers des bassins d'emploi plus dynamiques. Toutefois le droit fondamental au libre choix du domicile semble empêcher une telle évolution de la législation. Dans le cas de la mobilité salariée, c'est uniquement possible par la contractualisation de la mobilité, ce qui n'est pas le cas lorsque l'on est usager de Pôle emploi. C'est tout du moins impossible pour l'instant, mais la contractualisation des relations service public/demandeur d'emploi pourrait faire évoluer cela à l'avenir.

Quant à l'évolution du droit communautaire, une évolution allant dans le sens d'un durcissement de la législation à l'égard des demandeurs d'emploi parait difficile à mettre en place. La mobilité européenne reste une liberté et non une obligation ; il reste peut-être à la rendre plus attractive et plus visible pour qu'elle contribue à une baisse du chômage, et non à une mise en concurrence des législations du travail.

290. - Mobilité professionnelle forcée. Forcer à la mobilité professionnelle est complexe. En effet, à l'inverse de la mobilité géographique, qui peut être contrainte, un employeur ou Pôle emploi aura bien du mal à forcer une personne à apprendre un nouveau métier si cette dernière n'est pas volontaire. L'immatérialité de la mobilité professionnelle limite les possibilités de durcissement de cette législation, d'autant plus que nous ne sommes pas égaux face à l'apprentissage, ce qui fait qu'il sera impossible, pour certains, d'acquérir de nouveaux savoirs.

Sans être forcée, la mobilité professionnelle connait cependant un cadre. En effet, les différentes listes de formations existantes pour orienter les demandeurs d'emploi ou les salariés souhaitant bénéficier d'une formation vers des métiers en tension est un premier jalon dans la systématisation de la mobilité.

II. La contractualisation de la recherche d'emploi

291. - L'évolution de la relation entre Pôle emploi et les personnes sans emploi s'est faite dans le sens d'une contractualisation. Sans devenir une « pure » relation contractuelle, c'est une responsabilisation des demandeurs d'emploi qui se développe ; ce dernier ne doit plus être un « assisté » comme cela est parfois dit, mais un acteur de sa recherche d'emploi. Dans cette recherche, il est aidé, ce qui donne lieu à une relation donnant-donnant, proche d'une relation contractuelle (A). Si certains y voient un recul de l'État providence, d'autres préfèrent y déceler la marque d'une certaine dignité retrouvée pour le demandeur d'emploi, marque toutefois à nuancer (B).

A. Le contenu de la relation Pôle-emploi/demandeur d'emploi

292. - Contractualisation de la relation Pôle emploi/demandeur d'emploi. C'est principalement la convention d'assurance chômage entrée en vigueur le 1er juillet 2001[416] qui donne à la relation qu'entretient le demandeur d'emploi avec le service public de l'emploi un aspect contractuel. Cette convention met en place le Projet d'aide au retour à l'emploi (PARE), qui instaure un cadre relationnel avec des obligations réciproques : « *Le plan d'aide au retour à l'emploi rappelle les droits et obligations des demandeurs d'emploi éligibles à l'indemnisation résultant des dispositions légales et réglementaires, ainsi que les engagements de l'ANPE et de l'Unédic* »[417]. D'une part donc, des droits et obligations pour le demandeur d'emploi, d'autre part des engagements de la part du service public de l'emploi.

[416] Cette convention d'assurance chômage avait été préalablement signée par les partenaires sociaux le 19 octobre 2000.

[417] Convention d'assurance chômage du 1er juillet 2001, art. 1er, c).

293. - Définitions. Le Vocabulaire juridique Cornu définit le contrat comme une « *espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation* »[418] ; une convention est, elle, définie comme étant « *un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque* »[419]. Le lien qui unit le demandeur d'emploi au service public pourrait ainsi bien être de nature contractuelle. La loi du 1er aout 2008[420] a transformé le projet d'aide au retour à l'emploi (PARE) en un projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE)[421], qui est défini et actualisé par les parties - le demandeur d'emploi et le service public dédié. L'on pourrait voir dans cette définition du projet, puis dans son actualisation, une forme de négociation du projet. En effet, le projet contient d'une manière générale des droits et devoirs pour le demandeur d'emploi, dont le contenu est en partie négociable.

Cela est toutefois à nuancer car la zone de recherche privilégiée, le salaire espéré ou le type d'emploi sont fonction des compétences et qualification du demandeur d'emploi, mais encore de sa situation familiale. Il est donc tout de même hasardeux de parler de négociation *stricto sensu*. Il y a pour autant des droits et obligations réciproques ; cette idée est parfaitement illustrée par un document disponible sur le site internet de Pôle emploi intitulé « *Vos droits et vos engagements* ».

294. - Sur le contenu de l'obligation de mobilité. Le projet personnalisé d'accès à l'emploi définit ce qu'est, pour le demandeur d'emploi, une offre raisonnable d'emploi en fonction de différents critères. Dans tous les cas, au bout de six mois, l'offre raisonnable a une définition stricte. Le demandeur d'emploi ne peut ainsi pas refuser plus de deux offres raisonnables d'emploi. L'obligation de mobilité est cependant très limitée. En contrepartie, Pôle emploi s'engage à fournir un service d'aide à la recherche d'emploi et à indemniser le demandeur d'emploi.

L'inexécution, par l'une des parties, de ses obligations a des conséquences importantes. Le demandeur d'emploi peut ainsi être radié de la liste des demandeurs d'emploi et voir ainsi son

[418] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, Quadrige - Dicos Poche, 2011, p. 257.

[419] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, Quadrige - Dicos Poche, 2011, p. 266.

[420] Loi n° 2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi.

[421] C. trav., art. 5411-6 et s.

« revenu de remplacement » suspendu pour une durée variable. Dans le même sens, il semble qu'un mauvais suivi de la part de Pôle emploi expose ce dernier à des sanctions, comme le démontre le jugement rendu en référé par le tribunal administratif de Paris, qui a condamné Pôle emploi pour manquement dans le suivi d'un demandeur d'emploi[422]. Cette décision du 11 septembre 2012 peut tout à fait être analysée comme allant dans le sens d'une analyse contractualiste de la relation unissant le demandeur d'emploi à Pôle emploi. Dès 2001, une évolution en ce sens avait, par ailleurs, été prédite par le professeur C. Willmann[423].

295. - Controverse sur la qualification juridique du Projet d'aide au retour à l'emploi. Cette décision, rendue le 11 septembre 2012, fait figure de réponse aux doutes émis par certains auteurs en raison de la volonté de l'Administration de modifier la durée d'indemnisation des chômeurs, y compris pour ceux ayant déjà signé leur projet d'aide au retour à l'emploi. En raison de plusieurs décisions rendues[424] par des juridictions de premier et second degré en faveur, soit de l'Administration, soit des chômeurs indemnisés « recalculés », une partie de la doctrine a reproché à l'Administration son changement de cap dans la gestion des demandeurs d'emploi. En effet, le professeur A. Supiot dénonce les adversaires de la contractualisation devenus partisans, et les partisans – dont l'Administration – devenus adversaires[425]. Le professeur Supiot rappelle que l'objectif affiché de la réforme était de « *faire sortir* » les salariés d'une « *condition d'assistés* » ; la signature du Projet d'aide au retour à l'emploi devait ainsi responsabiliser les demandeurs d'emploi en leur accordant des droits et des devoirs. La modification unilatérale de la durée d'indemnisation des demandeurs d'emploi apparait dès lors comme une modification unilatérale d'un contrat, illégale en vertu de l'article 1134 du Code civil.

En autorisant la modification unilatérale de la relation entre les demandeurs d'emploi et l'ASSEDIC, est autorisé le non-respect d'un engagement, alors que ce même non-respect par

[422] TA Paris, 11 septembre 2012, n° 1216080/9, *Klai*.

[423] Ch. WILLMANN, *Le chômeur contractant*, Dr. soc., 2001, p. 384.

[424] TGI Paris, 2 juillet 2002, RJS 2002/10, n° 1161 ; TGI Marseille, 15 avril 2004, RJS 2004/6, n° 729 ; Paris, 21 septembre 2004.

[425] A. SUPIOT, *La valeur de la parole donnée, à propos des chômeurs «* recalculés *»*, Dr. soc. 2004, p. 541.

le demandeur d'emploi est lourdement sanctionné. C'est donc l'impunité du service public de l'emploi que des auteurs déploraient[426].

296. - Fin de l'hypothèse contractualiste[427] ? Le 31 janvier 2007, la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un arrêt condamnant les derniers espoirs d'une analyse contractualiste de la relation unissant le demandeur d'emploi aux services de l'ASSEDIC. En effet, les Hauts magistrats ont décidé que « *le PARE signé par chacun des demandeurs d'emploi ne contenait aucun engagement de l'ASSEDIC de leur verser l'allocation d'aide au retour à l'emploi pendant une durée déterminée* »[428]. Il faut ici comprendre le service de l'ASSEDIC ne s'est engagé en rien, qu'elle a simplement appliqué ce qui était prévu par les textes, contrairement à ce qu'avait admis la juridiction d'appel[429].

297. - Sur l'esprit de l'accompagnement des demandeurs d'emploi. Pour autant, l'argument principal soulevé pour condamner cette analyse était que le Projet d'aide au retour à l'emploi ne faisait que reprendre ce qui avait été décidé par la Loi, ne laissant aucune place à la négociation. C'est faire peu de cas des réformes qui ont suivi ces diverses décisions.

D'une part, le droit positif évolue de manière visible dans une volonté d'accompagner les demandeurs d'emploi de manière individualisée. C'est le cas avec les différentes procédures de suivi qui ont été mises en place, notamment *via* internet. Les rendez-vous mensuels qui existaient auparavant sont ainsi parfois remplacés par des compte-rendus des recherches effectués par le demandeur d'emploi. Également, et en parallèle de Pôle emploi, les jeunes sont orientés vers les Missions locales pour l'emploi, et les cadres vers l'Agence pour l'emploi des

---

[426] *Ibid* ; V. aussi J. ROCHFELD, *Le PARE ou les virtualités du «* contrat pédagogique *»*, RDC, 1 avril 2005, n° 2, p. 257 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs*, RTD Civ., 2004, p. 594.

[427] J. ROCHFELD, *Le refus de la qualification contractuelle du PARE : la fin de l'hypothèse du* « contrat pédagogique *»*, RDC, 1er octobre 2007, n° 4, p. 1085.

[428] Cass. soc., 31 janvier 2007, n° 04-19464, Bull. civ. V, n° 15, p. 13.

[429] Aix-en-Provence, 9 septembre 2004 : « *Nonobstant le cadre statutaire de l'assurance chômage défini par la loi et la convention d'assurance chômage, les partenaires ont entendu créer un dispositif nouveau individualisant les engagements envers l'ASSEDIC des demandeurs d'emploi éligibles à l'allocation de retour à l'emploi et réciproquement, de sorte que l'ASSEDIC qui a souscrit un engagement singulier à l'égard de chaque signataire du PARE, a, en réduisant leurs droits ou en les supprimant à compter du 1er janvier 2004, manqué à cet engagement et ainsi causé aux intéressés un préjudice ouvrant droit à réparation* ».

cadres. Le suivi n'est donc pas identique pour tous les demandeurs d'emploi. La contractualisation du rapport participerait donc à une individualisation de la prise en charge[430].

D'autre part, la reprise, par le contrat, de la loi, n'est pas exclusive d'une qualification contractuelle[431]. Le professeur Alain Supiot a ainsi fait le parallèle entre la situation des demandeurs d'emploi et celle des salariés[432]. Ces derniers sont, en effet, soumis à la fois à un statut et à un contrat de travail. Le fait que le contrat contienne en grande partie des éléments de la convention collective applicable n'est pas à même de supprimer sa nature contractuelle au contrat de travail. Bien au contraire, l'auteur voit dans l'articulation statut/contrat une source de réflexion pouvant renouveler l'étude de cette dichotomie parfois opposée.

Pour le professeur A. Supiot donc, la qualification contractuelle, loin de mettre la pression sur la personne sans emploi, était en mesure de sécuriser sa situation, en empêchant une modification unilatérale de la relation. Si la Chambre sociale de la Cour de cassation a, semble-t-il, condamné cette qualification juridique, la décision du Tribunal administratif de Paris du 11 septembre 2012[433] montre une forme de résistance en condamnant Pôle emploi pour un manquement à ses engagements[434]. Il ne faut cependant pas aller au-delà de ce qu'a voulu exprimer le Tribunal administratif de Paris, qui n'était pas saisi d'une inexécution « contractuelle » mais d'un manquement, notamment, règlementaire qui empêchait le plein exercice du droit à l'accès à l'emploi[435], liberté fondamentale consacrée par l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946[436]. Aussi, l'étude du Tribunal administratif de Paris porte sur l'exécution du contrat, et non sur sa modification, comme c'est le cas pour la décision du

[430] Ch. WILLMANN, *op. cit.*

[431] A. SUPIOT, *op. cit.*

[432] *Ibid*.

[433] TA Paris, 11 septembre 2012, n° 1216080/9, *Klai*.

[434] D'ailleurs, l'arrêté à l'origine de la modification de la durée d'indemnisation a été annulé par le Conseil d'État le 11 mai 2004. Ce qui n'a pas supprimé l'intérêt porté à la question mise en lumière par ledit arrêté.

[435] TA Paris, 11 septembre 2012, n° 1216080/9, Klai : « *Considérant qu'une carence caractérisée dans la mise en œuvre des moyens administratifs que les textes législatifs et règlementaires définissent en vue d'assurer au mieux l'accès à un emploi au plus grand nombre possible d'intéressés, est susceptible, pour l'application de l'article 521-2 du code de justice administrative, de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne concernée* ».

[436] Pr. 1946, al. 5 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ».

Tribunal de grande instance de Marseille. Si l'on vogue toujours autour de la notion de contrat, les juridictions ont eu à trancher des litiges différents.

298. - Sécurisation de la recherche d'emploi et précarisation de la loi. La contractualisation a le mérite d'apporter une certaine stabilité à la situation du demandeur d'emploi, le sécurisant ainsi dans sa recherche d'un nouveau travail. Si la Cour de cassation a réfuté la qualification contractuelle, les autres décisions citées continuent de donner force à cette hypothèse, afin de mieux protéger la partie faible.

À l'inverse de cette position doctrinale, l'écueil de la précarisation de la loi apparait. Telle est la crainte du professeur J. Rochfeld qui voit, dans cette contractualisation, un risque d'une remise en cause de la hiérarchie des normes. En effet, la reprise des éléments légaux et règlementaires dans le Projet d'aide au retour à l'emploi afin de donner force à ces éléments prouvent *a contrario* la nécessité de cette reprise par le contrat. En l'absence de signature du Projet d'aide au retour à l'emploi, point d'obligation, et donc d'indemnisation pour le demandeur d'emploi. En ce sens, si l'absence de signature emporte absence d'obligation, la situation est proche d'une situation contractuelle.

Le professeur J. Rochfeld voit également, dans la contractualisation, l'aspect pédagogique de ce « contrat ». Le terme de pédagogique est certes positif car sous-entend l'aide au retour à l'emploi, mais il reflète évidemment le manque de lisibilité du droit pour les profanes. Il y aurait donc un besoin de pédagogie pour faire comprendre aux demandeurs d'emploi leurs droits et obligations. Cette acception va dans le sens d'une fausse contractualisation, puisque ne serait signé que pour mettre à portée du demandeur d'emploi les conditions de sa prise en charge par le service public de l'emploi. La question d'une autre définition du contrat peut alors se poser ; celle de son intérêt également.

B. L'effet de la contractualisation sur le demandeur d'emploi

299. - L'impact psychologique positif de la contractualisation. S'il est une critique qui revient souvent, c'est celle de « calquer » le mode de gestion des demandeurs d'emploi sur celui

de gestion des salariés dans les entreprises privées. Le fait de parler de « devoirs » du demandeur d'emploi a parfois accrédité cette thèse. Pour autant, il a également été dit que copier le vocabulaire du droit du travail pour l'appliquer à la situation des demandeurs d'emploi pouvait être bénéfique pour le demandeur d'emploi qui se sentait moins « victimisé ». Le chômeur est ainsi appelé « demandeur d'emploi », et l'allocation chômage est parfois qualifiée de salaire ou revenu de remplacement. Dans le même sens, contractualiser la recherche d'emploi pourrait diminuer le sentiment d'inutilité parfois ressenti par les demandeurs d'emploi.

300. - Nuance. Il est toutefois hasardeux de penser que se sentir lié par un contrat modifie véritablement les sentiments qui animent un demandeur d'emploi. Également, le rapport contractuel avec ces « obligations » du demandeur d'emploi est à même d'accroitre la pression sur celui-ci. Même, l'effet contraire au sentiment recherché - celui de faire du demandeur emploi une personne qui « travaille à chercher un emploi », et qui bénéficie ainsi d'un revenu de remplacement - peut être provoqué, en laissant entendre que le demandeur d'emploi est incapable de trouver un emploi si aucune pression n'est exercée sur lui. D'une volonté de donner un statut aux demandeurs d'emploi, l'on passe ainsi à l'effet inverse, ces derniers pouvant se sentir stigmatisés.

301. - Adhésion ou contractualisation. Les éléments présents dans le projet personnalisé d'accès à l'emploi illustrent une montée du « contractualisme », mais il n'est pas certain que cela aille de pair avec une montée du « consensualisme ». En effet, le lien unissant le demandeur d'emploi avec Pôle emploi est plus proche d'un contrat d'adhésion que d'un contrat librement négocié. Le contenu est ainsi avant tout déterminé par les qualifications du salarié et ses éventuelles charges de famille, alors que les engagements de Pôle emploi ne sont pas véritablement négociables, tel est le cas de l'indemnisation qui ne dépend ni de l'une, ni de l'autre des parties, mais de la loi. Certains éléments restent en partie négociables, par exemple le choix d'une formation professionnelle, mais c'est une négociation en général limitée. Certains domaines de formation étant considérés comme prioritaires, d'autres ne seront pas financés par Pôle emploi, sauf à ce que le compte personnel de formation suffise au financement de la formation choisie par le demandeur d'emploi ; auquel cas, il n'y aura pas véritablement de négociation.

302. - Proposer la mobilité ? Il reste qu'il n'est pas envisageable de faire rentrer la mobilité dans le champ de la négociation du projet personnalisé d'accès à l'emploi. Quelle serait la contrepartie d'une mobilité accrue du demandeur d'emploi ? Le conseiller Pôle emploi n'est pas en mesure de négocier, car tout est décidé/négocié entre l'État et les partenaires sociaux. Seule une loi pourrait modifier l'étendue des devoirs du demandeur d'emploi, mais il est quasiment certain qu'une telle extension de l'obligation de mobilité serait condamnée sur le fondement des droits fondamentaux. En l'état actuel du droit, la mobilité pourrait dont être proposée, mais pas imposée. À Pôle emploi de la rendre attractive ou moins anxiogène.

Il reste néanmoins une difficulté, celle de l'équilibre à trouver entre les différents droits fondamentaux. Mais, selon la Cour de Strasbourg, le droit à la vie familiale semble supérieur aux autres droits. Cette dernière est encore suffisamment protectrice des droits de l'Homme, contrairement à la Cour de justice de l'Union Européenne qui tend à privilégier les droits économiques[437]. Toutefois, c'est bien sous l'influence de l'Union Européenne qu'est produite une partie du droit français, laissant ainsi une large place à la liberté d'entreprendre dans son sens le plus général.

§ 2. L'émergence d'un impératif de mobilité

303. - Évincement de la mobilité professionnelle. La mobilité comprend plusieurs volets dont les aspects géographiques et professionnels sont les plus représentatifs. L'Union européenne ne se désintéresse pas de la mobilité professionnelle des travailleurs, mais l'apparition de l'espace communautaire est, avant toute autre chose, basée sur la mobilité géographique. De fait, l'apparition d'un éventuel impératif de mobilité est visible principalement dans l'acception géographique de la mobilité. De même, à l'exception de l'obligation d'adaptation qui n'est pas choisie par le salarié mais l'employeur, la mobilité

[437] CJCE, 11 décembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti* ; CJCE, 17 décembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*.

professionnelle est désormais confiée au salarié lui-même, ce qui ne permet pas de parler d'un principe de mobilité professionnelle, celle-ci n'étant pas impérative, mais laissée à l'appréciation du salarié. Au surplus, quand bien même un salarié serait obligé de suivre une formation, il serait très compliqué d'obliger son cerveau à assimiler une formation. L'aspect immatériel de la formation professionnelle la fait en quelque sorte échapper à l'aspect impératif que peut parfois revêtir la mobilité géographique. D'ailleurs, l'accord national interprofessionnel du 25 mai 2012 déclare que le salarié est « *seul propriétaire de son passeport* » orientation et formation[438]. Si cela ne veut pas dire que le salarié est propriétaire de ses formations, le champ lexical reste très fortement ancré dans le thème de l'autonomie. Il est ainsi inapproprié de parler, pour l'instant, d'impératif de mobilité professionnelle, dans le sens d'une mobilité imposée. La mobilité professionnelle n'en reste pas moins une nécessité grandissante de la politique de l'emploi.

Apparue sous la forme d'une simple faculté, la mobilité s'est fortement développée. Notamment sous l'égide de l'Union Européenne à travers la libéralisation des échanges. Le droit communautaire a, en effet, très largement privilégié la libre circulation des personnes et la liberté d'entreprendre au détriment des droits sociaux. Cette quasi-systématisation de la mobilité nous amène à nous interroger sur l'existence d'un principe même de mobilité (I). L'incorporation du droit de l'Union Européenne en droit interne entraine, par ailleurs, des conséquences dans l'organisation du travail en France (II).

I. Un principe posé par la systématisation de la mobilité

304. - Au niveau supranational, deux logiques s'opposent. Le droit du travail est étroitement lié à l'économie, ce qui donne à l'Union Européenne une forte influence sur la législation nationale. Les libertés de circulation érigées en principe ont considérablement influencé l'évolution de l'économie, en privilégiant justement l'économique sur le social (A).

[438] Accord du 25 mai 2012 relatif à la formation professionnelle et à la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences, art. 2.5.

Toutefois, le second ordre juridique de niveau européen, le Conseil de l'Europe, qui, lui, privilégie la protection des droits humains, constitue, ou doit constituer, un garde-fou afin de garantir une économie « raisonnable », dans son sens strict (B).

A. Un principe de liberté amenant à un impératif de mobilité

305. - L'Union Européenne ne crée pas d'obligation de mobilité. C'est en effet à chaque législation d'organiser et de limiter si besoin la mobilité des salariés. Ainsi, toute entreprise est soumise à une législation nationale plus ou moins protectrice. En ce sens, un « principe international » de mobilité est impossible à mettre en œuvre par l'Union européenne.

Toutefois, la protection accordée à la liberté de circulation et à la liberté d'entreprendre – illustrations de la mobilité – laissent émerger un principe très fort de mobilité. Les décisions rendues par la juridiction européenne posent ainsi une « liberté de mobilité » toute puissante au détriment parfois de la protection des travailleurs. Une certaine lecture des jurisprudences *Laval* et *Viking*[439] va dans ce sens, celui de la prévalence de l'*économique* sur le *social*, alors même que, dans ces arrêts, la Cour de justice des communautés européennes posent les droits de négociation et d'actions collectives comme principes généraux du droit communautaire.

La préférence donnée par la juridiction de l'Union européenne en faveur de la liberté d'entreprendre se justifierait par l'absence de consécration explicite de l'action collective comme corollaire de la liberté syndicale par le Conseil de l'Europe[440]. Une interprétation pessimiste de la jurisprudence communautaire conduit donc à voir la supériorité de la liberté d'entreprendre sur la liberté syndicale[441]. À l'inverse, une lecture plus optimiste laisse une place

[439] CJCE, 11 décembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti* ; CJCE, 17 décembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*.

[440] P. RODIÈRE, *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective*, RTD eur., 2008, p. 47.

[441] S. LAULOM, *L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010*, RDT, 2011, p. 298.

importante à l'Europe sociale, mais à condition que la limitation posée à la liberté d'entreprendre soit justifiée par d'importantes raisons d'intérêt général. Reste à démontrer quelles seraient ces raisons importantes d'intérêt général.

Ainsi, l'on peut dire que la mobilité instaurée par l'Union européenne ressemble à un principe, en ce que la juridiction communautaire le fait pour l'instant prévaloir sur d'autres droits. La volonté d'adhésion de l'Union Européenne à la Convection européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pourrait être un facteur de changement, mais cette adhésion est encore loin de se réaliser. Une telle adhésion permettrait-elle, *de facto*, d'assigner l'Union Européenne devant la Cour de Strasbourg ? La question est intéressante mais la réponse est loin d'être évidente.

306. - De la mobilité des entreprises à la mobilité des salariés. La mobilité ainsi instaurée par l'Union Européenne n'est pas, à proprement parler, une mobilité des salariés ; c'est plutôt une mobilité des entreprises, la mobilité européenne participant à une mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux.

En entrainant une mobilité des entreprises, c'est une mobilité indirecte des salariés qui est rendue inéluctable. D'une part, les salariés étrangers soumis au régime social de leur pays d'origine viennent travailler en France à moindre coût pour les entreprises utilisatrices ; d'autre part, les entreprises françaises délocalisent leur production dans des pays où le coût de la main-d'œuvre est plus faible, et ces filiales étrangères deviennent d'éventuels lieux de reclassement pour les salariés français licenciés.

B. Le contrepoids salvateur du Conseil de l'Europe

307. - Mobilité et Conseil de l'Europe. À l'inverse de l'Union Européenne, le Conseil de l'Europe accorde une place plus importante aux droits sociaux qu'aux droits économiques. La démarche est logique compte tenu de l'histoire de ces deux institutions, dont l'une privilégie les échanges économiques, et l'autre les droits de l'Homme.

À plusieurs reprises, le Conseil de l'Europe, par la voix du Comité européen des droits sociaux, s'est exprimé sur l'interaction qu'il pouvait y avoir entre les deux ordres juridiques. À chaque fois, le Conseil de l'Europe a pris le contrepied de l'Union Européenne en privilégiant les droits sociaux. C'est notamment le cas d'une décision de 2013 qui répond de manière indirecte aux arrêts Laval et Viking[442]. Dans cette décision, le Comité européen des droits sociaux affirme l'indépendance du droit du Conseil de l'Europe vis-à-vis du droit de l'Union Européenne, alors qu'il était soulevé une présomption de conformité du droit de l'Union Européenne au droit du Conseil de l'Europe ; le Comité déclare par ailleurs qu'il ne peut être attribué une valeur *a priori* supérieure aux droits économiques au détriment des droits d'action collective[443].

Face à la mobilité sans limite voulue par l'Union Européenne, le droit du Conseil de l'Europe constitue donc la barrière adéquate pour éviter un glissement trop important vers la toute-puissance des droits économiques des entreprises. L'efficacité de cette barrière est, par exemple, visible dans la jurisprudence abondante des clauses de mobilité, qui fait régulièrement référence au droit de mener une vie privée et familiale pour le salarié, proclamée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, reléguant au second plan la liberté d'entreprendre des employeurs[444].

[442] CEDS, 20 novembre 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, note KCHATZILAOU, *La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval*, RDT, 2014, p. 160.

[443] CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, § 122 : « *Le fait de faciliter la circulation des services par-delà les frontières et de promouvoir la faculté pour un employeur ou une entreprise de fournir des services sur le territoire d'autres Etats – qui sont d'importants et précieux facteurs de liberté économique dans le cadre de la législation de l'Union européenne – ne peuvent donc être traités, du point de vue du système de valeurs, des principes et des droits fondamentaux consacrés par la Charte, comme ayant a priori une valeur plus grande que les droits essentiels des travailleurs, en ce compris le droit de recourir à l'action collective pour réclamer que leurs droits et intérêts économiques et sociaux soient davantage et mieux protégés. De plus, aucune restriction à l'exercice de ce droit ne doit empêcher les syndicats de mener des actions collectives pour améliorer les conditions d'emploi des travailleurs, notamment leur rémunération, et ce quelle que soit leur nationalité* ».

[444] Cass. soc., 20 février 2007, n° 05-43628 et 14 octobre 2008, n° 07-40523.

II. L'influence d'un impératif de mobilité en droit interne

308. - Le droit français est soumis au droit de l'Union Européenne. Mais cette soumission n'est pas seulement juridique, elle est avant tout économique. Les entreprises françaises qui se doivent de respecter le droit du travail font le constat d'une concurrence généralisée (A), constat qui se révèle amer pour les acteurs économiques qui plaident pour une économie plus régulée (B).

A. Le constat de l'influence du principe de mobilité en droit interne

309. - Évolution de l'utilisation de la mobilité. La liberté de circulation a été instituée comme une faculté pour les nationaux de l'Union Européenne depuis le traité de Rome en 1957. Un autre type de mobilité, celle des marchandises, était également voulue comme facteur important de développement économique grâce à la libre circulation des marchandises. Par la suite, cette mobilité encouragée a été instrumentalisée dans un but de réduction des coûts de main-d'œuvre. La mobilité est donc devenue un enjeu économique. D'une part, la mobilité est devenue outil d'optimisation des dépenses, d'autre part, outil de gestion des ressources humaines.

La mobilité est aussi devenue – logiquement - préférable au chômage, comme le révèle l'obligation de reclassement « *urbi et orbi* »[445] qui oblige les entreprises à proposer des emplois hors des frontières nationales et, parfois, hors du continent. Cela est également révélé par la proposition de modification du contrat de travail pour motif économique. L'obligation de reclassement et la gestion des effectifs par la mobilité ont ainsi bénéficié du principe de libre circulation pour se développer.

[445] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, 23° édition, 2014, p. 323.

Le glissement s'est poursuivi par une utilisation de la mobilité hors du cadre de la relation salariée, vers les demandeurs d'emploi, même si cette mobilité est encore très restreinte. Le développement de la mobilité dans la gestion du chômage n'est pas anodin ; elle est postérieure à la mobilité traditionnelle, et illustre justement le glissement qu'il y a eu.

310. - Vers une mobilité de principe. De l'utilisation de la mobilité comme outil de gestion des demandeurs d'emploi, l'on peut s'interroger sur la construction d'un principe de mobilité. La mobilité ne peut, évidemment, être absolue, et elle existe dans l'Union Européenne que comme une faculté, et non comme une obligation de mobilité. Cela ne suffit pour autant pas à supprimer l'idée d'une « quasi obligation » de mobilité. Celle-ci s'est développée petit à petit dès l'instauration d'un marché unique en Europe. L'ouverture des frontières a libéralisé les échanges de marchandises mais également des personnes. Indirectement, les métiers par nature mobiles le sont devenus encore plus, le passage des frontières n'étant plus une contrainte. De la même manière, les travailleurs étrangers ont également pu venir travailler en France.

B. La critique de l'influence du principe de mobilité en droit interne

311. - Mobilité et *law shopping*. La mobilité n'a pas été édictée en devoir, mais le droit à la mobilité et ses conséquences se sont étendues progressivement, jusqu'à devenir un impératif. Le phénomène de « *law shopping* » que dénoncent un certain nombre de juristes est une conséquence de cette mobilité[446]. L'absence de véritable harmonisation des normes sociales encourage un détournement de la mobilité à des fins économiques. L'Union Européenne a cependant été voulue comme facteur d'unité, les moyens ayant cependant été détournés de leur fin.

En effet, la mobilité des entreprises est recherchée non pas pour simplement prospecter de nouveaux clients hors des frontières nationales, mais dans le but de contourner les législations jugées trop protectrices. C'est le cas lorsque des entreprises ont recours à des salariés de filiales

[446] A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie - la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 122.

installées en Europe de l'Est, dont la législation du travail est bien moins protectrice. Ce type de pratique amène des entreprises, qui, *ab initio*, essayaient de conserver certaines bonnes pratiques - mais qui, face à la concurrence d'entreprises moins scrupuleuses, sont, à leur tour, obligées d'user de la mobilité comme outil économique – à revoir leur politique de ressources humaines afin de diminuer le coût de la main-d'œuvre. La mobilité n'est alors plus facteur de « justice sociale »[447] et de paix, mais facteur de concurrence législative. De fait, si la mobilité accroit les inégalités, l'Union Européenne accroit les risques d'insécurité.

Pour que les entreprises ne périclitent pas - et tant que les législations sociales ne seront pas harmonisées -, l'utilisation de la mobilité est un impératif. Et si la mobilité n'est sans doute pas une véritable obligation, toujours est-il qu'elle semble être devenue une nécessité. C'est uniquement quand une véritable harmonisation des normes sociales aura été effectuée que la mobilité (re)trouvera son but original, celui d'instaurer une paix durable. Pour l'instant, la mobilité n'est qu'un outil dans une sorte de « guerre économique ».

Ce n'est donc pas une obligation de mobilité qui a été créée, mais la dérégulation des échanges a amené un impératif de mobilité, facteur de compétitivité. Contrairement à ce que pensait l'économiste Ricardo à travers la théorie des avantages comparatifs[448], le libre-échange – ici, de l'Union Européenne - n'a pas amené les pays à se spécialiser dans ce qu'ils font de mieux mais à chercher la législation la moins contraignante et donc la moins protectrice du travailleur, à moins de considérer que les salariés issus des pays d'Europe de l'Est sont les meilleurs manutentionnaires. Le recours aux travailleurs des pays entrants dans l'Union Européenne ne se justifie que par le coût de la main-d'œuvre, et non par la qualité - si bonne soit-elle - du travail fourni.

312. - Conclusion du chapitre. L'exemple de la mobilité des demandeurs d'emploi n'est qu'un aspect de la problématique de la mobilité. Les personnes sans emploi sont, certes, par définition, hors du cadre salarié, mais leur situation est représentative d'une évolution. Cette

[447] Déclaration de Philadelphie, art. 2, 10 mai 1944 : « *Une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale* », Déclaration de Philadelphie, 10 mai 1944, art. 2.

[448] D. RICARDO, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817.

évolution est celle du droit du travail français, qui voit le spectre de la « flexicurité » envahir sa sphère, normalement très protectrice. L'exemple de la mobilité des demandeurs d'emploi est représentatif du changement de paradigme ; la gestion des salariés s'est vue transposée à la gestion des demandeurs d'emploi. Pôle-emploi s'est approprié le modèle du secteur privé, y voyant un gage d'efficacité. Ne pouvant refuser indéfiniment une offre, sous peine de perdre son allocation chômage, un demandeur d'emploi sera donc limité dans sa liberté de choisir son futur travail. En contrepartie, la mobilité des demandeurs d'emploi peut être aidée. Ce raisonnement conduit toutefois à la même idée que la mobilité obéit désormais à un besoin d'efficacité. Cette recherche d'efficacité participe à l'émergence de ce que nous appelons un impératif d'efficacité, qui se positionne comme une suite logique au développement voulu par l'Union européenne.

CONCLUSION DU TITRE II

313. - La mobilité connait des développements différents, corrompus par rapport à l'acception classique de la mobilité. Le statut du salarié est instrumentalisé afin de rendre ce dernier mobile « naturellement » ; c'est pour cette raison que nous pouvons dire que la mobilité est posée en condition de formation de certains contrats de travail, tels le contrat de travail temporaire et le contrat conclu avec groupement d'employeurs. Mais ces formes atypiques d'emploi facilitent, certes, la mobilité du salarié, elles présentent, en outre, le risque d'instrumentalisation de celui-ci. En quelque sorte objet d'un contrat de mise à disposition, le salarié est soumis à un impératif de mobilité qu'il ne maitrise en rien. La gestion des demandeurs d'emploi, dont l'exigence de mobilité est croissante, participe également à la mise en exergue d'un impératif de mobilité. Ce qui est demandé à des personnes sans emploi, il le sera demandé à ce qui risque de se retrouver sans emploi.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

314. - La mobilité se développe assurément. Son acception géographique ne fait guère de doute. Les conséquences du droit de l'Union européenne sont connues en la matière ; elles ont créé un espace global de mobilité, permettant de développer les échanges économiques, mais la contrepartie est l'accroissement de la concurrence économique. Aussi, les entreprises se sont emparées de la mobilité afin de rendre plus flexible la relation de travail, permettant une meilleure gestion de l'entreprise. Mais la simple mobilité géographique ne suffisant pas à l'exigence de flexibilité souhaitée par l'employeur, ce dernier s'est tournée vers une mobilité plus « efficace », mais marquant néanmoins plus fortement un glissement vers une mobilité impérative, faisant partie intégrante de la relation de travail. Au-delà de l'emploi, les chômeurs se voient également appliquer cette mobilité appliquée généralement aux salarié, confirmant la naissance d'un impératif de mobilité.

Le glissement est opéré ; dans cette première partie la mobilité restée globalement fondée sur un contrat de travail, stable la plupart du temps, laissant à l'obligation de stabilité, démontrée par un auteur, toute sa place. Il semble, néanmoins, que cette obligation soit battue en brèche par une évolution du droit du travail, privilégiant une stabilité du marché de l'emploi, à celle du contrat. Le salarié n'est alors plus seulement mobile dans l'entreprise, mais également au-delà, sur un marché ; sa carrière s'inscrit désormais dans un *parcours professionnel*, que l'on veut croire bien balisé.

Partie II

LA RECONNAISSANCE D'UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ

315. - L'impératif de mobilité est de plus en plus visible. Dans l'entreprise, la mobilité est normale, généralement acceptée. Les contentieux arrivant devant la Chambre sociale de la Cour de cassation montrent des situations extrêmes, où l'employeur manque à la bonne foi la plus élémentaire. La loi accepte également des mobilités plus atypiques dans des relations tripartites. Mais l'employeur est, dans ces situations, relativement protégé par son contrat de travail. Plus grave est l'atteinte à la stabilité de ce contrat, ouvrant la voie à une mobilité peu maitrisée, facilitée, impérative ; non plus seulement dans l'entreprise, mais aussi en dehors.

C'est à un jeu d'équilibriste, auquel joue le législateur. Ce dernier confère au salarié certains droits, censés assurés au salarié une certaine protection. La contrepartie est la flexibilisation de la relation de travail, facilitant la mise en œuvre de l'impératif de mobilité.

Le contrat de travail étant stable, un chemin doit être trouvé pour passer outre et imposer la mobilité. Le chemin choisi par le législateur est celui de la négociation collective (Titre I). Cette mobilité s'inscrit, alors, dans un parcours professionnel, censé structurer la vie professionnelle du salarié et sécuriser sa situation (Titre II).

Titre I

UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ ORGANISÉ COLLECTIVEMENT

317. - Si le droit des relations collectives n'est pas récent, l'évolution de ce droit a autorisé des accords collectifs plus offensifs. Quand pendant près d'un siècle, le droit des relations collectives se nourrissait principalement d'avantages acquis, la négociation collective n'est désormais plus seulement un instrument au bénéfice de tous, mais simplement un instrument au bénéfice du plus grand nombre[449]… possible (Chapitre 1). Sur ce point, le professeur Gaudu voyait dans la régulation collective une possible refondation du droit du travail[450] ; il n'est, cependant, pas certain qu'il imaginait cette forme de refondation.

Les salariés mis, ou qui se sont mis, au ban de la communauté de travail, sont alors appelés à une mobilité externe, c'est-à-dire à être mobiles hors de l'entreprise. Se pose alors la question du rôle du droit du travail, protecteur du salarié ou alors de l'*emploi*, notion instrumentalisée (Chapitre 2).

[449] J-Y. FROUIN, *Droit du travail, droit du contrat et droit de l'emploi*, Sem. Soc. Lamy (Suppl.), 10 octobre 2011, n° 1508, p. 192.

[450] F. GAUDU, *Libéralisation des marchés et droit du travail*, Dr. soc., 2006, p. 505.

Chapitre 1

L'utilisation du collectif, moyen de négocier la mobilité

319. - Le droit du travail est confronté depuis un certain nombre d'années à un mouvement de procéduralisation de la matière, tout du moins à un débat portant sur la nécessité de ramener à la négociation collective certains domaines. Celui de la mobilité n'échappe pas à ce paradigme, déjà annoncé il y a vingt ans par le professeur Gérard Lyon-Caen[451], en témoigne la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi, qui a renouvelé les accords collectifs portant sur la mobilité des salariés.

Mais ce mouvement favorable à la négociation collective ne doit pas conduire au désengagement de l'État incarné par le Parlement. Un équilibre est à trouver, qu'exprime parfaitement le professeur F. Géa lorsqu'il dit que « *l'on peut être convaincu de la nécessité de favoriser l'essor d'une démocratie dialogique, sachant ouvrir des espaces de discussions en marge du travail parlementaire et en tirer profit pour la fabrique de la loi, et considérer que, néanmoins, l'État ne saurait, au nom d'une croyance (y compris dans le dialogue social), abandonner purement et simplement sa compétence, et aspirer, de la sorte, à transférer sa*

[451] G. LYON-CAEN, *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. soc., décembre 1985, p. 807.

responsabilité sur d'autres acteurs - sauf à accepter cette sorte de « désespoir concernant l'État *» dont parlait Pierre Bourdieu* »[452].

Les auteurs en faveur d'une négociation accentuée en droit du travail ne sont pas dépourvus d'arguments, souvent teintés d'efficacité économique[453]. Il convient de s'interroger sur l'intérêt de recourir à la négociation collective, concernant la mobilité (section 1), avant d'appréhender la diversité des négociations (section 2).

Section 1. L'INTÉRÊT DE LA NÉGOCIATION

320. - L'histoire du droit du travail français s'est principalement construite autour de la relation contractuelle de travail, en parallèle d'une négociation collective en constant développement. Le thème de la mobilité n'échappe pas à cette problématique ; il convient néanmoins de s'attarder sur cette évolution, qui voit la négociation collective supplanter la norme étatique. Seront vues successivement les niveaux de la négociation (§ 1) et les raisons qui l'accompagnent (§ 2).

§ 1. Le niveau adéquat de négociation

321. - Organiser la mobilité dans la branche. Vouloir prévoir de manière générale une clause particulière semble en tout point risqué ; la Chambre sociale de la Cour de cassation l'a confirmé dans un arrêt du 24 janvier 2008. En l'espèce, la convention collective nationale SYNTEC prévoyait une « clause de mobilité » stipulant que « *toute modification du lieu de*

[452] F. GÉA, *La problématique Viveo : au législateur de reprendre la main*, RDT, 2012, p. 608.

[453] J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail*, Dr. soc., 2013, p. 17.

travail comprenant un changement de résidence fixe, qui n'est pas accepté par le salarié, est considéré, à défaut de solution de compromis, comme un licenciement et réglé comme tel ». Si la clause parait évidemment imprécise puisqu'elle ne délimite en aucun cas le périmètre géographique, la Chambre sociale termine son attendu de principe en énonçant que la clause « *ne saurait constituer une clause de mobilité licite directement applicable au salarié en l'absence de clause contractuelle de mobilité* »[454]. La chambre sociale renvoie donc au contrat de travail pour la délimitation de la clause. Faut-il pour autant nécessairement une clause de mobilité dans le contrat de travail pour donner effet à la « clause générale de mobilité » contenue dans une convention collective ? Cela reviendrait à donner à cet arrêt une portée peut-être plus importante, que ce qu'a voulu la Cour de cassation. D'un point de vue strictement formel, la Chambre sociale s'attache donc à la précision de la clause, à sa délimitation, et donc plus au contenu qu'au contenant. Si une clause prévue dans un accord collectif, quel que soit son niveau, est suffisamment précise, elle devrait être validée par la Chambre sociale de la Cour de cassation[455].

322. - Déploiement de la négociation d'entreprise. Encore plus que la négociation de branche, la négociation au sein même des entreprises est le niveau de négociation le plus adéquat pour établir un droit adapté aux salariés. La raison est que les réalités sont différentes d'une entreprise à une autre, et il est donc beaucoup plus facile d'obtenir des effets directs à la négociation quand ce sont les acteurs locaux eux-mêmes qui ont négocié. Par rapport à cela, la loi du 4 mai 2004 avait donné pouvoir égal aux branches et aux entreprises[456], ce qui montre bien la volonté du législateur de donner plus de poids à un pouvoir décentralisé.

Il apparaît depuis un certain nombre d'années un développement de la négociation au niveau local. Les raisons sont multiples, mais l'augmentation du taux de chômage d'une part, l'inflation législative d'autre part, sont des raisons qui peuvent être avancées pour expliquer l'évolution actuelle du droit du travail. L'inflation législative trouve sa cause dans une volonté de trouver des solutions au problème récurrent du chômage, ce qui a amené les pouvoirs publics

[454] Cass. soc., 24 janvier 2008, n° 06-45088.

[455] A. MARTINON, *Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence*, JCP S, 2014, 1107.

[456] Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

à chercher, et éventuellement à trouver, des solutions. La fonction politique du droit prend ici toute sa place. La principale solution trouvée est de faire passer l'établissement de la norme sociale du niveau national au niveau local ; c'est d'abord passer de la loi à l'ANI, puis de l'ANI au niveau inférieur. Petit à petit, l'élaboration du droit s'est donc décentralisée comme le disent certains auteurs, d'autres parlant quant à eux de déréglementation[457] ou encore de procéduralisation[458]. Dans tous les cas, d'un droit étatique, le droit du travail navigue vers un droit contractuel.

Cette nouvelle donne est représentative de l'idéologie actuelle, qui exige plus de souplesse. Plus de mobilité. La loi n'est plus imposée, elle est négociée. Le fait que la négociation soit inscrite dans la loi - par le truchement de l'article L.1 du Code du travail - ne fait que cacher l'évolution du droit du travail, et la volonté de certains d'inscrire cela dans la Constitution ne fait que confirmer la donne.

323. - Articulation accord collectif/contrat de travail. Cette évolution importante du droit du travail se heurte à certaines barrières. Des auteurs le soulignent, les pouvoirs publics veulent donner plus de force à la négociation collective, quel que soit le niveau, mais cette volonté est contraire à la logique du droit du travail français, fidèle à l'article 1134 du Code civil ; le contrat individuel de travail reste, pour l'heure, une sorte de norme suprême inviolable. La relation de travail, en France, se fonde sur le contrat de travail et le lien de subordination qu'il instaure.

En raison de l'importance donnée au contrat de travail, il devient difficile de le *forcer*, et il est donc difficile de donner pleine force à la négociation collective[459]. C'est uniquement lorsqu'un contrat est conclu postérieurement à la convention collective que celui-ci va s'y soumettre.

324. - Négociation dérogatoire. C'est la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social qui a introduit, en droit français, les

[457] M. MORAND, *Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ?*, RDT, 2007, p. 144.

[458] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, ESSAIS - DÉBATS, 2ème éd., 1994, p. XXIV.

[459] Cass. soc., 25 février 2003, *Bull. civ.* V, n° 64.

accords dérogatoires. Cela a permis à des accords d'entreprises de déroger à la loi ou au règlement dans un sens moins favorable aux salariés. Dans le paysage de la négociation collective, ce type d'accords occupe une place qui pourrait encore grandir au vu de l'évolution du droit du travail. D'une part la volonté de souplesse des représentants patronaux, d'autre part l'augmentation du rôle de la négociation, tend à favoriser une indépendance des législations entre les différentes entreprises.

Il est pour le moins original de remarquer, qu'à l'heure où le droit européen tente peu ou prou d'uniformiser les législations nationales, l'on assiste là à une différenciation des régimes au sein d'un même pays, entre les différentes entités économiques.

§ 2. L'intérêt croissant de la négociation

325. - La négociation est régulièrement mise en avant pour ses qualités avérées ou supposées. Elle permettrait une plus grande efficacité (I) et une sécurisation des situations (II).

I. La négociation, source d'efficacité

326. - Deux intérêts se dégagent au sujet du renvoi de l'élaboration du droit à la négociation collective. Un premier souci de légitimité ; un second d'efficacité.

327. - Légitimité du droit négocié. La partie de la doctrine favorable à une augmentation du droit négocié avance un premier argument en faveur de la légitimité ; ce qui est négocié est plus juste que ce qui est imposé. Cela rejoint ce qui est défendu par J. Habermas au sujet de ce qui est discuté et, de fait, plus juste. Cela est conforté par la loi *Larcher* du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social. En instaurant au bénéfice des syndicats une fonction de

« prélégislateur »[460], la loi, qui a été préalablement *négociée*, reflète mieux les intérêts des salariés ; elle est donc, de fait, plus légitime[461].

Le travail de légitimation du droit négocié s'est poursuivi par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. La modification des critères de représentativité des syndicats - en y ajoutant celui de l'audience électorale - a normalement dû augmenter par là même, leur légitimité. C'était tout du moins un objectif de la loi, au vu du rapport de la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale, qui présentait la loi du 20 aout 2008 ainsi : « *Le projet de loi fera date dans l'histoire des relations sociales de notre pays comme celui qui, le premier, aura fait évoluer les règles de la représentativité syndicale, figées depuis 1950, ainsi que les conditions de validité des accords et aura permis de développer la négociation collective dans les entreprises. Il contribue en effet à approfondir la réforme du dialogue social, à l'œuvre depuis 2002, en redonnant une nouvelle légitimé aux acteurs sociaux, légitimité fondée démocratiquement car reposant avant tout sur l'expression des salariés. C'est d'ailleurs du lieu même de l'expression des salariés, leur entreprise, que procédera désormais cette nouvelle légitimité, car c'est bien dans l'entreprise qu'elle aura en premier lieu vocation à s'appliquer* »[462]. Il en ressort d'une part que les syndicats doivent, du fait de la loi, gagner en légitimité, et d'autre part que cette légitimité a pour terrain privilégié l'entreprise. La loi du 14 juin 2013 est dans la droite ligne de ce qui avait été annoncé en 2008, avec un regain d'impérativité de l'accord d'entreprise. Mais la question de la légitimité de ces accords n'est pas encore certaine.

Le second argument est que ce qui est négocié est mieux accepté que ce qui est imposé. Là encore, il convient de rester nuancé. En effet, l'orientation prise par le droit du travail de faire primer l'accord collectif sur le contrat de travail n'est pas forcément bien acceptée par les salariés pris individuellement.

---

[460] J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail*, Dr. soc., 2013, p. 17.

[461] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Éditions Liaisons, 2013/2014, 22° éd., p. 624.

[462] Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, mercredi 25 juin 2008, séance de 10 heures 30, compte rendu n° 61.

328. - Efficacité du droit négocié. Le second aspect qui doit permettre l'essor du droit négocié est son efficacité. Mieux, son efficacité doit finalement le rendre légitime. Mais la question de l'efficacité du droit négocié ne peut se poser sans l'interrogation connexe de savoir quelle efficacité l'on vise. Efficacité économique pour certains, efficacité de la protection du salarié pour d'autres. Efficacité, encore, d'un compromis entre les deux options, même si cette voie est souvent plus proche de l'efficacité économique que de la protection des salariés ; les compromis étant en général à faire du côté salarié. Certains auteurs proposent ainsi de cloisonner la négociation par les droits fondamentaux des salariés et libertés individuelles et collectives[463] ; si ces droits sont très protecteurs, ceux-ci laissent toutefois un très large champ de compromis possible au détriment des seuls salariés. Car un des postulats des penseurs de la procéduralisation du droit du travail propose également l'abandon du principe de faveur[464] ; une autre partie de la doctrine, le professeur Gaudu notamment, s'inquiète d'un hypothétique principe de défaveur[465]. Pour l'instant, il reste encore des domaines réservés où la négociation collective dérogatoire n'est pas (encore admise) ; c'est le cas notamment des *minima* salariaux. Ce dernier domaine est fondamental, dans la mesure où il est le socle du rôle régulateur du droit du travail au sein de chaque branche, en évitant une concurrence par les salaires entre entreprises.

Le droit négocié est ainsi supposé plus efficace que la loi parce qu'il est édicté par un corps intermédiaire plus proche de la réalité que peuvent l'être les députés et sénateurs, selon un principe de subsidiarité souvent avancé[466], ou principe de « *décentralisation des sources et de rejets des normes imposées* »[467]. De fait, depuis 2007, les projets de loi intéressant le droit du travail sont renvoyés à la négociation collective en vertu de l'article L. 1 du Code du travail.

Ce renvoi à la négociation collective présente l'avantage que le droit ainsi élaboré répond aux problématiques de chaque branche, voire de chaque entreprise. Mais les conséquences ne sont pas les mêmes, qu'il s'agisse d'accord de branche, ou d'entreprise. Si la prévalence de

[463] J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *op. cit.*

[464] *Ibid*.

[465] F. GAUDU, *L'avenir du droit du travail*, Sem. Soc. Lamy (Suppl.), 10 octobre 2011, n° 1508, p. 275.

[466] G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 28° éd. 2014, p. 1329-1330.

[467] G. AUZERO et E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 55.

l'accord de branche sur la loi maintient la *règle de la profession*, l'accord d'entreprise crée le risque d'une dérèglementation de cette même profession. Si cela répond à une demande patronale et à une partie de la doctrine, afin de mieux lutter contre la concurrence étrangère, créée par l'ouverture des frontières au sein de l'Union Européenne, il n'en reste pas moins que le risque est grand de très rapidement basculer vers un statut du salarié très en deçà de ce qu'il est actuellement.

L'efficacité du droit négocié se vérifierait également à l'aune de la sauvegarde de l'emploi. Si ce n'est pas nécessairement prouvé, les réformes successives récentes suivent cette direction, en exposant tel un ostensoir la notion *d'emploi*, dépassant la stricte relation individuelle de travail. Ainsi, le ministre « de gauche » J. Auroux avançait déjà que « *la solidarité, c'est aussi accepter de remettre en cause les avantages acquis* »[468] ; un retour du collectif semble ainsi prévaloir.

329. - Intérêt de négocier la procédure. Souvent critiqué pour sa grande complexité, le droit du travail permet de négocier pour partie le fond du droit, mais aussi la forme. Il en est ainsi notamment des accords de méthode. Cette négociation permet d'adapter les procédures à l'environnement de l'entreprise ; en tout cas à clarifier le droit applicable quand des doutes subsistent sur le contenu de la norme. De la même manière, le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit la procédure de suivi du plan.

330. - Intérêt de négocier sur la mobilité. La négociation induit généralement l'anticipation. On peut reprendre, sur cette idée, les propos de G. Ripert : « *Contracter, c'est prévoir* »[469]. De plus, force est de constater que la mobilité s'inscrit dans le temps, puisque cette notion induit le mouvement, et qu'à moins de se déplacer en un trait de temps, un déplacement s'étale dans la durée. Aussi, il appartient au contrat de travail de définir un lieu pour exécuter la tâche à accomplir dans le cadre de la relation de travail. Hormis les possibilités offertes par la jurisprudence pour modifier ce lieu, l'employeur est ainsi tenu de contractualiser la possibilité de le modifier, par l'insertion d'une clause de mobilité. L'employeur doit donc *prévoir* la

[468] *Le Monde*, 14 janvier 1982, p. 39.

[469] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1948, p. 144.

mobilité, l'anticiper. S'il ne l'a pas fait dès l'embauche, il risque de se voir opposer un refus du salarié, d'où l'intérêt certain de négocier la mobilité.

Par là même, contractualiser permet de préparer la mobilité. Ainsi, elle sera mieux acceptée par le salarié qui y est soumis[470]. Monsieur J.-Y. Hocquet appelait déjà, en 1989, à la responsabilité des partenaires sociaux en matière de mobilité du salarié[471].

331. - Négocier collectivement. Le fantasme de la négociation collective régulatrice est grand. Plus juste, plus efficace, plus légitime, … Mais pendant longtemps, la négociation collective s'est heurtée au contrat de travail, considéré comme le dernier rempart contre le pouvoir patronal. Cela rejoint l'idée *révolutionnaire* que la liberté individuelle protège le salarié, et c'est ce qui a engendré l'interdiction des corporations[472]. Mais les rapports collectifs de travail ont été largement réhabilités, et ont prouvé leur efficacité dans la conquête des droits sociaux entre le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècle.

Dorénavant, l'intérêt porté à la négociation collective est tel, que le contrat individuel de travail est supplanté. L'avantage de la négociation collective est l'élaboration d'un véritable statut collectif, qui va à l'encontre de l'individualisation de la relation de travail. Tous les salariés sont soumis à la même norme supérieure, qui peut-être soit l'accord de branche - ce qui est en partie le cas -, soit à un accord d'entreprise. La loi du 14 juin 2013 a définitivement permis à l'accord d'entreprise de contredire le contrat individuel de travail, avec pour le salarié récalcitrant, le risque de perdre son emploi.

332. - Intérêt psychologique. L'intérêt n'est pas seulement fonctionnel mais également psychologique. La loi *Sapin*[473], mais avant elle, les lois *Aubry*[474] et *Warsmann*[475], ont en commun d'autoriser la mise à l'écart du salarié refusant l'application d'un accord collectif. La

[470] J-Y. HOCQUET, *Mutations technologiques et mobilité*, Dr. soc., juin 1989, p. 474.

[471] *Ibid*.

[472] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, ESSAIS - DÉBATS, 2ème éd., 1994, p. 14.

[473] Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

[474] Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

[475] Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives. V. notamment P.-H. ANTONMATTEI, *Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère !*, Dr. soc., 2012, p. 672.

loi considère que le salarié se met de lui-même à l'écart de la collectivité, représentée par un statut unique prenant l'apparence de l'accord signé par les syndicats. De fait, le salarié se doit de bien réfléchir à son éventuel refus de se soumettre à l'accord collectif. S'il maintient son refus, le licenciement lui est finalement imputable. Vu la sévérité de la sanction, celle-ci a un caractère dissuasif, sauf pour les salariés volontaires à une mobilité externe, s'ils se savent facilement employables hors de l'entreprise.

Mais il n'est pas certain que ce soit la crainte d'une mise au ban de la communauté des salariés, plutôt que le possible licenciement ultérieur, qui soit le véritable facteur d'acceptation du salarié de se soumettre au statut collectif. Si l'effet est le même, aucun changement de mentalité ne s'opère, et le salarié n'accepte que pour sauver son contrat de travail, et non sauvegarder l'entreprise.

333. - Consultation du CHSCT. Au-delà de la négociation, le CHSCT doit être consulté lorsque l'employeur envisage de modifier les conditions de travail des salariés[476]. Nul doute que c'est le cas lorsqu'est envisagé une mobilité collective des salariés, notamment dans le cadre d'une restructuration[477]. La formation de l'article laisse penser que sont concernées les modifications concernant la collectivité de travail, et non une mesure individuelle. Une consultation est donc à prévoir en cas de négociation sur la mobilité interne à l'entreprise. Mais qu'en est-il au moment de la mise en œuvre d'une mesure individuelle de mobilité ? Pour l'heure, rien n'est exigé ; mais l'on peut s'interroger sur la pertinence qu'il y aurait à consulter l'instance en charge des conditions de travail. *Preuve* d'une décision légitime pour certains accords, pareille gageure pourrait-elle être accordée à l'avis du CHSCT en cas de mesure individuelle de mobilité ? La réponse est négative. En effet, le contrôle du contenu d'un accord collectif, s'il pourrait se limiter sous peu à un contrôle vis-à-vis des droits fondamentaux[478], resterait soumis à ce contrôle très strict. En matière de mobilité, le contrôle portera nécessairement sur la violation de ces droits, en témoigne la foisonnante jurisprudence relative

[476] C. trav., art. L. 4612-8 : « *Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail* ».

[477] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Ed. Liaisons, 2013/2014, 22° éd., p. 528.

[478] J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *op. cit.*

aux clauses de mobilité ; un contrôle judiciaire sera forcément possible, et la négociation collective ne peut venir le remplacer.

334. - Changement de paradigme. Loin d'être son rôle originaire, la négociation collective telle que conçue par la loi du 14 juin 2013 opère donc un changement de paradigme, de l'individuel vers le collectif, de la sauvegarde d'un emploi à la sauvegarde de l'emploi. C'est en substance une proposition de Monsieur J. Barthélémy, qui voit là un facteur tendant à favoriser l'emploi[479], même si aucune étude empirique ne le démontre à notre connaissance.

II. La négociation, source de sécurité

335. - Décontractualisation et procéduralisation[480]. Présagée avant le vote de la loi de sécurisation de l'emploi par le professeur F. Géa, la question d'une évolution importante du droit du travail se pose.

Longtemps débattu, le support de la relation de travail a finalement penché en faveur du lien contractuel[481], par opposition au lien institutionnel soutenu par le professeur Durand. Cela s'est confirmé par la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui a renfoncé progressivement la force du contrat de travail, et l'a imposé comme bastion face aux accords collectifs.

Puis un processus de décontractualisation du droit du travail s'est imposé progressivement, notamment dû à l'interprétation du contrat de travail par la Chambre sociale. En effet, les magistrats ont isolé les éléments purement contractuels du contrat de travail, ne pouvant être modifiés sans l'accord du salarié, des éléments informationnels, pouvant se passer d'un tel

[479] « *Mieux, la conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur par un droit privilégiant le conventionnel sur le légal contribue à mieux assurer la fonction protectrice de ce droit et peut avoir des effets positifs sur l'emploi* », *Ibid*.

[480] F. GÉA, *Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'Ani du 11 janvier 2013*, Sem. soc. Lamy, 2013, n° 1569.

[481] G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail*, Archives de philosophie du droit, tome XIII (« *Sur les notions du contrat* »), Sirey, 1968, pp. 59 et s.

accord[482]. Avec un peu de recul, cela marquait le début d'un changement de paradigme, que la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi n'a fait que confirmer.

L'ANI du 11 janvier 2013, et la loi qui en a donc découlé, a ainsi introduit des mécanismes de forçage du contrat individuel de travail. Sans empiéter sur les développements ultérieurs, le droit du travail a pris la voie d'un déclin du contractualisme au sens individuel, pour laisser plus de place au contractualisme collectif (procéduralisation). La conséquence de cette évolution des sources du droit du travail est un affaiblissement - une précarisation, diront certains - de la relation de travail salariée.

Mais il est nécessaire de remettre cette affirmation dans le contexte plus large de l'évolution du travail et du droit du travail. Les développements des professeurs Hauriou[483] et Ripert[484] avaient mis en avant une forme de propriété de l'emploi au profit des salariés[485] - ce qui s'est confirmé par l'émergence notamment du droit du licenciement et de celui de la modification du contrat de travail -, mais la logique actuelle est à l'infirmation de cette thèse, au profit d'une autre, celle de la propriété de l'employabilité par le salarié, et donc seulement locataire de son emploi[486]. De fait, la relation de travail s'assouplit, pas encore de manière extrême, car la location suppose un terme certain pour le bail, or le contrat de droit commun reste le contrat de travail à durée indéterminée.

Les mécanismes de rupture du contrat de travail évoluent, ce qui contribue à concevoir l'emploi (individuel) comme une étape de la carrière du salarié.

336. - Nécessaire habilitation. Malgré tout, le droit du travail reste encore en grande partie d'origine étatique. Les accords de mobilité interne et de maintien de l'emploi ont pour origine une loi, qui « habilite » les partenaires sociaux à assouplir la relation de travail. Et même si la loi a pour inspiration l'ANI négociée, le Parlement reste/doit rester maitre dans l'édiction du

[482] V. notamment J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *op cit.*

[483] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2ème éd., Sirey, 1916, p. 413.

[484] G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1ère éd., 1946, LGDJ, p. 296.

[485] B. SILHOL, *La propriété de l'emploi : genèse d'une notion doctrinale*, RDT, 2012, p. 24.

[486] Selon la formule du professeur J.-E. Ray.

droit du travail, et doit conserver toute sa force d'appréciation des ANI[487]. Cela étant, encore faut-il une volonté du législateur de ne pas suivre la volonté des partenaires sociaux, alors que tout est mis en œuvre pour accroitre leur légitimité.

337. - Déjudiciarisation. Derrière la volonté de confier à la négociation collective l'élaboration de règles sociales, apparait une seconde volonté, d'emporter validation des décisions prises, selon le phénomène de déjudiciarisation du droit du travail. L'espoir - l'enjeu - est grand, pour l'employeur, d'ôter les affaires de l'entreprise au regard du juge. L'objectif est de sécuriser les mécanismes, et éviter des annulations de procédures plusieurs mois ou années après leur mise en œuvre. La réforme issue de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 est dans cette optique de sécurisation.

Dans le cas des plans de sauvegarde de l'emploi, la procédure soumise à l'autorité administrative ne fait qu'un pas dans la voie de la soustraction, au juge, des décisions internes à l'entreprise. Mais le pas est beaucoup plus allongé, concernant les accords de maintien de l'emploi ou de mobilité interne, qui inscrivent, dans le marbre de la négociation, la justification irréfragable des licenciements survenus en cas de refus d'un ou plusieurs salariés de se soumettre à l'accord collectif.

Cette négociation/consécration du motif économique dans le cas des accords précités - et dans une moindre mesure, dans les accords visés par les lois *Aubry* et *Warsmann* - constitue selon certain une ébauche de cogestion de l'entreprise[488], qui pourrait très bien annoncer un nouveau modèle de relation sociale.

Section 2. LA DIVERSITÉ DE LA NÉGOCIATION

338. - Au sujet de la mobilité de gestion, il est traditionnellement fait état de deux types de mobilité diamétralement opposés ; mobilité interne et mobilité externe. Très souvent, la

[487] M. GRÉVY, *Le juge, ce gêneur…*, RDT, 2013, p. 173.

[488] F. GÉA, *op. cit.*

mobilité externe est une mobilité qualifiée de « à chaud » (§ 3), car se réalise souvent en période de nécessaire restructuration, quand il existe une mobilité « à froid », qui s'inscrit dans la gestion courante de l'entreprise, et hors tout projet de licenciement (§ 1). Au côté de ces deux mobilités, certains auteurs désignent une mobilité « à tiède » ; pas vraiment réalisée en période de crise, et pas non plus préventive, elle mène de fait à une mobilité externe du salarié (§ 2).

§ 1. La négociation « à froid » de la mobilité externe

339. - Les dispositions du Code du travail, relatives à la négociation en entreprise, sont multiples. Notamment celles concernant la formation des salariés, qui est le vecteur de la sauvegarde de l'emploi ; les redondances sont telles, qu'elles donnent l'impression de redire la même chose, dite de manière légèrement différente. L'image est celle du législateur combattant le chômage[489].

La bataille pour l'emploi se prépare dans les entreprises par différents types de négociation, notamment la négociation sur la GPEC (I), mais un certain nombre d'interrogations perdure (II).

I. Présentation de la négociation « à froid »

340. - Pluralité des négociations. Les termes varient pour désigner le moment de la négociation sur l'emploi. On parle d'anticipation, de négociation « à froid » ou « à chaud », voire « à tiède ». Et les avis sont unanimes pour bien sûr vanter les mérites de l'anticipation ou de la gestion « à froid » de l'emploi. Si la loi de sécurisation de l'emploi a apporté quelques modifications à ce type de négociation, cette dernière est malgré tout très ancienne. La loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 a instauré une obligation de

[489] G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 28° éd. 2014, p. 536.

négociation triennale, portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). Mais comme le soulignent les professeurs G. Auzero et E. Dockès, la gestion préventive de l'emploi n'est pas une nouveauté puisque une obligation, annuelle cette fois, existait déjà depuis une loi du 20 décembre 1993[490]. La GPEC est donc venue épaissir ce que certains désignent comme un millefeuille législatif, à ceci près que la négociation sur la GPEC est instaurée aussi bien au niveau de la branche, que de l'entreprise[491]. Les deux négociations, l'une annuelle et l'autre triennale, portent donc toutes deux sur l'emploi ; et les deux négociations abordent par exemple le recours aux contrats de travail précaires, et aux différents contrats de travail en général.

---

[490] Loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail à l'emploi et à la formation professionnelle ; v. également G. AUZERO et E. DOCKÈS, *op. cit.*

Désormais : C. trav., art. L. 2242-9 : « *La négociation annuelle est l'occasion d'un examen par les parties de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise, et notamment :*

1° Du nombre des contrats de travail à durée déterminée, des missions de travail temporaire, du nombre des journées de travail effectuées par les intéressés ;

2° Des prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi établies dans l'entreprise ».

[491] C. trav., art. art. L. 2242-15 : « *Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 d'au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France, l'employeur engage tous les trois ans, notamment sur le fondement des orientations stratégiques de l'entreprise et de leurs conséquences mentionnées à l'article L. 2323-7-1, une négociation portant sur :*

1° La mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, d'abondement du compte personnel de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés autres que celles prévues dans le cadre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22.

2° Le cas échéant, les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise prévue à l'article L. 2242-21, qui doivent, en cas d'accord, faire l'objet d'un chapitre spécifique ;

3° Les grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan de formation, en particulier les catégories de salariés et d'emplois auxquels ce dernier est consacré en priorité, les compétences et qualifications à acquérir pour les trois années de validité de l'accord ainsi que les critères et modalités d'abondement par l'employeur du compte personnel de formation ;

4° Les perspectives de recours par l'employeur aux différents contrats de travail, au travail à temps partiel et aux stages, ainsi que les moyens mis en œuvre pour diminuer le recours aux emplois précaires dans l'entreprise au profit des contrats à durée indéterminée ;

5° Les conditions dans lesquelles les entreprises sous-traitantes sont informées des orientations stratégiques de l'entreprise ayant un effet sur leurs métiers, l'emploi et les compétences.

Un bilan est réalisé à l'échéance de l'accord.

A l'issue de la négociation prévue au présent article, à défaut d'accord, le comité d'entreprise est consulté sur les matières mentionnées aux 1° à 5° ».

C'est finalement plus sur la gestion des compétences - plutôt que de l'emploi -, que les accords de gestion prévisionnelle vont trouver leur intérêt, comme le souligne une étude réalisée pour les cinq ans de la loi du 18 janvier 2005[492]. La loi du 14 juin 2013 a toutefois apporté un intérêt tout nouveau à la négociation sur la GPEC, avec un mécanisme de mobilité plus offensif.

341. - Aspect professionnel de la négociation sur la GPEC. Conformément à l'article L. 2242-15 du Code du travail, une négociation triennale doit donc être organisée dans les entreprises de plus de trois-cent salariés, ou dans les entreprises ou groupes de dimension communautaire comportant un établissement ou une entreprise employant au moins cent-cinquante salariés en France. La négociation porte, comme son intitulé l'indique, sur l'évolution des emplois et des compétences dans l'entreprise. Les accords de GPEC comportent ainsi deux volets, l'un collectif, l'autre individuel.

Le volet collectif concerne l'ensemble de l'entreprise et pourrait s'apparenter à une mobilité de l'entreprise. Cela vise l'évolution de l'activité de l'entreprise, et donc des emplois qui y sont occupés. Le second volet concerne directement chacun des salariés, et va prévoir les possibilités de mobilité géographique ou de formation professionnelle offertes aux salariés. Cela prend généralement la forme d'entretien individuel pour envisager la suite de la carrière, notamment sous la forme d'une mobilité. Le volet « anticipation » est prépondérant dans les accords de GPEC, puisque là réside le but de ces accords. Il s'agit de préparer les salariés aux changements qui vont affecter son activité, autrement dit, préparer la mobilité des salariés en parallèle de la « mobilité de l'entreprise ». L'enjeu de la négociation sur la GPEC est prépondérant, car se profile potentiellement une mobilité externe expéditive, ayant le visage d'un licenciement individuel pour motif économique ; cela a été rendu possible par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, *via* l'insertion du chapitre sur la mobilité interne.

342. - Aspect professionnel des accords de mobilité interne. Le Code du travail est parfois critiqué pour son « obésité ». Mais ce ne sont certes pas les dispositions concernant la mobilité professionnelle dans les accords de mobilité qui sont responsables de cet embonpoint.

[492] *Le bilan de la GPEC, cinq ans après la loi de cohésion sociale*, Actualité sociale, WK-RH, 13 janvier 2010 (d'après l'étude *Regards croisés RH et partenaires sociaux sur la mise en œuvre de la GPEC*, réalisée par Oasys Consultants).

En effet, si l'accord fait référence à la zone de mobilité géographique, il est juste précisé que l'accord peut porter les conditions de la mobilité professionnelle. Les deux derniers alinéas de l'article L. 2242-21 du Code du travail renvoient toutefois cette mobilité professionnelle à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, que celle-ci s'inscrive dans un accord du même nom, ou qu'elle prenne justement la forme d'un accord de mobilité interne, ceci pour les entreprises de moins de trois-cent salariés. De fait, cela donne l'impression que le but premier des accords de mobilité interne est bien de faciliter la mobilité géographique ; la mobilité professionnelle faisant, elle, déjà l'objet de nombreuses dispositions dans le Code du travail. L'accord peut, par exemple, prévoir les procédures offertes aux salariés qui souhaitent évoluer dans l'emploi au sein de l'entreprise, ou en dehors, notamment par l'actualisation d'une « bourse de l'emploi », ou par la mise en place de passerelles entre les différents métiers de l'entreprise[493].

343. - Organiser la mobilité. Les accords de mobilité interne, issus de loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, ont retenu l'attention de la doctrine - mais pas seulement - de par son originalité. En effet, avant cela, la mobilité géographique était principalement gérée de manière individuelle, sauf le cas où l'employeur faisait une proposition de modification du lieu de travail pour motif économique[494]. Dans ce dernier cas, l'employeur doit faire individuellement la demande à chaque salarié concerné - s'il envisage une mobilité pour plusieurs salariés -, et un plan de sauvegarde de l'emploi doit être prévu si les propositions de modification donnent lieu à plus de dix refus - et donc dix potentiels licenciements.

344. - Organiser collectivement la mobilité géographique. La loi de sécurisation de l'emploi a profondément modifié la pratique de la mobilité, tout du moins en théorie, tant que ce type d'accord de gestion courante ne sera signé de manière tout à fait habituelle, sans arrière-pensée négative de la part des syndicats. Mais encore faut-il que cela arrive. Car le mécanisme est extrêmement puissant vis-à-vis de sa force obligatoire, le salarié ayant peu d'alternatives face à l'application d'un tel accord.

[493] Accord de GPEC Air France, pour le personnel au sol (période 2006-2009).

[494] Combinaison des articles L. 1222-6 et L. 1233-3 du Code du travail.

Pour se faire, l'employeur doit convoquer les syndicats à la négociation conformément à l'article L. 2242-21 du Code du travail. L'accord signé doit délimiter une « zone de mobilité », qui équivaut à la délimitation géographique des classiques clauses de mobilité, que l'on retrouve habituellement dans les contrats individuels de travail. Il est précisé que les clauses du contrat de travail contraires à l'accord de mobilité interne sont suspendues[495].

345. - Étendue géographique de l'accord. Selon nous, pour connaitre l'étendue de la mobilité prévue par l'accord, il convient de regarder les contrats de travail pris de manière indépendante les uns des autres. Il serait trop facile - et à la fois très fatal pour l'accord - de considérer que la zone géographique prévue par l'accord, s'applique à tous les contrats de travail, pris chacun de manière indifférenciée. Une telle méthode viderait de son sens l'accord, qui est signé pour permettre une meilleure gestion de l'entreprise, et non pas pour paralyser une partie de l'activité. Ainsi, il convient de considérer que l'accord doit s'appliquer aux contrats de travail ne contenant pas déjà de clause de mobilité géographique. Pour les autres, l'accord ne peut être contraire au contrat contenant ce type de clause ; il est tout au plus différent, plus restreint ou limité, mais pas contraire.

Une clause véritablement contraire à l'accord, est une clause qui stipulerait que le contrat de travail s'exécute en tel lieu, exclusivement ou non. Cela reprend donc les cas où le lieu de travail avait été contractualisé, ou juste inscrit à titre informatif, au regard de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation [496].

En effet, appliquer l'accord aux ouvriers comme aux cadres - à l'agent d'entretien comme au cadre commercial - serait contraire à l'esprit du texte. Le cadre a généralement une fonction par nature mobile, et l'accord ne saurait limiter sa zone de mobilité, au risque de diminuer l'activité économique de l'entreprise. À l'inverse, l'agent d'entretien ou la personne manutentionnaire n'avait peut-être pas de clause de mobilité dans son contrat, et l'accord trouve donc ici à s'appliquer. Au minimum, l'accord consistera à élargir le secteur géographique prétorien, et au maximum l'accord pourra faire office de véritable clause de mobilité géographique, afin de rendre mobiles les salariés, sur un secteur beaucoup plus étendu. Le

[495] C. trav., art. L. 2242-23.

[496] Cass. soc., 3 juin 2003, n° 01-40.376 et 01-43.573, obs. J. SAVATIER, Dr. soc., 2003, p. 884.

risque peut être élevé pour les salariés, sachant que la Chambre sociale de la Cour de cassation semble être plus souple quant à l'appréciation de la délimitation des clauses de mobilité ; cependant les fonctions des salariés concernés sont généralement prises en compte.

346. - Appréciation de la zone géographique. Se pose logiquement la question de la délimitation raisonnable ou non, de la zone de mobilité géographique par l'accord de mobilité interne. D'une part, se pose la question d'une appréciation unique ou non de la zone géographique, ou cette appréciation doit-elle varier au regard des fonctions exercées par le salarié concerné par la mobilité. D'autre part, la signature de l'accord emporte-t-elle de fait validation de la délimitation de l'accord ?

347. - Appréciation objective de la clause. Normalement une clause de mobilité est insérée dans un contrat individuel de travail. Les accords de mobilité posent donc une problématique nouvelle, même si certaines conventions collectives prévoyaient déjà une certaine mobilité. Dans le cas de l'accord, la même clause définit une zone géographique de mobilité de manière totalement abstraite, sans tenir compte des différentes fonctions exercées au sein de l'entreprise. C'est pour cette raison qu'il convient d'interpréter l'expression « clauses contraires » de manière restrictive, et de n'y voir que les contrats de travail qui n'autorisent aucune mobilité, ou au sein du seul secteur géographique tel que défini par la jurisprudence[497]. Cela permet de ne pas transfigurer l'économie de l'entreprise, qui comportait déjà des salariés mobiles.

Aussi, cela rejoint l'idée que ces accords visent aussi les cas de mobilité collective, en cas de nécessaire changement de site par exemple. Mais n'est-ce pas contraire à la lettre de la loi, qui dispose que l'accord est négocié en l'absence de tout projet de réduction des effectifs ? Non, selon nous, car c'est uniquement la négociation, qui doit se faire « à froid », et non pas la mise en œuvre de l'accord. Les accords de mobilité interne peuvent donc amener à modifier la mobilité de plusieurs, comme d'un seul salarié. Cela étant, même si de multiples propositions

[497] Pour un avis contraire : P. LOKIEC, *La face cachée des accords de mobilité interne*, Sem. soc. Lamy 2013, n° 1587.

de mobilité sont faites aux différents salariés concernés, cela reste des « *mesures individuelles de mobilité* », comme l'énonce l'alinéa 3 de l'article L. 2242-23 du Code du travail[498].

348. - Extension des clauses de mobilité existantes. Peut-être faut-il ajouter, dans la catégorie des clauses contraires, les clauses de mobilités trop limitées. En effet, les clauses de mobilité géographiques définissent, en général, les possibilités de mutations en fonction des sites existants de l'entreprise, de manière à répondre à l'exigence jurisprudentielle de précision de la clause. Mais l'entreprise a pu se développer, fermer certains sites et en ouvrir d'autres ; ce qui rend les clauses de mobilités géographiques existantes obsolètes vis-à-vis de la situation actuelle de l'entreprise. Si un accord de mobilité interne élargit le périmètre de la mobilité en incluant les nouveaux sites de l'entreprises, la recherche d'efficacité de l'accord collectif de mobilité interne impose d'y soumettre les contrats de travail sus-évoqués.

Néanmoins, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, il est tout à fait probable que cette problématique devienne dépassée. En effet, les derniers arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant retenus l'attention admettent, désormais, la validité des clauses de mobilité prévoyant une mobilité « *en France métropolitaine* ». Cela a été le cas dans un arrêt de la Chambre sociale du 9 juillet 2014[499], comme dans un autre du 5 novembre de la même année[500]. Ces évolutions participent, sans nul doute, au déploiement d'un impératif de mobilité.

349. - Accord de mobilité et mobilité de mission. Il est un autre cas, où l'accord pourrait, semble-t-il, modifier un contrat de travail comportant déjà une clause de mobilité : c'est le cas où le contrat individuel de travail ne fait référence qu'à une mobilité de mission, alors qu'il semble que l'accord de mobilité ne vise que des mobilités définitives. De fait, une personne mobile par nature, pourrait également se voir affectée à un autre site de rattachement. Dans ce

[498] Ce rappel que cela reste des mesures individuelles rejoint les dispositions disposant que le licenciement consécutif à un refus de mobilité se réalise selon la procédure relative au licenciement individuel pour motif économique.

[499] Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-11906, obs. J. MOULY, *Validité d'une clause de mobilité géographique prévue pour la France entière*, Dr. soc., 2014, p. 857, obs. J. ICARD, *La mention du « territoire français » comme zone géographique d'application de la clause de mobilité*, Cah. soc., 2014, 563.

[500] Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-16687 et 13-16688, obs. G. LOISEAU, *Un vent de liberté souffle sur les clauses de mobilité*, RDC, 31 mars 2015, n° 1, p. 121.

cas précis, il semble que la clause de mobilité de mission existante ne soit pas contraire à une clause collective de mobilité, et qu'ainsi, les deux clauses peuvent trouver application.

350. - Mobilité intragroupe. Les accords de mobilité sont de mobilité *interne*, et la problématique de la mobilité intragroupe n'est donc pas modifiée. Le consentement anticipé à un changement d'employeur reste prohibé[501], d'une part parce que la modification du contrat va bien au-delà d'une modification d'un élément du contrat de travail - puisque c'est une des parties au contrat, qui est changée -, et que cela induit un consentement bien plus fort - l'intention de nover - que celui consistant à accepter un changement de lieu de travail, nécessitant un accord exprès des parties[502].

II. Interrogations la négociation « à froid »

351. - Validité des stipulations relatives à la mobilité. Une question qui se pose est de savoir si la négociation d'un accord vaut validité de son contenu. *A priori* la réponse est négative ; divers exemples le montrent. Un parmi d'autres : un accord portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi est tout de même contrôlé par le juge administratif.

Aussi, lorsqu'une clause de mobilité est insérée dans un contrat individuel de travail, les juges contrôlent à la fois le contenu de la clause sa mise en œuvre. Il devrait en être de même concernant la zone géographique définie dans l'accord. Ainsi, les juges se doivent de contrôler la délimitation de la zone de mobilité collective. Étant donné que l'on exclut de l'application de l'accord, les salariés déjà mobiles - les clauses de leur contrat n'étant pas contraires à celles de l'accord -, le contrôle de l'étendue de la zone de mobilité définie par l'accord se doit d'être le même pour tout le monde ; l'accord n'a pas vocation à transformer un salarié sédentaire en un salarié nomade, selon les termes choisis par le professeur M.-C. Escande-Varniol. On peut

[501] Cass. soc., 23 septembre 2009, note G. AUZERO, *Les clauses de "mobilité" intragroupes condamnées*, RDT, 2009, p. 647.

[502] J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations - 3. Le rapport d'obligation*, Dalloz, Sirey, 7ème éd., p. 386-387.

alors dire que l'accord n'a pas vocation à réparer les erreurs de gestion de l'employeur, telles que l'oubli d'une clause de mobilité dans le contrat d'un salarié nomade au moment de l'embauche, mais de faciliter la gestion du personnel par des mouvements définitifs du personnel.

352. - Zone géographique d'emploi et « au-delà ». L'article 2242-22 du Code du travail précise que l'accord signé doit préciser « *les limites posées à cette mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi* ». Il y a donc deux zones à définir ; une zone d'emploi et une zone de mobilité. Cela étant, les limites - notamment la vie personnelle et familiale du salarié - ne concernent, aux dires de la loi, que la mobilité qui dépasse la zone géographique d'emploi ; cela rappelle nettement la notion jurisprudentielle de *secteur géographique*, à l'intérieur duquel une modification du lieu de travail n'est pas considérée comme une mobilité. La loi du 14 juin 2013 a ainsi renvoyé à la négociation d'entreprise la définition de cette notion si mouvante au regard de la jurisprudence.

La consécration, non pas légale mais conventionnelle, d'une telle notion n'est pas sans risque. L'étude de la jurisprudence laissait apparaitre de grandes disparités entre différents secteurs géographiques, les juges du fond se gardant le droit de considérer tel mouvement de personnel comme un changement des conditions de travail ou comme une modification du contrat. La négociation collective peut-elle alors supplanter le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ? La réponse n'est pas certaine. Mais l'accord négocié ajoutant de fait une clause de mobilité à chaque salarié, la notion de secteur géographique a-t-elle encore un intérêt dans ces entreprises ayant négocié un tel accord ? La réponse doit être positive. Le salarié qui se voit proposer une mobilité en vertu de l'accord verra sa vie personnelle et familiale protégée si la mobilité envisagée est au-delà de la zone d'emploi déterminée par l'accord, mais devra accepter dans tous les cas la mobilité à l'intérieur de la zone. Par contre, le licenciement pour refus d'une mobilité à l'intérieur de la zone d'emploi devrait être disciplinaire, et non pas économique.

Il faut toutefois être prudent quant à la notion de secteur géographique - et donc de zone d'emploi -, car malgré une appréciation objective de ce secteur, la Chambre sociale admet parfois de prendre en compte la situation personnelle d'un salarié, notamment le handicap d'un

salarié[503] ; les Hauts Magistrats utilisent aussi la théorie de l'abus de droit pour atténuer la gravité de la faute du salarié qui a refusé un changement des conditions de travail - de lieu de travail[504]. Ces évolutions laissent augurer une éventuelle évolution dans l'appréciation du secteur géographique par la jurisprudence[505]. Si changement il y avait, cela ne ferait que suivre les évolutions récentes et sans doute à venir du droit du travail, en laissant de côté la relation de travail, pour ne la contrôler qu'à l'aune des droits fondamentaux, ce qui est proposé par certains membres de la doctrine[506].

353. - Intérêt de la zone d'emploi. L'intérêt d'établir une zone d'emploi conventionnelle provient du fait qu'elle permet d'avoir un régime complet de mobilité. En effet, en l'absence d'accord mais en présence d'une clause individuelle de mobilité, le licenciement résultant d'un refus de mobilité est nécessairement disciplinaire puisqu'il s'analyse en une insubordination. Par contre, la présence d'un accord de mobilité qualifie apparemment le licenciement suivant un refus de licenciement économique. En l'absence d'une définition d'une zone d'emploi, tous les licenciements pris en application de ce régime *sui generis* de l'accord auraient dû être qualifiés d'économiques. Un salarié licencié ne serait de toute façon pas allé devant le juge prud'homal pour voir son licenciement requalifié en licenciement disciplinaire… C'est donc pour sécuriser l'employeur qu'il est nécessaire de prévoir une zone d'emploi, afin d'avoir un régime complet de mobilité collective.

La question du motif économique fait, cependant, encore débat.

354. - Licenciement si refus de mobilité professionnelle. Si l'attention se focalise sur la mobilité géographique - est-ce parce qu'elle affecte le plus la vie personnelle du salarié ? -, il n'en reste pas moins que les accords issus de la loi de sécurisation de l'emploi portent sur les deux aspects de la mobilité. Ainsi, la question du refus de mobilité doit-il se poser pour une mobilité professionnelle de la même manière qu'il se pose concernant une mobilité

[503] Cass. soc., 26 janvier 2011, n° 09-40285.

[504] Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-69127.

[505] S. MAILLARD-PINON, *Contrat de travail : modification (mobilité dans le secteur géographique)*, 118, Rép. Dalloz Trav., 2015.

[506] J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail*, Dr. soc., 2013, p. 17.

géographique ? Et la vie personnelle et familiale, ainsi que les contraintes liées à la maladie ou au handicap, doivent-elles également être prises en compte concernant une mobilité professionnelle ?

Sur cette dernière question, il semble qu'effectivement doit être pris en compte la vie personnelle et familiale du salarié dans deux cas de mobilité, l'article L. 2242-22 du Code du travail traitant, semble-t-il indifféremment, des deux formes de mobilité. Ainsi l'alinéa premier traite de la mobilité géographique, l'alinéa 2 ne précise pas quelle mobilité il vise, et l'alinéa 3 traite des deux mobilités[507]. Il apparait donc qu'il n'y ait pas lieu de distinguer selon les mesures prises en vertu de l'accord de mobilité interne. L'employeur devra donc étudier chaque situation avant de mettre en œuvre une mesure de mobilité.

Quant à la première interrogation, portant les conséquences d'un refus de mobilité professionnelle, il ressort de l'article L. 2242-23 du Code du travail que sont visés les refus de toute mesure de mobilité interne, sans référence aucune à un type spécifique de mobilité[508]. De

[507] C. trav., art. L. 2242-22 : « *L'accord issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 comporte notamment :*

1° Les limites imposées à cette mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié, elle-même précisée par l'accord, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié conformément à l'article L. 1121-1 ;

2° Les mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé ;

3° Les mesures d'accompagnement à la mobilité, en particulier les actions de formation ainsi que les aides à la mobilité géographique, qui comprennent notamment la participation de l'employeur à la compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat et aux frais de transport.

Les stipulations de l'accord collectif conclu au titre de l'article L. 2242-21 et du présent article 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 ».

[508] C. trav., L. 2242-23 : « *L'accord collectif issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 est porté à la connaissance de chacun des salariés concernés.*

Les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues.

Lorsque, après une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés, l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu au titre du présent article, il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6.

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

fait, il convient de considérer qu'un salarié refusant une mobilité professionnelle pourra se voir congédié selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique. Cela est toutefois peu clair.

Si cela respecte la logique de l'accord signé le 11 janvier 2013, et de la loi qui en est tirée du 14 juin 2013, les accords de mobilité interne font bien peu cas de la particularité de la mobilité professionnelle, qui, bien plus que la mobilité géographique, exige du salarié plus qu'un simple mouvement ou déplacement physique.

Ainsi, l'accord, en souhaitant faciliter la gestion du personnel et l'évolution de l'entreprise, occulte totalement les particularismes de l'apprentissage intellectuel. Aussi, la conciliation avec le Compte Personnel de Formation, qui est mis en œuvre à l'initiative du salarié, reste à définir.

355. - Validité des licenciements. L'autre interrogation quant à la portée de l'accord est de savoir si sa validité formelle emporte validité objective des licenciements économiques en cas de refus, par un salarié, de se voir appliquer l'accord. Cette interrogation a cristallisé les regards de la doctrine, et les avis sont partagés. Si la loi prévoit que le licenciement « repose » sur un motif économique, nombreux ont été ceux qui ont marqué leur doute quant à une validité objective du licenciement pour motif économique, fondé *in abstracto* sur la validité de l'accord qui est à l'origine de la rupture du contrat de travail. Face à cela, les praticiens ont suivi les prudents conseils de la doctrine, en écartant parfois totalement la présomption du motif économique posé par la loi, de peur de voir les licenciements ultérieurs condamnés par les juridictions.

Pourtant, il nous semble que l'esprit de la loi est réellement de fixer la réalité du motif économique dans le marbre de la négociation collective, et ceci non pas de manière fictive, mais bien réelle.

Comme le rappelle le professeur G. Borenfreund, l'accord de mobilité est « *solidement arrimé à l'obligation de négocier sur la GPEC* »[509]. Or, cette négociation a pour premier objectif

ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 ».

[509] G. BORENFREUND, *Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne – De l'ANI du 11 janvier de 2013 à la loi*, RDT, 2013, p. 316.

de prévenir des difficultés économiques par l'anticipation des évolutions des emplois et des compétences nécessaires à l'entreprise. Normalement, si la négociation sur la GPEC est efficace, l'adaptation effectuée de l'entreprise doit permettre de préserver l'emploi. De fait, la négociation sur la GPEC doit permettre d'éviter des licenciements économiques, malgré la modification opérée par le nouveau Code du travail en 2008, qui a enlevé les dispositions sur la GPEC du chapitre sur les licenciements économiques ; elle doit, selon nous, toujours être interprétée dans son interprétation d'avant la recodification du Code du travail.

Cette interprétation permet ainsi d'apporter un éclairage sur la réalité du motif économique des licenciements, qui feraient suite au refus de certains salariés de se voir appliquer l'accord de mobilité. La négociation sur la mobilité interne étant nécessairement incorporée à la négociation sur la GPEC, et cette dernière ayant pour objectif d'éviter d'ultérieures difficultés économiques, les licenciements causés par des entraves à la sauvegarde de l'entreprise repose sur un motif économique. Comme cela a été proposé - avec des réserves - par deux auteurs, le motif de la sauvegarde de la compétitivité pourrait éventuellement accueillir la rupture des contrats de travail pour refus d'application d'un accord de mobilité interne, alors même que la négociation doit se faire en dehors de tout projet de diminution des effectifs.

§ 2. La négociation « à tiède » de la mobilité externe

356. - Risque de la négociation sur la GPEC. Les évolutions législatives et jurisprudentielles sont dans le sens de l'anticipation. Cela est logique, tant la sauvegarde de l'emploi est une problématique d'actualité. Néanmoins, une partie de la doctrine s'élève contre les dangers de transformer ce qui doit être une négociation véritablement d'anticipation, en une négociation de la mobilité externe. Ainsi, les plans de départs volontaires insérés dans les accords de GPEC sont nombreux, mais galvaudent l'objectif de sauvegarde de l'emploi propre à ce type de négociation[510]. Le professeur P. Lokiec craint notamment une négociation « à tiède », c'est-à-dire des accords de GPEC, qui ne sont, *in fine*, que des pré-PSE, voire des PSE

[510] P. LOKIEC, *Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique*, Dr. soc., 2008, p. 1238.

déguisés. La loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 avait ainsi favorisé les départs volontaires en exonérant fiscalement les indemnités de départ[511]. De fait, une partie des plans de départs volontaires se faisait *via* les accords de GPEC, alors que ces accords sont faits pour prévenir et éviter les suppressions d'emploi. Le premier objectif des accords de GPEC doit être l'établissement d'un plan de formation au sens strict, afin de préparer les salariés, soit à l'évolution de leur métier, soit à un changement de métier.

La loi du premier décembre 2010 a permis de rétablir la logique des accords GPEC en supprimant les exonérations fiscales des indemnités de départ volontaire : ce faisant, ce mode de rupture est devenu moins avantageux qu'auparavant.

Mais la difficulté est peut-être avant tout, formelle. Et celle-ci a été semble-t-il résolue en 2008, en déconnectant - au moins textuellement -, dans le Code du travail, les accords de GPEC du chapitre sur les licenciements économiques pour les placer dans la partie consacrée à la négociation collective[512]. Cela aurait dû permettre de différencier d'une part la gestion anticipatrice de l'emploi en adaptant les salariés, et d'autre part les plans de départ volontaire qui sont de l'ordre de la mobilité externe. Cela étant, le régime des départs volontaires inscrits dans un accord de GPEC obéissait à un régime propre, qui garantissait que le salarié quittant l'entreprise avait un emploi garanti dans une autre entreprise, condition sans laquelle le départ volontaire n'était pas valable[513]. De fait, cette condition limitait considérablement l'impact des départs volontaires sur l'emploi ; mais sur la forme, cela biaisait le mécanisme.

357. - Rationalisation de la négociation sur la GPEC. Par la loi du 14 juin 2014, le législateur a fait, semble-t-il, un pas de plus dans une démarche de rationalisation de la négociation sur la GPEC, en introduisant un chapitre sur la mobilité interne à l'entreprise. Cela permet de recentrer la négociation sur ce qu'elle est censée faire, c'est-à-dire anticiper les évolutions de l'entreprise, en proposant aux salariés une formation, voire une totale reconversion. En donnant tout son sens au mot « anticipation », cela doit permettre à l'employeur d'assurer une formation hautement qualitative aux salariés dont l'emploi est

[511] Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007.

[512] Cela a été réalisé par la recodification à droit constant du Code du travail, achevée en 2008.

[513] P. LOKIEC, *op. cit.*

menacé à moyen ou long terme. Le court terme n'est normalement pas de l'ordre de la GPEC ; il est de l'ordre du PSE, éventuellement comprenant un plan de départ volontaire, et suivant les règles du licenciement économique. Pour cela, il conviendrait de modifier l'article L. 1237-16 du Code du travail afin de n'autoriser de dérogation à la rupture conventionnelle en matière de départ volontaire, que dans le cadre d'un PSE ; celui-ci est d'autant plus suffisant que la Chambre sociale de la Cour de cassation a admis qu'un plan de départs volontaires, avec engagement de ne pas licencier, ne nécessitait pas de mettre en place une procédure de reclassement interne[514]. Dans les autres cas, l'employeur est tenu au reclassement interne, et doit ainsi s'assurer qu'il n'y aura véritablement aucune suppression d'emploi, sous peine de se voir condamner pour licenciement nul[515].

Cette modification de l'article L. 1237-16 du Code du travail permettrait de définitivement donner son indépendance à la négociation sur la GPEC, d'autant plus que la loi de sécurisation de l'emploi a consacré les PSE négociés. Aussi, l'accent serait réellement mis sur l'importance de la formation professionnelle des salariés, et plus généralement, sur le parcours professionnel de chaque salarié, qui ne doit pas démarrer par un (faux) départ de l'entreprise. Enfin, cela rendrait à la procédure de licenciement économique son rôle premier, celui de gérer les mobilités externes non souhaitées, mais nécessaires à la survie de l'activité économique.

§ 3. La négociation « à chaud » de la mobilité externe

358. - Échec des mesures de mobilité internes. Si les prévisions sur l'emploi issues des négociations effectuées entre l'employeur et les syndicats, et après consultation du comité d'entreprise, se révèlent fausses, revenant à considérer que les mesures de mobilité interne ont été infructueuses, ce sont logiquement des mesures de mobilité externe qui seront envisagées. Si dans les petites structures, le licenciement économique peut être individuel, ce type de licenciement parait dérisoire quant à ses effets dans les entreprises de taille plus importante. De

[514] Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-15187.

[515] Cass. soc., 25 janvier 2012, note P. LOKIEC, *Le double visage du plan de départs volontaires*, Sem. Soc. Lamy, 2 février 2012, n° 1524.

manière classique, la procédure passe par la consultation des institutions représentatives du personnel, selon une procédure éventuellement aménagée par un accord de méthode, mais qui conduira vraisemblablement à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (I). Lié ou autonome, le PSE peut contenir ou constituer en lui-même un simple plan de départs volontaires (II).

I. La mobilité externe, vers moins d'unilatéralisme

359. - Afin de sécuriser l'emploi, le Code du travail autorise un certain nombre de négociations. Il s'agit de négocier sur la procédure propre aux licenciements économiques (A), et sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (B).

A. La négociation de la procédure de licenciement économique

360. - La procédure de licenciement économique débute par une procédure d'information-consultation des représentants du personnel, au titre de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Le législateur, en 2003, a autorisé les partenaires sociaux à déroger à la procédure légale prévue par le Code du travail (1), et a, en 2013, facilité l'information des personnes amenées à connaitre de la procédure (2).

1. La procédure de consultation

361. - Les accords de méthode. Avant toute idée de mobilité externe une première négociation peut donc s'opérer à travers lesdits accords de méthode qui ont pour but d'organiser de manière dérogatoire la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise en cas de projet de licenciement économique de plus de dix salariés sur une même période de trente

jours[516]. Ces accords étaient, qui plus est, intéressants, car ils pouvaient également anticiper sur le contenu d'un futur plan de sauvegarde de l'emploi, ce qui permettait éventuellement de « gagner du temps » en cas de future restructuration.

362. - Intérêt limité des accords de méthode. A première vue donc, la loi de sécurisation de l'emploi, du 14 juin 2013, a ôté un intérêt certain à ces accords de méthode, en supprimant le volet PSE. De manière générale, l'accord de méthode ne peut plus rien faire d'autre qu'organiser la procédure de consultation des représentants du personnel, et les modalités selon lesquelles ils peuvent adresser des remarques à l'employeur. Le cantonnement est strict, mais pas illogique compte tenu des apports de la loi de sécurisation de l'emploi qui a prévu d'autres outils pour convenir du contenu du plan. Par ailleurs, si l'accord de méthode anticipe réellement une restructuration, prévoir le contenu du PSE parait bien hypothétique pour qu'il soit de qualité. Limiter le contenu des accords de méthode à la négociation de la seule procédure concernant les grands licenciements économiques semble donc être une bonne chose.

Cela est d'autant plus vrai, que la loi du 14 juin 2013 a consacré la possibilité de négocier les plans de sauvegarde de l'emploi, avec un volet permettant de négocier la procédure de consultations des représentants du personnel. Cela étant, ce mécanisme créé pour « sécuriser l'emploi » - selon l'intitulé de la loi -, interroge sur la finalité de cette négociation.

2. Les moyens d'information

363. - Base de données unique. En créant la base de données économique et sociale, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a apporté un outil novateur et important. Rassemblant un grand nombre de données relatives à la gestion de l'entreprise, le but de la réforme est d'associer encore plus fortement - et plus en amont - les salariés, à la gestion de l'entreprise.

[516] C. trav., art. L. 1233-21.

364. - Apport de la base de données. L'établissement d'une base de données économiques et sociales à disposition des représentants du personnel quel qu'il soit, tend à renforcer le dialogue social. Aussi, c'est un outil qui tend à faciliter ce dialogue ; mais sur ce point, l'objectif n'est pas forcément atteint. En effet, aux termes de la loi, la mise à disposition des informations sur la base de données ne remplace pas toujours la communication matérielle des mêmes informations aux représentants du personnel[517]. Aussi, et même s'il est sans doute plus compliqué à mettre en place dans les petites entreprises, l'hypothèse d'une « base de données » papier, rendue possible par l'article R. 2323-1-7 du Code du travail, ne semble pas aller dans le sens d'une simplification du dialogue social, surtout dans le cas des procédures d'information/consultation récurrente, où la mise à jour de la base de données vaut communication des informations aux destinataires de l'information[518]. En effet, il faudra, par exemple, s'assurer qu'il n'y a pas d'erreur de version de la base de données papier, lorsqu'elle est transmise à tous les membres du comité d'entreprise. Mais lorsqu'il est dit que cette base est *accessible* aux délégués syndicaux, elle doit se trouver dans un local particulier, mais *quid* de la confidentialité de certaines informations ? Autre point, cette mise à jour des informations vaut communication à l'autorité administrative lorsque le Code du travail exige pareille transmission d'informations. Mais sous quelle forme cela est-il possible ? L'autorité en question devra-t-elle venir sur place la consulter ? Puisque la mise à jour *vaut* transmission de l'information. Si à l'inverse, la base de données est envoyée par courrier, nous ne sommes plus dans l'hypothèse d'une base de données, mais dans la transmission d'informations dans sa forme antérieure, ce qui rend sans effet la réforme de simplification du droit et d'amélioration du dialogue social.

365. - Communication ponctuelle d'informations. Le Code du travail prévoit que la mise à jour de la base de données unique vaut communication des infirmations lorsqu'il s'agit de communications récurrentes. Ce principe ne vaut donc pas dans les autres cas, comme une information/consultation lors d'un projet de restructuration. Cela tend à rappeler le caractère exceptionnel et important de ce type de consultation, tout en évitant peut-être une éventuelle

[517] Elle ne vaut transmission des informations uniquement quant à la consultation sur la marche générale de l'entreprise. Cela exclut la transmission d'informations au titre d'une autre compétence, notamment en cas de licenciement économique collectif.

[518] C. trav., art. R. 2323-1-9.

mauvaise foi de l'employeur qui mettrait à jour la base sans trop avertir les représentants du personnel. En cela, une remise de document physique assure une certaine sécurité au dialogue social, et lui confère une importance certaine.

366. - Élargissement de la base de données ? Pour l'instant, le Code du travail limite l'usage de cette base de données à la simple communication des éléments exigés pour les consultations récurrentes des représentants du personnel[519]. Et le Code exclut même explicitement l'utilisation de cette base pour la communication des éléments propres aux consultations ponctuelles des représentants salariés[520]. L'on pense ici à la consultation sur la marche générale en cas de projet de restructuration, ou celle propre aux grands licenciements économiques.

Une application élargie de l'article L. 2323-7-1 du Code du travail pourrait permettre une utilisation plus « sociale » et moins économique de la base de données économiques et sociales. L'article fait référence à la consultation annuelle - récurrente - sur les orientations stratégiques de l'entreprise ; il est entre autre chose question des effets sur l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences. L'on peut alors envisager de rentrer, dans la base de données, les emplois menacés, mais aussi ceux vacants, notamment en cas de nécessaire plan de reclassement interne, si restructuration il y a. La mise à jour périodique de la base de données serait alors un pas en avant vers une meilleure visibilité de l'emploi dans l'entreprise.

Cela étant, des entreprises ont déjà mis en place un système de bourse de l'emploi, répertoriant les emplois susceptibles d'être proposés en interne aux salariés. Cependant, la réunion de la base de données économiques et sociales et des bourses de l'emploi s'accommode mal de la nécessaire exigence de discrétion et de confidentialité qui entoure la base de données unique. Les offres d'emploi disponibles en interne ont donc plus vocation à figurer sur un intranet « public », que sur cette base de données réservées aux institutions représentatives du personnel.

[519] C. trav., art. L. 2323-7-3, al. 1.

[520] C. trav., art. L. 2323-7-3, al. 2.

B. La négociation du contenu de la mobilité externe

367. - Le développement du dialogue social dans l'entreprise passe tout d'abord par une extension du champ de la négociation collective ou à consacrer des pratiques déjà effectives mais non encore consacrées ; il en va ainsi de la négociation du plan de sauvegarde de l'emploi (1). Mais ce développement ne doit pas être artificiel ; pour être utile, le dialogue social doit se faire au bon moment (2).

1. La possibilité de négocier

368. - Objectif de la négociation - sauvegarde de l'emploi. L'enjeu du plan social est comme indiqué dans sa dénomination actuelle de sauvegarder *l'emploi*. Cela implique normalement de limiter le nombre de licenciements *a priori* envisagés. D'une manière plus générale, il ne s'agit pas de sauvegarder *les postes*, la notion de poste étant distincte de celle d'emploi. L'on peut par exemple supprimer un poste sans supprimer un emploi, donc ne procéder à aucun licenciement. C'est le principe du reclassement interne pour motif économique : le poste actuel du salarié est supprimé, mais la personne va poursuivre l'exécution de son contrat de travail au sein de l'entreprise. En l'occurrence, l'acception commune veut que généralement un plan de sauvegarde de l'emploi comprenne une part de licenciement. C'est donc la sauvegarde de l'activité économique, qui est visée, plus que la sauvegarde de l'emploi. Une partie de la communauté de travail est sacrifiée au bénéfice de l'autre partie. Partie d'avenir de l'entreprise, partie rentable.

369. - Bien avant le plan de sauvegarde de l'emploi. C'est bien en amont des licenciements que la gestion doit se faire. De fait, le licenciement se doit d'être l'ultime étape

d'une mobilité subie par le salarié, et normalement dont l'imputabilité ne peut être reprochée à l'employeur, la mobilité étant ici due à la conjoncture[521].

De plus, si l'employeur licencie, il doit auparavant prouver qu'il a fait tous les efforts possibles pour que les salariés concernés aient eu une chance d'échapper à leur sort. Ainsi, l'obligation de formation et d'adaptation des salariés à leur poste de travail vise entre autre à éviter leur licenciement en maintenant leur employabilité[522] ; en découle qu'un licenciement économique est dépourvu de cause réelle et sérieuse si l'employeur n'a pas satisfait à cette obligation. Pour cette raison, il conviendrait, pensons-nous, de (re)connecter la négociation sur la GPEC et celle désormais sur le plan de sauvegarde de l'emploi. Au-delà de simple logique juridique, voire même économique, cela serait un signal fort en faveur de l'obligation de formation, elle seule étant à même de sauvegarder l'emploi, à une époque où - la doctrine ne fait que le répéter -, les nouvelles technologies et les moyens de productions évoluent très vite[523]. La séparation de la GPEC du chapitre sur les licenciements économiques, au moment de la recodification du Code du travail en 2008, a cependant été un signal en sens contraire, tout comme le fait que la Chambre sociale de la Cour de cassation ait refusé de condamner les licenciements économiques pour défaut de négociation sur la GPEC[524].

Cela étant, il faut se garder de considérer la GPEC comme la solution à tous les maux économiques[525], tout comme il faut raisonnablement accepter que l'anticipation n'est pas toujours possible, surtout en matière économique ; considérer le contraire relèverait de l'utopie[526]. Mais là n'est pas forcément la question. Sur le fond, il est évident que la négociation

---

[521] L'arrêt *Viveo* a pourtant montré l'impossibilité des juges à contrôler le bien-fondé d'une procédure de licenciement économique, notamment en l'absence de motif économique, note F GÉA, *La problématique Viveo : au législateur de reprendre la main*, RDT, 2012, p. 608, note P. LOKIEC, *L'affaire Viveo*, D., 2012, p. 1277.

[522] Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41634, *Expovit* ; cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-14749 ; cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40914 09-40915 09-40916 09-40917.

[523] Sur la question de l'imputabilité non pas juridique mais réelle de l'obligation de formation, v. *infra*.

[524] Cass. soc., 30 septembre 2009, n° 07-20.525, note F GÉA, *GPEC vs. PSE : fin de partie*, RDT, 2009, p. 715. Pour un avis différent, P-H. ANTONMATTEI, *GPEC et licenciement pour motif : économique le temps des confusions judiciaires*, Dr. soc., 2007, p. 289, F. FAVENNEC-HÉRY, *La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ?*, Dr. Soc., 2007, 1105, N. de SEVIN et F. ZUNZ, *La GPEC n'est pas toujours une réponse adaptée aux problèmes de sureffectif*, Sem. soc. Lamy, 9 oct. 2006, p. 10.

[525] N. DE SEVIN et F. ZUNZ, *op. cit.*

[526] F. FAVENNEC-HÉRY, *op. cit.* : « *L'idéal d'anticipation ne permet pas toujours de prévenir les suppressions d'emploi* ».

sur la GPEC n'est pas forcément suffisante ; mais sur la forme, une absence de négociation sur ce thème prouve que l'employeur n'a pas non plus fait tout le nécessaire pour anticiper des difficultés économiques[527].

370. - Le temps de la restructuration. Si malgré tous les efforts de l'employeur pour éviter des licenciements, une restructuration est nécessaire, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a consacré l'hypothèse, pour les entreprises de plus de cinquante salariés, d'un plan de sauvegarde de l'emploi négocié, donnant, si besoin était, plus de poids encore à l'accord collectif d'entreprise. En dessous du seuil de cinquante salariés, le plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas obligatoire, mais l'employeur n'est pas non plus déchargé de toute obligation visant à limiter les licenciements. Au-delà de ce seuil, le plan de sauvegarde est à monter uniquement pour les grands licenciements économiques, c'est-à-dire ceux qui concernent plus de dix salariés sur une période de trente jours. Le choix apparait relativement logique puisque ce sont les licenciements qui ont le plus d'impact, compte tenu par exemple du nombre de licenciements sur certains sites industriels importants. Les répercutions se voient ainsi au niveau des bassins d'emploi ou d'une région. En ce sens, la loi a mis en place une obligation de réactivation du bassin d'emploi[528] pour les entreprises de plus de mille salariés.

371. - Plan de sauvegarde de l'emploi unilatéral. Si le plan de sauvegarde de l'emploi peut être unilatéral, nul doute que la négociation se doit d'être privilégiée. Néanmoins, la possibilité est offerte de passer outre une négociation, ce qui a le mérite de respecter la liberté d'entreprendre - un plan de sauvegarde unilatéral ne prive en rien les salariés des garanties offertes par le droit du travail -, tout en évitant des situations de blocage en cas d'ambiance délétère dans l'entreprise entre employeur et syndicats.

372. - Plan de sauvegarde de l'emploi négocié. Le privilège dont jouit le plan de sauvegarde de l'emploi négocié est visible dans la genèse de la loi de sécurisation de l'emploi. En effet, tant le document d'orientation[529] du ministère du travail amenant les syndicats à

[527] Cela, en excluant l'hypothèse des trois premières années suivant la mise en place de l'obligation de négocier sur la GPEC.

[528] C. trav., art. L. 1233-84.

[529] Document d'orientation négociation nationale interprofessionnelle pour une meilleure sécurisation de l'emploi, 7 septembre 2012 : « *Clarifier et sécuriser les procédures en favorisant le traitement le plus en amont possible, en particulier concernant la nature et la temporalité de l'intervention de tiers dans la procédure (services*

négocier, que l'accord national interprofessionnel qui en est issu[530], privilégie le négocié à l'unilatéral.

Le plan négocié a le mérite de permettre la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, bien que la situation soit critique. Mais historiquement, les syndicats français ne souhaitent pas participer « plus que nécessaire » à cette gestion, notamment lorsqu'il s'agit de préparer des licenciements, car il est rare le l'employeur et les syndicats s'expriment d'une même voix sur ces sujets. En effet, une forme de cogestion entraine de fait une forme de coresponsabilité, ce que les syndicats ne veulent pas, dans le but de ne pas remettre en question leur droit de contestation. Ainsi, malgré une volonté politique forte de favoriser la négociation, celle-ci reste difficile. Une négociation qui s'engagerait sur la base d'un document de l'employeur est alors l'hypothèse la plus probable.

2. Le moment de la négociation

373. - Risque de négocier trop en amont. Une interrogation résulte de la période d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi. La « mode » est à la gestion « à froid » de l'entreprise et de ces conflits, avec l'espoir d'un dialogue apaisé. Mais à vouloir trop anticiper, on risque de priver d'effet les consultations des institutions représentatives du personnel, qui sont là pour justement être informées et discuter des projets de restructuration. Cet écueil a été relevé par une partie de la doctrine, qui craint que le plan de sauvegarde étant d'ores et déjà acté/négocié, les licenciements ne soient plus qu'une formalité. Le souci louable de célérité fait perdre toute utilité à la procédure de licenciement économique collectif[531].

de l'Etat, recours à l'expertise, intervention du juge), les délais associés, le rôle plus important à donner à l'accord collectif dans ces procédures, le rôle également plus important qui pourrait être donné –sans revenir à l'autorisation administrative de licenciement– aux services du ministère du travail ».

[530] Ce n'est pas explicite, mais l'encouragement est perceptible dans la différente de traitement réservée au document soumis à la DIRECCTE, s'il est unilatéral ou négocié. Homologué ou simplement validé.

[531] G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 2014, 28ème éd., p. 540.

Si le risque existe, puisque le Code du travail ne précise pas à quel moment doit s'effectuer la négociation - l'article L. 1233-24-1 du Code du travail énonce simplement la faculté de négocier -, le risque nous parait hypothétique - à la fois pour des raisons d'opportunité et de droit.

Sans la connaissance du nombre de licenciements, il est impossible de correctement prévoir l'éventail de mesures à mettre en œuvre. En dehors de toute difficulté, et même de tout projet de restructuration, il devient impossible en tout état de cause de faire un « bon » plan de sauvegarde de l'emploi. La difficulté de la négociation du plan de sauvegarde résulte donc de sa situation dans le temps ; pas trop tôt pour être en accord avec la réalité économique, pas trop tard au risque de mettre l'entreprise encore plus en difficulté.

L'article L. 1233-24-2 du Code du travail mentionne les différents points sur lesquels doit porter la négociation du plan de sauvegarde de l'emploi. Il est notamment fait référence au périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, aux catégories de salariés concernés, ou encore le calendrier des licenciements. Il apparait donc très compliqué - voire impossible - d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi contenant ces éléments en l'absence de difficultés économiques. En effet, l'employeur sera bien incapable de fixer les catégories de salariés concernés et encore moins la date de ces licenciements. De fait, la formulation de l'article L. 1233-24-2 du Code du travail semble ne pas « permettre » de négocier trop en amont un plan de sauvegarde de l'emploi, même s'il est vrai que ce n'est pas une interdiction formelle.

Si les syndicats refusent une négociation qu'ils jugent inappropriée, le risque est que l'employeur se tourne vers l'unilatéralité pour élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi. Mais dans ce cas, avoir recours à l'unilatéralité n'a plus de sens, car l'employeur ne va vraisemblablement pas déposer un document auprès de la DIRECCTE, puisque, par principe, il souhaite anticiper sur le contenu du plan sans « l'utiliser » immédiatement.

374. - Deux limites donc : d'une part, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ne pourrait être établi en adéquation avec ce qu'exige l'article L. 1233-24-2 du Code du travail, et d'autre part, avoir recours à l'unilatéralité oblige à utiliser le document immédiatement, ce qui n'était pas dans la volonté de l'employeur.

375. - Anticipation et justification des licenciements. Du point de vue de la justification du licenciement, avoir recours à l'unilatéralité ne fait pas courir un plus gros risque à l'employeur, car le motif économique des licenciements n'est de toute façon pas contrôlé de manière *a priori* par l'administration, comme l'est le reste de la procédure. Mais l'employeur s'expose de toute façon à une condamnation des licenciements à l'issue de la procédure. En cela, la loi de sécurisation de l'emploi n'est pas revenue sur la jurisprudence *Viveo*.

376. - Nécessité de négocier « à chaud ». Une nécessaire anticipation des difficultés économiques permet normalement d'établir un dialogue apaisé ; mais négocier au plus près des difficultés permet de négocier en connaissance de cause. N'importe quel licenciement économique n'a pas n'importe quelle cause. La chambre sociale l'a bien compris, en consacrant la sauvegarde de la compétitivité comme cause justificative de licenciement[532].

Le motif peut s'illustrer par des difficultés économiques, mais aussi par l'introduction de nouvelles technologies, ou encore par la sauvegarde de la compétitivité. De la diversité de ces motifs, résulte la diversité des plans de sauvegarde. De fait, une anticipation trop grande se traduirait par une possible mauvaise anticipation. Un des contenus, commun à tout plan de sauvegarde de l'emploi, est la nécessité d'un plan de reclassement. Ce dernier doit contenir des offres d'emploi disponibles au sein de l'entreprise ou du groupe, et donc être proposable aux salariés susceptibles d'être licenciés. Là aussi, l'employeur doit être en mesure de connaître les postes disponibles, mais plus encore, il doit également connaître quelles catégories professionnelles subiront la restructuration. Autant d'éléments qui empêchent d'avoir une vision à long terme du plan de sauvegarde de l'emploi. Anticipation n'est donc pas toujours gage d'une meilleure qualité du dialogue social.

[532] Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 04-46.201 et 05-40.977, *Société Pages Jaunes*, note J. PÉLISSIER, *Réorganisation d'entreprise, sauvegarde de compétitivité et contrôle du juge*, D., 2006, p. 1013.

II. La mobilité externe, vers plus de consensualisme

377. - La vision historique de la relation de travail est celle d'une relation déséquilibrée du fait de la nécessité, pour tout homme, de travailler afin de *gagner sa vie* et avoir ainsi une existence digne. L'employeur se retrouve donc en position de force pour négocier le contrat de travail, qui, la plupart du temps, est un simple contrat d'adhésion, difficilement négociable, sauf pour une petite frange de la population salariée très qualifiée.

Alors que la doctrine s'accorde sur le fait que la conclusion du contrat de travail est par nature déséquilibrée et à l'avantage de l'employeur, certains militent désormais pour une responsabilisation du salarié, arguant qu'il est libre de décider par lui-même. Et en échange d'une certaine somme, il quitte « volontairement » l'entreprise. Le salarié, qui est le plus souvent dans l'impossibilité de négocier les conditions de son emploi, est tout d'un coup considéré comme apte à négocier son départ de l'entreprise. L'on se trouve dans une évolution humaniste du droit du travail – les hommes sont égaux en droit - mais qui se heurte à la réalité économique vécue au quotidien par les salariés : employeurs et salariés ne sont pas sur un pied d'égalité[533].

Pour cette raison, le droit du licenciement économique veille sur les conditions du départ du salarié hors de l'entreprise. Certains mécanismes sont propres à la rupture du contrat de travail pour motif économique, quand d'autres sont indifférents quant à son motif ; mais tous méritent attention. Si les plans de départs volontaires occupent l'actualité juridique et sociale (B), il existe également des mécanismes individuels de départs volontaires (A).

[533] Sur cette idée : A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, ESSAIS - DÉBATS, 2ème éd., 1994.

A. Les départs volontaires organisés individuellement

378. - Certains mécanismes trouvent leur source dans la négociation collective (2), quand d'autres la trouve dans la loi, mais donne lieu inéluctablement à une forme de négociation individuelle au stade de la mise en œuvre de la rupture du contrat de travail (1).

1. La rupture conventionnelle

379. - Rupture conventionnelle pour motif économique. La loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 a ouvert la possibilité de mettre fin conventionnellement au contrat de travail, excluant de fait le licenciement ou la démission. Étant *amiable*, cette rupture peut être proposée par l'une des parties, à l'autre. L'employeur n'est donc pas instigateur de la mobilité même si son accord est indispensable à la réalisation de celle-ci. Et à l'inverse, sa seule volonté n'est bien entendu pas suffisante. L'employeur ne dispose que du licenciement comme mode de rupture unilatéral du contrat de travail ; cela est régulièrement rappelé[534]. Unique, le licenciement n'en est pas moins efficace, permettant de gérer utilement - quantitativement et qualitativement - le personnel. En dehors de ce mode de rupture, l'employeur peut proposer une rupture conventionnelle, qui peut parfois s'accompagner de manœuvres de la part de l'employeur, afin de faire accepter cette dernière par le salarié[535]. Toutefois, le régime de la rupture conventionnelle protège normalement le salarié par le délai de rétractation prévu par la

[534] Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-40235, note G. COUTURIER et J.-E. RAY, *Autolicenciement : dérives et revirement*, Dr. soc. 2003, p. 817, note P. LYON-CAEN, *Les conséquences de la « prise d'acte » par l'employeur d'une démission équivoque*, Dr. soc., 2003, p. 814.

[535] L'employeur peut, par exemple, laisser entendre qu'un licenciement disciplinaire est envisagé, pour tel ou tel motif. Par crainte, un salarié peu au fait du droit du travail pourrait accepter une rupture conventionnelle.

loi[536] ; ce délai ne pouvait pas être écarté ni par la signature d'une transaction, ni par une clause de la convention de rupture[537].

L'intérêt est grand pour l'employeur, car le régime de la rupture conventionnelle permet uniquement de contrôler le consentement du salarié, et seul le vice de ce consentement peut alors être invoqué devant le juge[538]. L'employeur peut ainsi proposer une rupture conventionnelle à un salarié en cas de mauvaise conjoncture économique. Toutefois, la rupture conventionnelle ne doit pas avoir pour objet de contourner la procédure de licenciement économique collectif[539] ; il est donc logiquement impossible pour l'employeur de signer plus de dix ruptures conventionnelles en moins de trente jours.

380. - L'acceptation discutable de la rupture conventionnelle individuelle pour motif économique. Quel que soit le nombre de licenciements économiques, ces derniers sont acceptés par le droit. En effet, l'obligation de rechercher un reclassement interne pour les salariés licenciés garantit l'objectif de sauvegarde de l'emploi. À l'inverse, la procédure de rupture conventionnelle n'oblige pas à la recherche d'un reclassement ; cette recherche serait même contraire à l'esprit de la rupture conventionnelle, qui veut justement exclure une recherche des motifs, se concentrant sur le résultat, qui est la fin de la relation de travail.

Il y a donc une absence de logique à permettre cette rupture conventionnelle pour des raisons conjoncturelles ; il y a de toute façon contournement de l'ordre public de protection propre au droit du licenciement économique. C'est pour cela que la doctrine s'accorde sur le fait que l'employeur doit prévenir le salarié concerné si la procédure de licenciement économique lui est plus favorable. L'instruction du 23 mars 2010 ne prévoit quant à elle que l'obligation, pour l'Administration du travail, de bien faire figurer sur internet les garanties offertes aux salariés licenciés pour motif économique[540]. Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu'a été rappelé, à propos des départs volontaires, que les primes de départ proposées ne devaient pas être exagérément

[536] C. trav., art. L. 1233-13 ; v. également G. LOISEAU, *La rupture conventionnelle, indépendante et exclusive*, JCP S, n° 46, 11 Novembre 2014, 1436.

[537] G. LOISEAU, *Rupture conventionnelle : la désunion libre*, JCP S, n° 28, 15 Juillet 2014, 1301.

[538] G. LOISEAU, *La rupture conventionnelle au régime du droit commun*, JCP S, n° 8-9, 25 février 2014, 1078.

[539] Instruction DGT n° 02 du 23 mars 2010.

[540] *Ibid*.

élevées au point d'être trop tentantes par rapport à un licenciement économique assorti de garantie de reclassement interne ou externe[541]. Ce rappel à l'ordre doit pouvoir être transposé au droit de la rupture conventionnelle.

381. - Justification des ruptures conventionnelles pour motif économique. Il est toutefois tentant de libéraliser la pratique de ces ruptures conventionnelles. En effet, pourquoi les refuser alors qu'un plan de départs volontaires sans reclassement est accepté par les juridictions françaises ? Si le reclassement interne n'est pas obligatoire en cas de plan de départ volontaire incorporé dans un plan de sauvegarde de l'emploi, il n'en est pas ainsi de toutes les garanties habituellement attachées à la procédure de licenciement économique. L'accompagnement hors, puis à nouveau dans l'emploi, est maintenu par le contrat de sécurisation professionnelle ou les congés de reclassement et de mobilité. A l'inverse donc, la rupture conventionnelle propose moins de garanties pour le salarié quittant l'entreprise.

Le fait de faire dépendre la protection des salariés à un renvoi sur internet qui paraît être une garantie, parait ici très mince[542]. Et à moins de prévoir conventionnellement d'importantes indemnités de départ, il y a peu d'avantage à bénéficier de la rupture conventionnelle lorsqu'un licenciement économique est envisageable. La procédure de reclassement interne, puis le bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle - avec accompagnement personnalisé, sont/doivent être autant d'avantages non négligeables en cas de conjoncture difficile. Au surplus, le coût social de ces ruptures est important ; la rupture conventionnelle ouvrant droit l'allocation chômage, le coût pour Pôle emploi est certain ; cela a ainsi été rappelé par un rapport de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)[543].

382. - Logique contraire à l'intérêt collectif. D'une manière générale, le fait pour un employeur de proposer d'importantes indemnités, plutôt que de mettre en œuvre la procédure de licenciements collectifs, apparaît, de fait, comme un contournement de cette procédure. Si d'éventuelles petites vagues de ruptures conventionnelles apparaissent, ces dernières devraient être considérées, en droit, comme abusives. Car à la différence de la rupture conventionnelle,

[541] Instruction du ministre du travail, M. SAPIN, du 26 juin 2013.

[542] Le ministre du travail a toutefois déclaré qu'en cas d'accord GPEC ou de PSE, le salarié soit informé de ses droits afin de choisir en connaissance de cause (rép. min., n° 29982 : JOAN Q 3 septembre 2013, p. 9339).

[543] Rapport OCDE, *Vieillissement et politique de l'emploi : Mieux travailler avec l'âge*, 30 janvier 2014.

le plan de départ volontaire est, lui, encadré par le droit du licenciement économique, et accompagne la mobilité externe des salariés. De fait, quel que soit le nombre de ruptures conventionnelles, ces dernières sont difficilement conciliables avec l'objectif de sauvegarde de l'emploi, et apparaissent encore plus lointaines de l'idée de sécurisation des parcours professionnels. Déjà, le conventionnel - ou le contractuel -, sous couvert de la légitimité d'une négociation, fait tomber les barrières du droit du travail.

Mais la difficulté de contrôler les abus dans la signature de ces ruptures conventionnelles demeure dans leur forme. Par leur nature conventionnelle et la volonté de la Chambre sociale de la Cour de cassation de libéraliser la rupture conventionnelle - en ne contrôlant que le consentement du salarié -, il devient impossible d'identifier un contournement de la procédure de licenciement économique, hors le cas des multiples ruptures conventionnelles en moins de trente jours. Ou si le juge vérifie que le motif n'est pas économique, ce dernier va nécessairement contrôler de fait le motif, nul ne sait ce que devrait faire un juge s'il constate à la fois une absence de motif économique, mais un motif qui lui parait illégal.

383. - Pour l'abandon de la rupture conventionnelle économique. Au moment où la sauvegarde de l'emploi fait figure d'objectif républicain, il apparait surprenant d'accepter qu'un salarié soit privé de l'accompagnement spécifique accordé en cas de licenciement économique, *a fortiori* quand la conjoncture ne permet que difficilement un retour rapide à l'emploi pour certaines catégories de salariés. Reste donc à savoir si la jurisprudence applicable à la convention de reclassement personnalisé l'est également pour le contrat de sécurisation professionnelle. En effet, la chambre sociale a jugé le 16 décembre 2008 « *qu'en cas de résiliation amiable du contrat de travail d'un salarié conclue en raison de circonstances caractérisant un motif économique, l'employeur est tenu de proposer au salarié les mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement prévues par l'article L. 321-4-2 du code du travail ; qu'à défaut, il doit verser une contribution aux organismes visés à l'article L. 351-21 de ce code* »[544]. L'obligation de verser la contribution au service de public de l'emploi, semblable à ce qui est prévu en cas de contrat de sécurisation professionnelle, est

[544] Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 07-15019, note A. FABRE, *L'application du PARE anticipé à la résiliation amiable pour motif économique*, RDT, 2009, p. 165.

un argument allant dans le sens d'une reprise de cette jurisprudence[545]. D'une manière plus générale, la procédure de licenciement économique « aspire » à elle les autres types de rupture pour raison économique, ce qui abonde dans le sens d'une obligation de proposer un contrat de sécurisation professionnelle. Mais alors que la résiliation amiable ne répondait à aucune procédure particulière, il en va autrement de la rupture conventionnelle, strictement encadrée, et laissant de côté le motif de la rupture. En relevant une « raison économique », cela démontre d'une part un détournement de la procédure de licenciement économique, et donc doit permettre un contrôle du motif, mais aussi une obligation d'appliquer certaines garanties propres au licenciement économique, l'absence de garantie pouvant caractériser un contournement de la protection du droit du licenciement. L'on ne peut à la fois ériger des règles de licenciement très rigides si les raisons sont économiques, et en même temps autoriser des ruptures pour la même raison mais sans protection, si ce n'est une compensation financière. La seule différence est la nature individuelle de la procédure ; cette solution est semble-t-il peu pertinente, et reflète le souci de flexibilité réclamé par les organisations patronales.

Pour endiguer cela, la chambre sociale a inclus dans le seuil des dix licenciements, les ruptures conventionnelles homologuées, obligeant le montage d'un plan de sauvegarde de l'emploi[546]. Une différence de traitement est là aussi visible. Alors que le plan de sauvegarde de l'emploi s'impose dès lors que plus de dix licenciements sont « envisagés, ce sont les ruptures « homologuées » qui sont prises en compte, et non pas seulement celles envisagées ou proposées. Une telle différence de régime tend à atténuer le contournement de la procédure de licenciement économique, qui perdure néanmoins pour les licenciements de moins de dix salariés. Cela existera de même en cas de licenciements économiques successifs étalés sur plus de trente jours. Si la rupture suivante est une rupture conventionnelle « pour raison économique », comment justifier l'application ou non de la procédure de licenciement économique collectif sans contrôle du motif ?

D'un point de vue extra-juridique, faire passer un licenciement économique pour une rupture consensuelle n'apporte aucun avantage. Moins de protection d'une part, potentiel sentiment de remord d'autre part. Si le salarié n'avait pas signé la rupture, aurait-il été licencié ?

[545] C. trav., art. L. 1233-66.

[546] Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11581, *Dentressangle*.

Le doute reste dans la conscience du salarié. Là où le droit se développe dans le sens d'un accompagnement dans l'emploi, ce genre de pratique est à contresens de la logique actuelle, sous couvert d'une fausse responsabilisation du salarié « libre » de ses choix. Sauf à considérer un marché de l'emploi ouvert et dynamique, une rupture conventionnelle donnant droit à l'allocation de retour à l'emploi augmente la « facture sociale »[547], en plus de coûter cher à l'entreprise.

2. Le congé de mobilité

384. - Le congé de mobilité est à distinguer des autres mécanismes de reclassement externe, ne serait-ce que par sa dénomination. Il n'est pas question ici de sécurisation ou de reclassement, mais de mobilité. Le terme est important et il en va de même de la mise en œuvre de ce congé. En effet, c'est un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences qui doit prévoir le recours possible au congé de mobilité.

Sur le contenu, le Code du travail est peu orignal en proposant « des mesures d'accompagnement, des actions de formation et des périodes de travail »[548].

La grande nouveauté aurait dû se trouver dans la mise en œuvre du congé de mobilité, le Conseil Constitutionnel a toutefois précisé que la rupture du contrat intervenait pour raison économique prononcée d'un commun accord[549] ; faut-il alors y voir une rupture conjoncturelle ? Oui, puisque ce congé est placé, dans le Code du travail, dans la partie relative à l'accompagnement social dans les procédures de licenciements. De même, la circulaire DGEFP n° 2007/15 du 7 mai 2007 prévoit que l'accord GPEC doit préciser si le congé peut être mis en œuvre avant, pendant, ou après la procédure de consultation du comité d'entreprise obligatoire en cas de grands licenciements économiques. Dans l'esprit du législateur, le lien entre congé de mobilité et licenciement ne fait donc aucun doute. Pourtant, sa présence dans

[547] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Éditions Liaisons, 2013/2014, 22° éd., p. 328.

[548] C. trav., art. L. 1233-77.

[549] Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC, consid. n° 15.

l'accord de GPEC nous impose de se demander si un tel mécanisme n'aurait pas mieux sa place dans un contexte apaisé, hors d'un contexte de licenciement. Le congé de mobilité devrait s'entendre comme un véritable outil d'anticipation, à proposer aux salariés désireux de se reconvertir, ce congé devant faire office de « *transition professionnelle* »[550]. À trop vouloir retarder les échéances, le parcours professionnel du salarié se retrouve nécessairement chaotique car géré dans l'urgence, alors que nombre de dispositifs invitent à l'anticipation.

385. - L'issue du congé. Contrairement à d'autres mécanismes de mobilité, la rupture qui suit un congé de mobilité intervient d'un commun accord[551]. Devant vraisemblablement être utilisé comme mécanisme d'anticipation - puisque figurant dans l'accord sur la GPEC -, cela semble cohérent. Néanmoins, les accords de mobilité interne, intervenant également dans le cadre de la GPEC, donnent lieu à des licenciements pour motif économique. L'on serait tenté d'y voir une incohérence. Cette impression est renforcée par le fait que les deux mécanismes sont négociés « à froid », puisque prévus par l'accord de GPEC. La question de la différence de traitement se pose donc. Ce sentiment d'incohérence est renforcé par le fait que le congé de mobilité intervient dans un contexte de licenciement économique mais donne lieu à une rupture amiable, quand la mobilité causée par un accord du même nom - négocié en dehors de tout projet de restructuration - donne lieu à des licenciements économiques.

La différence de régime peut cependant s'expliquer par le caractère subsidiaire du congé de mobilité. En effet, ce mécanisme vient en remplacement du congé de reclassement, qui s'achève par un licenciement de nature économique. C'est donc là, si le salarié l'accepte, que le congé de mobilité se mettra en place. La naissance du congé se faisant par la réunion des consentements, l'issue de ce congé de mobilité reprend les formes de ce qui lui a donné vie, c'est-à-dire une réunion de consentement, soit une rupture amiable.

Il n'en reste pas moins que c'est une rupture qui intervient dans un contexte de licenciement économique. Il faut, selon nous, envisager le congé de mobilité en dehors de toute difficulté économique, et laisser une éventuelle initiative au salarié d'envisager sa propre mobilité. Le législateur, avec la loi du 14 juin 2013, a pris acte des manques du dispositif, en créant le

[550] A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, Lextenso éditions, Domat, 9ème éd., 2014, p. 510.

[551] C. trav., art. L. 1233-80.

mécanisme de la mobilité volontaire sécurisée, mais dont la mise en œuvre ne dépend pas de la négociation.

B. Les départs volontaires organisés collectivement

386. - Rupture terminologique. La terminologie utilisée pour désigner les anciens plans sociaux vole en éclat. Responsabilité du salarié, volonté de souplesse de la part de l'employeur : une importante prime de départ peut-elle être considérée comme gage de sécurité dans la notion de flexicurité ? Le plan de sauvegarde de l'emploi devient apparemment un plan de restructuration - déstructuration parfois - sans la sauvegarde de l'emploi.

Pour conserver le sens donné à ces anciens plans sociaux, il faut prendre du recul sur la notion d'emploi. Et accepter que *sauvegarder l'emploi* peut être différent de *sauvegarder la totalité des emplois*. À défaut, les plans de sauvegarde de l'emploi ne sont pas efficaces dans la tâche qui doit être la leur. Aussi, retenir une acception stricte de la sauvegarde de l'emploi est à contresens de la logique actuelle de flexibilité du marché du travail d'une part, de renforcement du négocié d'autre part. De fait, se pose la question de l'articulation entre un plan de sauvegarde de l'emploi et un plan de départ volontaire.

Les contenus (1) comme le public ciblé (2) diffèrent entre plan de licenciements de licenciements économiques et plan de départs volontaires ; de fait, des questions se posent sur les conséquences du plan de départs volontaires, tant pour les salariés parties, que ceux qui sont restés (3).

1. Le contenu du plan de départs volontaires

387. - Le développement des ruptures amiables. Exclusifs de la procédure de licenciement, les départs volontaires se sont développés ces dernières années, en raison de la crise économique actuelle, mais aussi à cause de la médiatisation des plans de restructuration

des grandes entreprises. Plus discrets, moins risqués aussi pour l'employeur, les plans de départs volontaires restent néanmoins encadrés. La loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, qui a autorisé la rupture conventionnelle a, de la même manière, organisé un recul des ruptures amiables non réglementées par le Code du travail. Depuis cette date donc, les différentes juridictions semblent refuser les ruptures qui, n'étant pas des licenciements ni des démissions, ne sont pas non plus des ruptures suivant la procédure de la rupture conventionnelle[552]. En la matière, la jurisprudence a apporté une limitation logique au pouvoir de gestion de l'employeur en matière de mobilité externe.

Pour autant, le Code du travail n'a pas proscrit toute possibilité de rupture amiable. Dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou dans celui d'un accord sur la GPEC, l'employeur peut proposer des conventions de ruptures amiables, qui n'obéissent pas aux règles de la rupture conventionnelle[553], et qui n'obéissent pas, non plus, aux règles du licenciement économique[554]. Ces ruptures sont, en tout point, amiables, et en cela, seul l'abus ou le vice du consentement peut être constaté pour endiguer la rupture, en application du droit commun des contrats.

Une partie du pouvoir de gestion est ainsi rendue à l'employeur avec l'article L. 1237-16 du Code du travail, prévoyant ces possibilités de ruptures non-contentieuses. En raison de la nature de ces ruptures, l'initiative est indifférente, seule est importante la rencontre des volontés.

La problématique est pourtant récurrente en droit du travail : dans un rapport déséquilibré dès l'origine, comment apprécier le consentement d'un salarié sur qui pèse la menace d'un licenciement économique ?[555] Par ailleurs, la question du financement est de nature, non pas à vicier, mais à emporter le consentement du salarié. L'instruction du 26 juin 2013 qui retient l'attention des DIRECCTE, sur le montant exagérément élevé des indemnités de départ, est le

[552] Riom, 12 juin 2012 n°11/00992 ; Toulouse, 24 janvier 2013 n°11/03522.

[553] C. trav., art. L. 1237-16.

[554] Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-46540, note A. LYON-CAEN, *Rupture amiable du contrat lors d'un licenciement économique*, D., 2004, p. 389 ; cass. soc., 8 février 2012, n° 10-27176, note F. GÉA, *Point de contestation de la cause économique en cas de rupture amiable*, RDT, 2012, p. 220.

[555] A. FABRE, *Un plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas à prévoir de mesures de reclassement interne en cas de départs volontaires*, RDT, 2009, p. 380.

parfait reflet des effets *indésirables* que peuvent avoir ces plans de départs volontaires. Bien gérées, ces indemnités peuvent permettre une réelle transition, jusqu'à un retour à l'emploi, caractérisant une réelle étape du parcours professionnel du salarié.

Mais à l'inverse, des indemnités trop importantes font office de victoire au loto, trop vite dépensées, et cela de manière parfois déraisonnable. Le montant élevé de ces indemnités de départ ne résout donc pas le problème de l'accompagnement. C'est pour cette raison que l'obligation de reclassement externe est maintenue : éviter une déconnexion entre les anciens salariés et le marché du travail. Un reproche important, mais dont la difficulté de mise en pratique a été évoquée, est l'absence de mesure de reclassement externe dans le cadre d'une rupture conventionnelle par nature individuelle. Par contre, sous couvert du volontariat, le reclassement interne est écarté.

388. - L'éviction conditionnée de l'obligation de reclassement. La Chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé ce principe : le plan de reclassement interne n'est pas obligatoire en présence d'un engagement de l'employeur à ne prononcer aucun licenciement pour motif économique[556]. À l'inverse, le plan de reclassement interne est obligatoire en l'absence d'un tel engagement de la part de l'employeur[557]. L'on se retrouve dans une configuration proche de celle de la rupture conventionnelle conclue pour raison économique, mais avec un volume de rupture bien plus important. Est ici privilégiée la mobilité externe, à la mobilité interne, puisque le reclassement en interne est écarté, posant la question de l'objectif du plan de sauvegarde de l'emploi, mais plus certainement de la logique privilégiée par le droit du travail français. Au-delà de la sauvegarde de l'emploi, le consensualisme prend toute sa force.

389. - L'incitation au départ. Les réflexions émises pour la rupture conventionnelle valent pour les plans de départs volontaires, spécialement par rapport à l'équilibre contractuel. Le salarié gagne en argent ce qu'il perd en possibilité d'emploi. Le *pour* et le *contre* sont ici à peser. En effet, rien ne dit que le salarié qui refuse un départ volontaire se verra réellement proposer un poste. Pour que cela se réalise, il faut un poste disponible que l'employeur peut

[556] Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-15187, *Renault*, note T. PASQUIER, *Du plan de départs volontaires sans licenciement à l'absence de plan de reclassement*, D., 2011, 1246 (I. C).

[557] Cass. soc., 23 avril 2013, n° 12-15221 à 12-15230 et n° 12-15232 à 12-15244, note A. MARTINON, *Sur l'obligation de reclassement en cas de mise en œuvre d'un plan de départs volontaires*, JCP S, n° 41, 8 octobre 2013, 1399.

proposer, ce qui est loin d'être certain quand l'objectif est à la réduction des effectifs. L'incertitude du reclassement est un élément à même de faire pencher en faveur d'un départ volontaire.

L'autre argument est donc pécuniaire. Les indemnités de départ peuvent être utilisées dans un projet en vue d'un retour à l'emploi par une création d'entreprise, servant de capital de départ. Cela induit que le candidat au départ avait ce projet avant le licenciement, et qu'il était donc candidat au départ avant même l'annonce du plan de sauvegarde de l'emploi. Ce qui pose la question des salariés potentiellement concernés par un départ volontaire.

L'écueil est le suivant : les indemnités allouées aux salariés en cas de plan de sauvegarde annulé sont de nature à inciter les salariés à préférer une indemnisation immédiate plutôt qu'un reclassement, certes moins rémunérateur à court terme, mais qui permettrait à nombre de salariés de rester insérés dans le milieu professionnel. Différentes études en ce sens ont prouvé qu'une grande partie des salariés licenciés privilégiait une amélioration de leur condition à court terme, plutôt qu'un maintien dans l'emploi grâce à une formation parfois longue[558]. Concernant ce dernier élément, une instruction de la DIRECCTE vise à fixer un contrôle « intelligent » des plans de sauvegarde de l'emploi en déclarant que les indemnités prévues dans un plan de départs volontaires ne doivent pas peser « *exagérément au détriment des mesures actives de reclassement qui doivent être privilégiées* »[559]. Ce travail de contrôle est revenu à la DIRECCTE depuis la loi du 14 juin 2013.

Une possibilité est, selon nous, de favoriser des mécanismes de mobilité basés sur le volontariat, issus de la négociation ou non, mais qui accompagnent le salarié sur une nouvelle étape de son parcours professionnel. Un départ volontaire ne peut être une solution bénéfique pour l'emploi au sens large, sauf à considérer que les salariés partis volontairement de l'entreprise sont suffisamment qualifiés pour retrouver un emploi ou créer leur propre entreprise.

[558] LES ATELIERS DE LA CONVERGENCE, *L'obligation de reclassement face aux restructurations - Quelle réalité ? Quelle efficacité ?*, Le cahiers des ateliers, janvier 2014.

[559] Instruction du ministre du travail, M. SAPIN, du 26 juin 2013.

2. La désignation des candidats souhaités

390. - Principe d'égalité de traitement entre salariés d'établissements distincts. Le motif ou la raison économique invoqués lors de la rupture exclut tout critère « inhérent à la personne du salarié »[560]. De fait, le licenciement économique est un outil de gestion contraint pour l'employeur, celui-ci n'étant *a priori* pas libre de décider de qui il se sépare. Ceci est à relativiser, car le Code du travail précise que le plan de sauvegarde de l'emploi doit prévoir les critères d'ordre des salariés concernés par le licenciement collectif[561]. De plus, l'article L. 1233-5 du Code du travail autorise l'employeur à donner plus ou moins d'importance aux critères légaux, dont celui des qualités professionnelles.

391. - Délimitation au niveau de l'entreprise du périmètre du plan de départs volontaires. Dans le cas des départs volontaires, la logique est très différente car le départ doit être consensuel. L'employeur ne peut pas *désigner* les *candidats* au départ sans le risque que cela prenne la forme de licenciement. À partir du moment où l'employeur veut mettre en place un plan de départ volontaire, il doit définir strictement qui peut prétendre bénéficier des conditions offertes par le plan de départ. La difficulté réside dans l'obligation de ne pas porter atteinte au principe de non-discrimination d'une part, et d'égalité de traitement d'autre part. Le refus d'accorder à un salarié la possibilité de bénéficier d'un plan de départ doit ainsi résulter de considérations objectives, pour peu que le plan de départ les ait prévues. Ce sera le cas normalement s'il existe un nombre de départs souhaités.

Avant la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 et encore plus certainement avant la loi du 5 aout 2015, la délimitation du périmètre du plan de départ était difficile, en raison d'un principe de non-discrimination. L'entreprise étant le lieu habituel et partagé de la communauté de travail, la Chambre sociale refusait toute délimitation au niveau de l'établissement, quand bien même un seul des établissements rencontrerait des difficultés

[560] C. trav., art. L. 1233-3.

[561] C. trav., art. L. 1233-5.

économiques. Pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, cela se justifie par une approche unitaire de l'entreprise, et par le fait qu'en cas de licenciement, les critères d'ordre des licenciements sont mis en œuvre au niveau de l'entreprise et non du seul établissement déficitaire. Il faut donc que les salariés concernés, *in fine*, par un licenciement, aient pu avant cela bénéficier d'une offre de départ volontaire et des avantages associés, si avantages il y a. Ainsi la Chambre sociale précisait-elle « *qu'ayant constaté, d'une part, que les mesures incitant aux départs volontaires étaient réservées aux seuls salariés de l'établissement de Genlis et, d'autre part, qu'au cas où elles ne permettraient pas d'atteindre l'objectif de réduction d'effectifs, il était prévu des licenciements économiques auxquels tous les salariés de l'entreprise appartenant aux catégories professionnelles concernées seraient exposés sans avoir pu bénéficier de l'alternative offerte par les aides au départ volontaire, ce dont il résultait une rupture dans l'égalité de traitement entre les salariés des divers établissements* »[562].

Il résulterait de cet attendu que s'il n'y pas de menace d'un licenciement, il est possible de limiter le plan de départs volontaires. Cela reste dans une certaine logique, dans la mesure où les personnes visées par le plan de départs ou les licenciements ultérieurs sont les mêmes. Donc les personnes non visées par un risque de licenciement sont logiquement laissées en marge du plan de départs volontaires. Cette approche pragmatique parait souhaitable dans un souci de bonne gestion de l'établissement ; elle était pourtant critiquable et critiquée au regard du droit du licenciement économique et d'un principe de solidarité entre les salariés[563].

Le professeur J.-E. Ray pointe une « *obsession égalitariste* » de la Chambre sociale de la Cour de cassation[564] en obligeant à conserver l'entreprise comme périmètre des licenciements économiques. Mais si, normalement, les critères d'ordre s'appliquaient par principe au niveau de l'entreprise[565], la Chambre sociale de la Cour de cassation autorisait toutefois la branche ou l'entreprise à négocier et permettre une application au niveau de l'établissement des critères

[562] Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-15182, note A. FABRE, *Les plans de départs volontaires à l'épreuve du principe d'égalité de traitement : un nouveau signe de soumission au droit du licenciement pour motif économique ?*, RDT, 2010, p. 580.

[563] A. FABRE, *L'application des critères d'ordre de licenciement au niveau de l'entreprise : le choix de la solidarité*, RDT, 2013, p. 559.

[564] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Ed. Liaisons, 2013/2014, 22° édition, p. 343.

[565] Cass. soc., 9 mai 2006, n° 04-45880.

d'ordre des licenciements économiques. Mais cette exception au principe n'avait jamais été clairement définie ; c'est ce qu'ont fait les Hauts magistrats avec l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 15 mai 2013[566] ; entre l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin de la même année.

392. - Négocier ou imposer un périmètre dans le cadre d'un licenciement économique collectif. Si la fixation du périmètre au niveau de l'établissement peut être critiquée, il n'en reste pas moins que la loi du 6 aout 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques l'a consacré[567]. Désormais, conformément à l'article L. 1233-5 du Code du travail, le plan de sauvegarde de l'emploi, qu'il soit négocié ou élaboré unilatéralement par l'employeur, peut délimiter le périmètre d'application des critères d'ordre de désignation des salariés concernés par la procédure de licenciement économique. Ce qui était autorisé, en filigrane, par la jurisprudence a ainsi été consacré par la loi, selon certains, dès la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, mais avec plus de certitude encore par la loi du 6 aout 2015.

Au-delà de l'autorisation certaine de négocier le périmètre des licenciements économiques, la loi du 14 juin 2013 a facilité cette négociation, en raison de la généralisation des plans de sauvegarde de l'emploi négociés au sein des entreprises. La question soulevée par le professeur Fabre - la négociation du périmètre se fait-elle par un accord de droit commun ou un accord portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi ?[568] - a donc obtenu réponse du législateur. Mais l'évolution, peut-être inattendue, est issue de la loi du 6 aout 2015, puisque l'article L. 1233-5 a étendu la possibilité de délimiter le périmètre des licenciements au plan de sauvegarde de l'emploi élaboré unilatéralement par l'employeur. Si l'évolution récente du travail tend à faire la part belle à la négociation collective, et plus généralement au contractuel, la possibilité offerte au plan de sauvegarde de l'emploi unilatéral est tournée vers la direction opposée. Seule protection pour les salariés, le contrôle effectué par le juge administratif, prenant la forme d'une

[566] Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-27458 à 11-27472, note A. FABRE, *op. cit.*

[567] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi *Macron*).

V. A. BUGADA, *Adoption définitive de la loi Macron : mesures sociales*, JCP S, n° 31-35, 4 août 2015, act. 297.

[568] A. FABRE, *op. cit.*

homologation. Mais cette protection peut paraitre bien mince, au regard de sa légitimité, quand un doute persiste déjà quant à la légitimité des syndicats à négocier certains types d'accords[569].

393. - Atouts d'une gestion décentralisée de l'entreprise. Le droit du travail est aussi celui des salariés dans l'entreprise. Une approche globalisante de la communauté des salariés est donc normale. Pour autant, le droit du travail n'a cessé de se développer à des niveaux différents de l'entreprise. Cela se voit par exemple au niveau des comités d'établissement ou concernant la négociation collective. La présence des syndicats s'observe aussi au niveau de chaque établissement. Une certaine autonomie est donc reconnue à chaque entité d'une même entreprise. Il est donc possible d'accepter une gestion locale de l'entreprise, au niveau de la plus petite entité économique, facilitant la gestion, et renforçant même la cohésion des travailleurs. Le professeur Despax pointait ainsi le risque d'occulter les différents niveaux de l'entreprise: « *Élargir, en effet aux dimensions de l'entreprise le champ d'application d'un système de critères - ce qui risque d'être la conséquence de l'affirmation jurisprudentielle selon laquelle l'appréciation du motif économique doit se faire au niveau de l'entreprise et non au niveau de tel ou tel établissement - risque paradoxalement d'aboutir à des solutions perçues comme inéquitables par ceux qui, par hypothèse, seront licenciés, compte tenu du système de critères retenu, dans un établissement éloigné de celui connaissant des difficultés spécifiques* »[570].

394. - Transposition des solutions au plan de départs volontaires. La question reste entière quant à savoir si le droit du licenciement économique collectif est transposable aux plans de départs volontaires. Nul doute que cela permettrait de rationaliser la gestion de l'entreprise tout en sécurisant son activité. À défaut d'un accord d'entreprise existant, et selon la loi du 14 juin 2013, un accord majoritaire établissant le plan de sauvegarde de l'emploi pourrait prévoir une règle spécifique pour une application différente des critères d'ordre des licenciements. Dans le cas contraire, un établissement bénéficiaire pourrait se voir dépouiller de ses meilleurs éléments, laissant l'établissement en difficulté avec le même nombre de salariés. Il faudrait alors réorganiser les effectifs au niveau de l'ensemble des établissements. Une telle hypothèse

[569] Notamment les accords dérogatoires, ou les accords donnant-donnant.

[570] M. DESPAX, *L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples*, Dr. soc., 1994, p. 243.

est envisageable à partir d'un accord de mobilité interne, mais reste très contraignante alors qu'une gestion décentralisée aurait été plus efficace.

Le risque posé par la ligne directrice de la Chambre sociale est la désorganisation totale de l'entreprise. De la même manière que les salariés qui ont le plus de chance de s'en sortir sont ceux qui ont déjà un projet professionnel en tête, le risque est que, le plan étant ouvert sur tout le territoire, seuls les meilleurs éléments postulent à un départ de l'entreprise. Reste donc dans l'entreprise - dans l'établissement - les « moins bons » éléments, ceux qui ne seront pas forcement à même de remettre d'aplomb l'activité économique. D'un côté, les salariés les moins efficaces ayant peur du marché déplorable de l'emploi ne voudront pas partir ; d'un autre côté, les salariés possédant une forte valeur ajoutée sur des sites rentables vont en profiter pour quitter l'entreprise, moyennant des indemnités conséquentes. Ce n'est qu'un risque potentiel, mais bien réel. La rigueur de la Chambre sociale a cependant un atout, celui finalement, d'autoriser uniquement le départ des salariés aptes à retrouver un emploi, mais cela au risque de fragiliser l'ensemble de l'entreprise, et d'entrainer un nouveau plan social.

395. - Limiter les candidats au départ. Une autre difficulté est de réussir à limiter l'hémorragie de personnel dans le cadre des départs volontaires. Les critères d'ordre peuvent intervenir dans ce sens, de façon à délimiter le champ du plan, et limiter le nombre. Ainsi, sur les dernières places à pourvoir par exemple, il faudra départager les candidats retenus et en évincer d'autres, parfois peut-être sur des détails. Se pose donc le problème de l'égalité de traitement entre les salariés pouvant postuler au départ.

Par principe, le départ est volontaire, ce qui signifie qu'il est accepté et choisi librement par les salariés partants. La Chambre sociale voit dans ces possibilités de départs un avantage, un bénéfice[571], c'est pour cela qu'on ne doit pouvoir refuser cet avantage que sur un critère matériellement vérifiable, sans lequel un refus est discriminatoire. Si un départ était réellement un avantage, peut-être les salariés auraient-ils proposé eux-mêmes une rupture conventionnelle ou un congé pour création d'entreprise prévu par l'article L. 3142-78 du Code du travail. Il faut

[571] Cass. soc. 12 juillet 2010, n° 09-15182, note A. FABRE, *Les plans de départs volontaires à l'épreuve du principe d'égalité de traitement : un nouveau signe de soumission au droit du licenciement pour motif économique ?*, RDT, 2010, p. 580 ; J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Éditions Liaisons, 2013/2014, 22° éd., p. 343.

alors considérer que le plan de départs volontaires n'est que le déclencheur, qui manquait à ces salariés pour créer leur entreprise. Il faut pourtant avouer que ces cas ne doivent pas être les plus nombreux. Pour autant, le caractère volontaire du départ est loin d'être négligeable.

Quant à savoir si la nouvelle législation peut s'appliquer aux plans de départs volontaires, la réponse est nuancée. Elle peut être positive, selon nous, si le plan de départ volontaire est en fait un plan de sauvegarde de l'emploi allégé, car son élaboration répondra aux exigences des articles L. 1233-61 et suivants du Code du travail. Toutefois l'article L. 1233-5 du Code du travail parle des critères d'ordres des licenciements, semblant peut-être exclure les plans de départs volontaires.

Mais posons une hypothèse. La loi autorise de délimiter le périmètre des licenciements économiques aux termes de la loi du 6 aout 2015 ; de fait, toute l'entreprise ne se trouve plus concernée par un risque de licenciement. En tout état de cause, la jurisprudence du 12 juillet 2010, qui pointait une rupture d'égalité, ne s'applique plus, et un plan de départs volontaires doit pouvoir délimiter son périmètre d'application sans courir le risque d'une condamnation.

Concernant un plan de départs volontaires excluant tout licenciement, des critères sont fixés dans le plan, mais aucun risque de licenciement n'est encouru par les salariés. Il n'est donc pas possible de pointer une quelconque rupture d'égalité, du moins telle qu'elle est condamnée par la Chambre sociale le 12 juillet 2010. Ainsi, le plan de départs volontaires devrait pouvoir délimiter un périmètre d'application, puisque c'est le risque de licenciement qui avait forcé la décision des juges.

3. Les suites données au plan de départs volontaires

396. - Passé le stade des départs volontaires, l'ancienne communauté de travail se retrouve scindée en deux parties. Une première, qui ne s'est pas portée volontaire à la mobilité externe - ou n'a pas pu -, et qui normalement doit pouvoir conserver son emploi si l'employeur s'y est engagé (a). Quant à la seconde partie, le caractère volontaire du départ peut être un facteur d'un reclassement externe réussi, à condition que les départs aient été contrôlés en amont (b).

a. L'obligation de ne pas licencier

397. - L'engagement de l'employeur de ne pas licencier. L'autre problématique que pose un plan de sauvegarde de l'emploi, résulte dans l'engagement de ne pas licencier, pris parfois par l'employeur afin de ne pas avoir à déployer de plan de reclassement interne. Pour l'heure, et à notre connaissance, rien n'a été dit quant à la durée de l'engagement de ne pas licencier, les arrêts s'y référant sont encore récents. La doctrine s'interroge cependant déjà à ce sujet, qui amènera certainement un nouveau contentieux. L'hypothèse est la suivante : des salariés vont accepter un départ volontaire largement indemnisé par peur de perdre à terme leur emploi, d'autres vont refuser le départ du fait de l'engagement de l'employeur de ne pas licencier. Pendant combien de temps l'employeur est-il bloqué ? Faudra-t-il envisager un « délai raisonnable » derrière lequel se cache une grande insécurité juridique ? Vraisemblablement, l'employeur devra indiquer dans sa lettre d'engagement un délai pendant lequel il bloque les possibilités de licenciements économiques. En la matière, les accords de maintien de l'emploi ont fixé un maximum de deux ans pendant lesquels l'employeur signataire s'engage à ne pas licencier. Mais les départs volontaires ne valent pas les concessions réciproques d'un accord de maintien de l'emploi.

De plus, si le plan de départs est inefficace, l'employeur se retrouve bloqué par son engagement, sans que les conditions économiques ne se soient nécessairement améliorées. Les effets d'un tel engagement peuvent donc amener l'entreprise à de plus grandes incertitudes que celles qui ont entrainé le plan de départs volontaires. Là encore, la Chambre sociale pourrait être rapidement confrontée à ce type de contentieux, d'autant plus que la conjoncture n'incite pas forcément les salariés à privilégier un départ de l'entreprise. Cette dernière étant qui plus est en situation de difficultés financières, il leur sera difficile de proposer des plans de départs volontaires attractifs d'un point de vue pécuniaire.

Les salariés partis volontairement n'ayant pas bénéficié d'un reclassement interne, seront-ils en droit de contester devant un conseil de prud'hommes la licéité de leur départ, eux qui sont partis volontairement pour « sauver l'entreprise », mais dont le départ n'a finalement pas profité aux salariés restés ? Le caractère volontaire semble écarter cette hypothèse, d'autant plus que

la Chambre sociale semble voir le départ des salariés, dans le cadre de ces plans, comme un avantage pour ces derniers[572].

Aussi, même si l'employeur ne s'y engage pas, il n'est pas forcé de licencier. Il en est ainsi à la suite d'une reprise de la croissance, après avoir obtenu un important contrat rendant inutile de nouveaux départs. Il sera alors rétorqué aux salariés partis qu'ils étaient volontaires au départ. La chambre sociale pourra-t-elle, encore, tenir le même discours, selon lequel le départ volontaire est un avantage à proposer à l'ensemble de l'entreprise ? La réponse est négative, d'une part du fait du volontariat, d'autre part du fait que la croissance économique retrouvée est peut-être en partie due à ces précédents départs. Pourtant, malgré le caractère volontaire de ces départs, il est évident que la proposition de ce type de plan est motivée par - si ce n'est un motif - une raison économique. L'on se retrouve alors nécessairement épris d'un doute quant à la réalité des consentements obtenus, motivée sans doute par la crainte d'un licenciement.

398. - Sanction en cas de non-respect de l'obligation de ne pas licencier. Si l'employeur se trouve obligé de licencier, la question de la nature de la sanction – dommages-intérêts ou défaut de cause réelle et sérieuse – se pose. La nullité des départs volontaires ne semble toutefois pas la piste à privilégier, seul l'insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi pouvant entrainer la nullité de la procédure. Le non-respect de l'engagement se faisant au stade de l'exécution du plan de sauvegarde, il semble que ce soit l'indemnisation qui soit la sanction adéquate. Toutes proportions gardées, le raisonnement rejoint celui de la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 13 avril 1999[573]. Dans cet arrêt relatif à un engagement de ne pas licencier pris vis-à-vis de l'État dans le cadre d'une convention FNE, un salarié avait ainsi été autorisé à invoquer l'article 1147 du Code civil, alors même qu'il n'était pas partie à la convention.

[572] Cass. soc. 12 juillet 2010, n° 09-15182, note A. FABRE, *op. cit.*

[573] Cass. soc., 13 avril 1999, n° 96-44334, note J. SAVATIER, *L'engagement de ne pas licencier certains salariés souscrits par un employeur dans une convention d'allocations spéciales FNE*, Dr. soc., 1999, p. 677.

b. La réussite du reclassement externe du fait du volontariat

399. - L'influence positive du volontariat sur le reclassement. Entre licenciement et départ volontaire, le résultat final est identique : le départ de l'entreprise. La différence est donc avant tout psychologique, car il n'y a que des volontaires qui quittent l'entreprise. Dans les deux procédures, le reclassement externe est obligatoire, car le plan de sauvegarde l'exige. Corrélativement, il apparait que les dispositifs d'accompagnement sont plus efficaces lorsque la personne est volontaire, et participe au dispositif. Il est en effet évident que le salarié sera plus enthousiaste à suivre une formation ou un accompagnement quelconque s'il a réellement choisi son sort. Dans cette optique, les DIRECCTE doivent être amenées à contrôler aussi la mise en œuvre des départs volontaires, dont précisément le choix des salariés. La doctrine est unanime pour dire qu'il faut éviter le départ de salariés sans aucun projet, et qui iront directement s'inscrire à Pôle-emploi. Également, le plan de sauvegarde doit être en corrélation avec les moyens de l'entreprise, ce qui permet là aussi à l'administration de contrôler où va aboutir la mobilité externe envisagée.

400. - Égalité… Les situations sont multiples, et vécues différemment selon les salariés concernés. Certains acceptent le départ avec un vrai projet, et donc dans une perspective intéressante ; d'autres, au contraire, vont accepter les conditions intéressantes de ce départ simplement par peur d'un futur licenciement économique, et donc sans réel projet futur. Ces salariés sont-ils réellement sur un pied d'égalité et le droit est-il encore social s'il est incapable de prendre en compte les hommes de manière personnelle ? La vision d'une égalité désincarnée de la Chambre sociale de le Cour de cassation est pour l'instant difficilement modifiable si l'on veut conserver une possibilité de contrôle sur la manière de gérer les effectifs, mais conduit aussi à des choix qui se révèlent peu pertinents, tels que la considération que tous les salariés d'une entreprise, tout site et établissement confondus, sont placés dans des situations comparables[574]. Le professeur DESPAX avait formulé ainsi cette claire vision : « *La «* boussole *» de l'intérêt des salariés qui, en droit du travail, devrait, toujours être un guide sûr, est ici,*

[574] Une fermeture de site dans le Pas-de-Calais ou en région parisienne sera vécue différemment selon que le bassin d'emploi est déjà sinistré.

comme affolée parce qu'elle est privée de son champ magnétique habituel lorsque c'est au sein d'une entreprise à établissements multiples que pareille question se pose »[575].

Compte tenu de la situation économique actuelle, quitter l'entreprise, même avec une importante somme d'argent, n'est clairement pas un modèle de mobilité à favoriser. Sauf à avoir un projet de reclassement externe, ce qu'il revient aux DIRECCTE de contrôler. C'est peut-être également là, qu'il faut donner un contenu à la responsabilité sociale des entreprises : ne pas laisser partir de futurs inscrits à Pôle-emploi. Il faudra tout du moins veiller à un suivi poussé des salariés partants. Quant aux salariés partis par peur d'un licenciement futur, sacrifiés au nom de la collectivité qui a finalement conservé son travail, il reste à assurer un suivi sérieux, en attendant peut-être que le Parlement se décide à encadrer, au moins *a minima*, ces plans de départs volontaires.

401. - Conclusion du chapitre. L'organisation négociée de la mobilité est une notion en devenir, qui connait déjà une certaine actualité. Les récentes réformes du droit du travail ont montré cette prise de position du législateur en faveur du négocié, que l'on oppose à l'unilatéral, qu'il provienne de l'État ou de l'employeur.

Ce choix de la négociation répond à un impératif d'efficacité de la gestion du personnel, tout comme il répond à un besoin de légitimation des choix de l'employeur.

Mais ce changement de paradigme - celui du consensualisme - cache une abolition des barrières protectrices propres au droit du travail. Pendant longtemps, le contrat de travail revêtait le caractère d'un bouclier face au pouvoir de l'employeur. Désormais, sous couvert d'une définition extensive de la notion d'emploi, le salarié, représenté abstraitement par son contrat de travail, se voit opposé à la communauté à laquelle il appartient, la communauté de travail, figurée par les représentants du personnel et le droit conventionnel. Cette utilisation de la notion d'emploi pour mettre en position de faiblesse le salarié pris isolément, interroge sur la finalité du droit du travail.

[575] M. DESPAX, *L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples*, Dr. soc., 1994, p. 243.

Chapitre 2

L'instrumentalisation du collectif, moyen d'imposer la mobilité

402. - Mot parfois qualifié de « valise », la définition de l'*emploi* peut varier[576]. Le mot apparaît à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, par la proclamation que « *tous les citoyens sont admissibles à toutes dignités, places et emplois* ». Était désigné, par-là, un emploi public, puisque le Roi employait sa noblesse, comme le rappelle le professeur Gaudu[577]. Aussi, faut-il y voir une connotation de « *stock* », c'est-à-dire une idée d'un ensemble de personne, une collectivité, disposée à être utilisée[578].

La notion évolue, en passant par l'utilisation du mot *emploi* pour distinguer l'ouvrier de l'employé, ce dernier étant seul titulaire d'un emploi[579]. Attaché auparavant au travail des fonctionnaires, l'*emploi* incarne aussi la stabilité ; de fait, le travail des employés étant proche de celui des fonctionnaires, la notion d'emploi s'est étendue aux autres métiers, notamment par la jurisprudence[580], au fur et à mesure que le contrat de travail, à durée déterminée ou indéterminée, se consolide. De cette manière, travail et emploi se sont peu à peu confondus.

---

[576] F. GAUDU, *Les notions d'emploi en droit*, Dr. soc., 1996, p. 569.

[577] *Ibid.*

[578] Loi du 18 mai 1834 sur l'emploi des officiers.

[579] F. GAUDU, *op. cit.*

[580] Cass. civ., 27 février 1934, *Goupy*, DH, 1934, p. 252.

Toujours empreint de stabilité, la notion d'emploi peut également désigner une sorte d'universalité - tel le patrimoine -, qui regroupe l'ensemble des emplois, des postes de travail disponibles[581].

De ces deux définitions, une interrogation. Quelle utilisation est faite de la notion d'emploi aujourd'hui ? Notion utilisée couramment, qui interroge par exemple sur l'objectif d'un plan de sauvegarde de l'*emploi*.

L'utilisation de la notion dans de nombreuses réformes oblige à définir l'objectif de cette utilisation (section 1). Selon que la notion doive s'entendre de manière individualisée ou au contraire globalisée, le sort du salarié-individu se retrouve engagé (section 2).

Section 1. UN COLLECTIF DÉFINI PAR LA NOTION D'EMPLOI

403. - Si les définitions usuelles de la notion d'emploi sont principalement tournées vers l'individuel, les dernières réformes montrent une tendance inverse, en favorisant un collectif. L'utilisation de la notion est multiple, se retrouvant dans de nombreux textes, législatifs comme doctrinaux. La notion doit donc être clairement définie à partir de son utilisation (section 1). À partir de cette définition de la notion, il est alors possible de voir émerger une représentation des salariés à travers leur collectivité (Section 2).

§ 1. L'essor de la notion d'emploi

404. - Il est possible de définir la notion d'emploi à travers l'utilisation qui en est couramment faite. La plupart du temps, il est question d'emploi quand il s'agit de le préserver. La procédure attachée au plan de sauvegarde de l'emploi en est ainsi l'archétype (I). Cependant,

[581] F. PETIT et D. BAUGARD, *Droit de l'Emploi*, Master Pro, Lextenso-Gualino, 2010, p. 19.

malgré tous les bénéfices qu'on lui prête, la notion d'emploi n'en reste pas moins une énigme pour les juristes, quant à sa réelle portée normative (II).

I. L'objectif certain de maintien de l'emploi

405. - Cela est sans doute dû aux difficultés économiques rencontrées en France et en Europe, mais la notion d'emploi se retrouve majoritairement dans les mécanismes de lutte contre le chômage.

Les mécanismes de sauvegarde de l'emploi divergent ainsi par leur origine, qui peut être unilatérale, si l'employeur en est l'instigateur (A), ou bien négociée, si le mécanisme est issu de la concertation (B).

A. Le maintien unilatéral de l'emploi

406. - Modification de la relation de travail. De manière unilatérale, l'employeur dispose d'une certaine capacité d'organisation de son entreprise. Relié individuellement et juridiquement à chaque salarié par le contrat de travail, l'employeur, dans une certaine mesure, peut modifier le contenu de la relation de travail.

Cela prend la forme acceptable du changement des conditions de travail. Cela peut aussi prendre la forme d'une modification acceptée du contrat de travail.

La différenciation entre ce qui est modifiable ou immuable dans le contrat de travail s'est faite progressivement. Originairement, le pouvoir de l'employeur sur ses salariés est presque absolu, comparable au pouvoir de la puissance publique sur les administrés ; il appartenait ainsi au salarié de démissionner s'il n'acceptait pas la modification apportée, à son contrat de travail, par l'employeur. Puis le pouvoir de l'employeur s'est vu limité ; ne pouvaient être modifiés que

les éléments non substantiels du contrat de travail[582]. Enfin, la distinction s'est tournée vers une distinction peut-être plus simpliste, entre ce qui est contractuel et ce qui est de l'ordre de la simple information. Ce qui n'est pas contractuel peut donc être changé en vertu du pouvoir de direction de l'employeur[583].

Au-delà du simple débat pour savoir si tout le contenu du contrat est contractuel - interrogation qui peut paraitre un non-sens pour un profane -, cette distinction a pour conséquence d'étendre le pouvoir de gestion, à tort pour certains[584], à raison pour d'autres[585]. Surtout, comme le souligne le professeur P. Lokiec, cette limitation du champ contractuel permet un contournement du droit du licenciement économique. En effet, la modification refusée d'un changement des conditions de travail entre dans le champ non plus économique mais disciplinaire, car ce refus s'oppose, de fait, au pouvoir de direction de l'employeur.

407. - Mobilité interne. Il est toutefois curieux de vouloir s'opposer à tout prix à cette théorisation de la modification du contrat de travail, l'alternative à cette modification étant de toute façon le licenciement. Mais la différence se trouve dans la nature du licenciement ; le licenciement sera disciplinaire si le changement est dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur, mais économique si l'employeur est obligé de passer par la procédure de l'article L. 1222-6. Cette dernière procédure alourdit considérablement le processus, notamment si c'est une modification collective qui est proposée. D'où l'intérêt du recours à la décontractualisation de certains éléments du contrat de travail.

La procédure de l'article L. 1222-6 du Code du travail a donc l'intérêt de privilégier la mobilité interne à la mobilité externe. Une approche différente pourra éventuellement être envisagée, mais pas tant qu'un droit efficace des transitions professionnelles ne sera pas opérationnel. À ce moment là uniquement, « mobilité externe » pourra être associé à « maintien de l'emploi ».

---

[582] Cass. soc., 21 janvier 1988, n° 84-45385.

[583] Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-40966, note H. BLAISE, Dr. soc., 1996, p. 976.

[584] P. LOKIEC, *L'évitement du licenciement pour motif économique*, *in* Mélanges Fr. Gaudu, IRJS Éditions, 2014, p. 102.

[585] J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail*, Dr. soc., 2013, p. 17.

408. - Marché interne. Très critiquée par une partie de la doctrine[586], la notion de marché est pourtant celle qui guide l'idée de sauvegarde de l'emploi. En effet, la notion d'emploi n'est-elle pas originairement associée à l'idée de stock ?[587] L'assimilation des travailleurs à un ensemble de biens fongibles n'est pas donc pas totalement nouvelle.

La souplesse de la relation de travail entraine alors la création d'une forme de marché interne à l'entreprise, qui permet à l'employeur une gestion efficace de la main-d'œuvre, et ainsi de maintenir l'emploi dans l'entreprise. Ici, l'emploi prend donc la forme d'une universalité ; les salariés sont certes « titulaires d'emploi » - et non pas propriétaires -, mais pas titulaire d'un poste. Ce marché interne est parfaitement visible dans le développement de contrats de travail « multipostes » dans certaines entreprises.

409. - Maintien de l'emploi et service-public de l'emploi. Outre les entreprises privées, le maintien de l'emploi, et même le développement de l'emploi, incombe à l'État. L'évolution des devoirs des chômeurs va dans le sens de cet objectif de plein emploi[588], qui est repris par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, disposant que chacun a le devoir de travailler[589]. Ainsi, l'interdiction, faite aux usagers de Pôle-emploi, de refuser plus de deux offres raisonnables d'emploi répond-elle à cette prescription constitutionnelle, faisant plutôt office d'objectif républicain de valeur constitutionnelle[590]. Mais si peu contraignant qu'il soit, le devoir de travailler permet à la puissance publique de mettre un certain nombre d'obligations à la charge des chômeurs. Cela prouve finalement, si besoin est, que cette disposition constitutionnelle n'est pas uniquement un simple précepte ou une simple déclaration d'intention[591]. Peut-être, dans les années à venir, prendra-t-il encore plus d'importance,

---

[586] A. SUPIOT, *Le droit du travail bradé sur le «* marché des normes *»*, Dr. soc., 2005, p. 1087.

[587] *Supra n° 402.*

[588] F. PETIT, *L'insaisissable droit à l'emploi*, in Mélanges F. Gaudu, IRJS Éditions, 2014, p. 67.

[589] Préambule de la Constitution de 1946, al. 5 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ».

[590] P. LOKIEC, *Droit du travail, Tome 1- Les relations individuelles de travail*, PUF, Thémis, p. 32.

[591] A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, *L'incertain droit à l'emploi*, *Travail, genre et société*, 1999/2, n° 2, p. 29.

notamment vis-à-vis d'une obligation de se former pour obtenir un emploi, comme ça a pu être le cas en Suède, pour des chômeurs « réticents » à aller travailler dans un abattoir[592].

L'autre possibilité de sauvegarder l'emploi repose, non pas sur l'unilatéralité des mesures, mais sur la concertation des différents acteurs.

B. La négociation instrumentalisée de la sauvegarde de l'emploi

410. - Plan de sauvegarde de l'emploi. Venus en remplacement des plans sociaux, les plans de sauvegarde de l'emploi occupent l'actualité. Si l'on tente une comparaison entre les deux intitulés, un plan « social » ne laisse rien présager du tout, si ce n'est qu'il aura un impact « social ». En cela, un plan de sauvegarde de l'emploi porte beaucoup mieux son nom.

Comme le souligne l'article L. 1233-61 du Code du travail, le plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas synonyme de conservation de tous les postes de travail, et encore moins de tous les salariés. À tout le moins, il doit limiter le nombre de licenciements. Mais cela induit donc que l'emploi doit s'entendre au-delà de la simple relation individuelle de travail. Sauvegarder l'emploi, c'est donc avant toute autre chose, une tentative de ne pas licencier, mais cela exige aussi d'avoir une vision globale de l'entreprise, et non pas égocentrique, même si cela se fait au détriment d'un ou plusieurs salariés.

411. - L'emploi comme justification. Cette vision de l'emploi peut facilement être rapprochée de la notion de flexicurité. Ainsi, comme l'a souligné le professeur A. Lyon-Caen, la notion d'emploi est un motif, une justification, pour agir sur le droit du travail. Il légitime telle ou telle réforme ; « *il chercherait, en vérité, à susciter l'adhésion aux dispositions conventionnelles* »[593]. Si l'un des débats actuels porte sur la légitimité des syndicats à participer à l'élaboration du droit du travail, l'emploi, lui, légitime en amont la réforme envisagée.

---

[592] P. D'IRIBARNE, *Le chômage paradoxal*, PUF, Économie en liberté, 1990, p. 71, *in* F. GAUDU, *L'organisation juridique du marché du travail*, Dr. soc., 1992, p. 941.

[593] A. LYON-CAEN, *L'emploi comme objet de négociation*, Dr. soc., 1998, p. 316.

Plus encore, le motif de la réforme - l'Emploi - est à même de justifier des suppressions d'emplois, d'entrainer des licenciements. Car les réformes sur l'emploi verraient un peu plus loin que « le bout de leur nez », et auraient une visée prospective forte. L'emploi est une sorte d'autel, sur lequel on peut sacrifier une partie des salariés, mais cela afin de sauvegarder ce qui peut encore être sauvé. Alors, cela permet de reprendre ce que disait le professeur G. Couturier, qui désignait le droit à l'emploi comme un « *droit collectif au plein emploi* », et non comme un droit créance opposable à l'employeur[594]. Et c'est aussi du fait qu'il ne soit pas opposable, que l'on peut en déduire que la sauvegarde de l'emploi n'induit pas la sauvegarde de tous les emplois, car justement un salarié ne peut l'invoquer.

Si le salarié ne peut invoquer le droit à l'emploi pour empêcher un licenciement, le droit à l'emploi reste plus qu'un simple objectif. Ce droit impose pour le moins une obligation de moyen à la charge de l'État, qui doit tout mettre en œuvre pour accompagner les demandeurs d'emploi dans leur recherche. C'est ainsi que Pôle-emploi a été condamné pour mauvais accompagnement d'un chômeur[595]. Ces décisions, si elles ne vont pas à l'encontre du pouvoir de gestion de l'employeur, prouvent que le droit à l'emploi conserve une certaine consistance, qui dépasse la simple déclaration, ou même le simple objectif.

412. - Départs volontaires et sauvegarde de l'emploi. En matière de sauvegarde négociée de l'emploi, il faut bien avouer que les ruptures négociées du contrat de travail peuvent apparaitre originales. Si l'employeur sacrifiait des salariés dans le cadre de licenciements économiques, il faut convenir qu'en cas de départs volontaires - individuels ou collectifs -, il revient à « saluer » le sacrifice des salariés quittant l'entreprise, accompagnés toutefois d'importantes indemnités.

Enfin, le fait que le Code du travail prévoit expressément la possibilité de départs volontaires, dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un accord portant sur la

[594] G. COUTURIER., *Droit du travail - Les relations individuelles de travail*, PUF, Droit fondamental, 3ème éd., 1996.

[595] Sur l'information du demandeur d'emploi quant à ses droits : cass. soc., 8 février 2012, n° 10-30892.

Sur le suivi d'un demandeur d'emploi : TA Paris, 11 septembre 2012, n° 1216080/9.

GPEC, est peut-être l'illustration la plus forte de l'idée, qu'a le législateur de la notion d'emploi. Cela peut, également, expliquer la nature des différentes réformes du droit du travail.

413. - Présomption de légitimité des syndicats. Si l'emploi est censé emporter adhésion sur le contenu d'une réforme - qui serait contre des mesures « en faveur de l'emploi » ? -, il reste le débat portant sur la légitimité des partenaires sociaux, et ce malgré les réformes censées la renforcer. Madame M. Grévy met, ainsi, en garde contre une trop grande confiance accordée aux partenaires sociaux, qui sacrifient, selon elle, le recours au juge, notamment, dans la loi dite de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Comme elle, une partie de la doctrine craint une confusion entre l'intérêt général et le droit du marché du travail, et appelle le législateur à « *se reconnaitre une totale liberté d'appréciation* » lorsqu'il prend la suite des partenaires sociaux et de leur ANI négocié[596].

Si la remarque est valable[597], il faut toutefois conserver une certaine confiance dans les partenaires sociaux, au risque que les réformes en vue d'accroitre la légitimité des partenaires sociaux restent lettre morte. Cela étant, en ce qui concerne spécifiquement la remarque sur le juge, il est évident que le Parlement doit veiller à ce que les droits fondamentaux, dont le droit d'accès au juge, soit conservé ; sur ce point, le juge constitutionnel est sans doute nécessaire ; mais le juge ordinaire peut tout autant être appelé à se prononcer, comme cela l'a été lors des débats juridiques à propos du contrat nouvelle embauche.

Ce retrait du juge n'est pas du seul fait des partenaires sociaux ; il l'est également du juge lui-même. Mais pour autant, il est peut-être trop rapide de considérer cela comme néfaste. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle considéré qu'un accord collectif accordant un avantage catégoriel était présumé justifié. De fait, il appartient au salarié de prouver le non-respect du principe d'égalité de traitement[598]. Ce revirement est, selon nous, à la fois bénéfique et justifié.

---

[596] M. GRÉVY, *Le juge, ce gêneur…*, RDT, 2013, p. 173.

[597] Cette remarque a été faite entre la signature de l'ANI et le vote de la loi de sécurisation de l'emploi, mais elle peut être étendue à chaque négociation ayant pour objet un projet de réforme soumis par le gouvernement.

[598] Cass. soc., 27 janvier 2015, n° 13-14773, note F. CANUT, *Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels*, Cah. soc. 1er mars 2015, n° 272, p. 168 ; obs. S. MAILLARD-PINON, *Quand la confiance accordée aux syndicats se fait au détriment des salariés*, LPA, 17 avril 2015, n° 77, p. 8.

En effet, le juge ne fait que suivre finalement les réformes successives tentant à accroitre la légitimité des partenaires sociaux. En posant cette présomption, la Chambre sociale de la Cour de cassation accepte ce mouvement. De plus, cet arrêt a le mérite de sécuriser, non pas une décision de l'employeur, mais un accord négocié. Sans revenir sur le débat de l'égalité des forces dans la négociation collective, il apparait nécessaire de laisser une marge de manœuvre à l'autonomie collective des partenaires sociaux. Aussi, cela marque une évolution, alors qu'auparavant le juge refusait de différencier un accord négocié d'une décision unilatérale ; il y avait, de fait, une présomption de déséquilibre au détriment de la négociation collective.

Quant à sa justification, il est, selon nous, normal d'accepter des différences de traitement entre catégorie professionnelle, du fait justement de cette différence de catégories. L'égalité ne peut s'entendre qu'entre deux situations identiques, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de salariés appartenant à des catégories différentes[599]. De plus, malgré la réapparition d'une collectivité de salarié dans l'entreprise, cela ne justifie pas une « *obsession égalisatrice* » telle que parfois aperçue dans la jurisprudence[600].

Certaines réformes ont été réalisées au nom de l'emploi, conception parfois assez éloignée de l'idée que l'on a du « social ». De là, la crainte d'une partie de la doctrine de voir instrumentalisée la notion d'emploi. Les accords de maintien de l'emploi peuvent ainsi également illustrer certaines dérives de la notion d'emploi, selon le point de vue adopté.

414. - Maintenir (à tout prix) l'emploi. Mais quel emploi ? Depuis la loi du 14 juin 2013, l'on serait tenté de dire que les partenaires sociaux peuvent négocier sur l'emploi. En effet, syndicats dans l'entreprise et employeur peuvent convenir de concessions réciproques dans des accords donnant-donnant pas vraiment nouveaux sur le fond, mais dont le régime déroge à ce qui existait, en prévoyant le licenciement économique individuel des salariés qui refuseront l'accord.

[599] Conv. EDH, art. 14.

[600] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Éditions Liaisons, 2013/2014, 22° éd., p. 343.

Pour le professeur M.-A. Souriac, ce type d'accord assimile emploi et flexibilité. Si l'on négocie sur l'emploi, cela induit que les partenaires sociaux vont négocier sur la précarisation de la relation de travail ; elle évoque même une forme de « *chantage à l'emploi* »[601].

L'application du régime du licenciement économique individuel en cas de refus d'application de l'accord nous conforte un peu plus dans l'idée que le maintien de l'emploi, tel qu'envisagé à l'heure actuelle, se fait au détriment de la stabilité du contrat, en faisant le pari d'une stabilisation globale du marché de l'emploi. Une sorte de jeu des chaises musicales ; un salarié refuse, il est licencié, et retrouvera peut-être un « emploi » ailleurs. Là est l'enjeu des réformes successives : sécurisation de l'emploi - loi du 14 juin 2013 - par, notamment, une amélioration de la formation professionnelle - loi du 5 mars 2014. C'est ce qui est annoncé comme le « *nouveau modèle économique et social* », par les partenaires sociaux, selon l'intitulé de l'ANI du 11 janvier 2013[602].

Ce modèle proposé ne fait cependant pas l'unanimité, et nombreux sont les auteurs à mettre en garde contre une trop grande confiance - légitimité - accordée aux partenaires sociaux, que ce soit pour la négociation d'entreprise, comme dans l'élaboration d'une pré-législation[603]. Les craintes exprimées par le professeur G. Borenfreund en 2008 - « *cette perspective pourrait s'accompagner d'une nouvelle baisse d'autorité de la loi et engendrer un bouleversement des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail* » - semblent malgré tout se confirmer.

---

[601] M.-A. SOURIAC et M. MORAND, *Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ?*, RDT, 2012, p. 194.

[602] Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salaries.

[603] G. BORENFREUND, *Le nouveau régime de la représentativité syndicale*, RDT, 2008, p. 712 ; M.-A. SOURIAC et M. MORAND, *op. cit.* ; S. MAILLARD-PINON, *op. cit.*

II. La valeur incertaine du droit à l'emploi

415. - Interrogation sur l'existence d'un droit. Au-delà de la valeur fédératrice associée à la notion d'emploi - tout le monde est « pour » sauvegarder l'emploi -, la notion possède également une valeur juridique, même si celle-ci est sujet à controverse.

Mal déterminé, le droit à l'emploi est de valeur constitutionnelle, et son non-respect doit emporter conséquence. Également, la valeur d'un engagement de la part de l'employeur de sauvegarder l'emploi a une valeur, mais là aussi difficile à déterminer. Cette indétermination de la valeur du droit à l'emploi provient sans doute également que lui est facilement opposé le principe de la liberté d'entreprendre. Et contrairement au droit à l'emploi, la liberté d'entreprendre connait des développements importants, notamment en droit de l'Union européenne.

La question s'est posée ainsi de savoir si le droit à l'emploi pouvait servir de fondement pour annuler certaines décisions de l'employeur. Ce qui a été régulièrement réfuté.

416. - Engagement de maintien de l'emploi. Récemment, l'attention s'est portée sur les engagements, pris par l'employeur, de ne pas licencier, notamment dans le cadre des accords de maintien de l'emploi issus de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Lesdits accords devront prévoir une clause pénale afin d'anticiper sur le non-respect de l'engagement de maintien de l'emploi par l'employeur[604]. Ainsi, la solution des juges, quant à la valeur de l'engagement de l'employeur, ne devrait pas être très différente des solutions antérieures relatives à des accords collectifs de droit commun relatifs à l'emploi, par exemple lorsqu'un employeur s'est engagé dans le cadre d'une convention FNE à ne pas licencier[605]. La solution

[604] C. trav., art. L. 5125-2, al. 4.

[605] Cass. soc., 13 avril 1999, n° 96-44334, note J. SAVATIER, *L'engagement de ne pas licencier certains salariés souscrits par un employeur dans une convention d'allocations spéciales FNE*, Dr. soc., 1999, p. 677.

est issue du droit commun, en mettant en jeu la responsabilité contractuelle de l'employeur[606]. C'est aussi le cas s'il s'agit d'un engagement unilatéral pris devant le Comité d'entreprise[607].

Mais nulle trace d'un quelconque droit à l'emploi au bénéfice du salarié licencié en méconnaissance de l'accord, du moins pas au point d'annuler un licenciement ; à chaque fois, seul le préjudice contractuel est réparé. Plus encore, l'insertion obligatoire d'une clause pénale semble à même de limiter la réparation du préjudice pour le salarié, quand bien même le juge conserve un droit de regard sur le montant de la clause.

417. - L'absence du droit à l'emploi dans la jurisprudence. L'on peut également citer l'arrêt *SAT*, « *silencieux* » sur le droit à l'emploi, comme l'ont souligné les professeurs Jeammaud et Le Friant[608]. Dans cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est refusée à contrôler les choix de gestion de l'employeur. Ce dernier avait envisagé trois types de restructuration pour préserver l'emploi, et avait retenu *in fine* une solution plus couteuse en termes de suppression d'emploi - de l'ordre d'une centaine de plus. Critiques ont été faites à cette décision des Hauts Magistrats, et donc en particulier celle d'avoir manqué l'occasion de faire une place au droit à l'emploi. L'intérêt de l'entreprise a donc été considéré comme supérieur, sans que le juge ne s'engage dans la voie d'une appréciation de l'intérêt de l'entreprise.

Quelques onze années plus tard, la question s'est à nouveau posée, lorsque la Chambre sociale a tranché l'affaire *Viveo*, le 3 mai 2012. Il était question de savoir si l'absence de motif économique pouvait entrainer la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi, et, de fait, entrainer la nullité de tous les licenciements prononcés. La réponse a donc été négative de la part de la Chambre sociale de la Cour de cassation, au détriment, selon une partie de la doctrine, du droit à l'emploi[609].

---

[606] Cass. soc., 1er avril 1997, n° 95-45284, *Case France*, obs. J.-R. RAY, Dr. soc., 1997, p. 646.

[607] Cass. soc., 25 novembre 2003, n° 01-17501, note I. OMARJEE, *La violation par l'employeur d'un engagement unilatéral en matière d'emploi*, D., 2004, p. 2395.

[608] A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi*, Dr. soc., 2001, p. 417.

[609] E. DOCKÈS,*Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Viveo,* Dr. soc., 2012, p. 606.

Sur le fond, la critique est parfaitement fondée, puisque comme le souligne le professeur E. Dockès, l'exigence d'un motif économique pour justifier un licenciement a pour but d'empêcher que le licenciement se fasse. Or en l'espèce, la Chambre sociale a refusé ce raisonnement. Elle explique, dans un communiqué postérieur à la décision, que le législateur n'a pas souhaité permettre ce type de nullité[610], en présence d'un plan de sauvegarde de l'emploi valide, comme c'était le cas en l'espèce. Le plan de sauvegarde avait été qualifié de suffisant, donc avait été considéré comme propre à sauvegarder l'emploi. Si ultérieurement, les licenciements ne sont pas causés, le plan initial reste valide ; un bon plan de sauvegarde de l'emploi devant *a priori* être un plan sans aucun licenciement, les juges continuent de séparer la validité du plan de sauvegarde de l'emploi, de la justification des licenciements.

De jure, le raisonnement est valide ; *de facto*, est privilégiée une gestion économique des situations juridiques. Mais c'est ainsi qu'est conçu le droit du licenciement en droit du travail, en témoigne la volonté de plafonner les indemnités de licenciement, de manière à sécuriser les entreprises.

418. - Nature d'un avantage collectif. Autre interprétation, le droit à l'emploi représenterait l'avantage le plus « *favorable* »[611] - absolu - quand il s'agit de comparer les dispositions de deux conventions collectives, et de dégager les dispositions les plus favorables. En pareil cas, le maintien dans l'emploi représente l'avantage le plus important, et la Chambre sociale entend faire passer l'intérêt collectif au-dessus de l'intérêt de tel ou tel salarié[612].

Cette volonté de favoriser le collectif, et de sécuriser l'entreprise, se retrouve aussi dans le droit des plans de départs volontaires, qui font partie intégrante des plans de sauvegarde de l'emploi. Or nul ne peut soutenir que la raison de ces départs n'est pas économique, et que le consentement des salariés n'est pas influencé par la crainte d'un futur licenciement. De fait, l'absence d'obligation de reclassement interne dans le cas de cette sauvegarde atypique d'emploi confirme la volonté du législateur de voir dans l'emploi autre chose qu'un nombre de

[610] Loi du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social.

[611] T. AUBERT-MONPEYSSEN, *Valeur juridique d'un accord de maintien de l'emploi*, D., 1998, p. 480.

[612] Cass. soc. 19 février 1997, *Géophysique*, n° 94-45286, obs. G. COUTURIER, Dr. soc., 1997, p. 432.

postes. C'est une sauvegarde de l'activité économique, et d'un maximum d'emplois avec ; mais pas tous.

Souhaité par certain afin de « sauvegarder » tous les emplois, le raisonnement conduisant à la nullité des licenciements (affaire *Viveo*) aboutirait à une refonte totale du droit du licenciement économique, car il faudrait appliquer ce raisonnement également aux licenciements individuels réalisés hors plan de sauvegarde de l'emploi. Il faut noter qu'en l'absence de cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié ; mais cela n'exprime en rien une nullité puisque le salarié, mais surtout l'employeur, peut s'opposer à la réintégration. Sans doute regrettable, l'absence de cause réelle et sérieuse n'est pas suffisamment « grave » pour justifier la nullité du licenciement, au contraire d'une atteinte à une liberté publique, où la réintégration est de droit. Ce manque de « force » du droit du licenciement économique est critiqué par une partie de la doctrine[613], même si le sens actuel des réformes ne reprend cette critique.

419. - Reconnaissance d'un collectif. Mais revenons à la problématique posée par l'arrêt *SAT*, et l'absence de contrôle de l'intérêt de l'entreprise. Nul doute que cet intérêt dépasse le simple accroissement de profit, ou de simples économies pour l'employeur, puisqu'il ne peut être un motif de licenciements économiques[614]. Ce qui justifie des licenciements économiques, ce sont les réelles difficultés économiques rencontrées par l'entreprise, et qui risque de condamner totalement l'activité économique.

Certains diront qu'un tel raisonnement privilégie les résultats économiques à la sauvegarde de l'emploi. Mais cela de manière erronée. Car l'emploi et l'activité économique sont finalement indissociables. C'est elle qui crée l'emploi, et quand elle meurt, l'emploi meurt également[615]. Donc entre un plan de sauvegarde de l'emploi justifié mais incomplet, et un plan « injustifié » mais complet, raison est donnée à celui qui « sauvegarde l'emploi », malgré les critiques légitimes que cela entraine.

---

[613] E. DOCKÈS, *op. cit.*

[614] Pour un exemple : cass. soc. 26 nov. 1996, n° 93-44811, obs. G. COUTURIER, Dr. soc., 1997, p. 103.

[615] Une partie de la doctrine s'entend d'ailleurs sur le fait que le droit du travail ne résoudra pas le problème du chômage ; seule le peut la croissance économique. V. notamment P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail*, Éd. Odile Jacob, 2015.

Derrière l'intérêt de l'entreprise, apparait un intérêt qui se confond avec le premier, qui est celui des salariés pris globalement. Une forme d'intérêt général professionnel, propre à chaque entreprise. Celui d'une collectivité.

§ 2. L'apport de la notion d'emploi : la collectivité de travail

420. - L'utilisation croissante de la notion d'emploi permet de délimiter un collectif, jusque-là très flou en droit du travail, mais qui tend à prendre de l'importance (I). Mais l'apparition de ce collectif n'est pas exempt d'incertitude (II).

I. Émergence de la collectivité

421. - Référence à une collectivité. Les exemples, qui font allusion à une communauté ou une collectivité de travailleurs, sont nombreux. Les auteurs y font référence[616] ; et la notion d'emploi elle-même connote cette collectivité. La loi, aussi, use d'un vocable ramenant à l'idée que les salariés sont les composantes d'un tout[617]. Mais pas indivisible comme normalement. De là provient l'idée que la notion d'emploi est instrumentalisée.

Ce n'est pas anodin si l'on parle tant de *sauvegarde* de l'emploi ; car le droit du travail existe du fait de la nécessaire protection du salarié, des salariés. Le droit du travail est lui-même mécanisme de sauvegarde de l'emploi. Pourtant, tous les auteurs sont d'accords pour affirmer que le droit permet déjà de licencier, en même temps, qu'il ne résoudra pas le problème du

[616] G. BORENFREUND, *La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. soc., 1990, p. 626. L'auteur parle ainsi des « *collectivités de salariés* », pour s'interroger sur l'application des accords collectifs dérogatoires vis-à-vis des contrats de travail.

[617] L'on parle notamment de représentant du personnel. Le terme de « personnel » est parfaitement abstrait pour désigner l'ensemble des salariés, qui sont représentés en commun par des représentants élus.

Aussi, l'ancien article L. 122-12 devenu L. 1224-1 du Code du travail prévoit la reprise automatique et immédiate de tous les contrats de travail en cours.

chômage. Le droit du travail est une affaire d'équilibre dès sa création, entre le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre ; mais également entre les intérêts d'un salarié et ceux des salariés.

L'idée d'une collectivité de travailleur ne pose aucun problème tant que l'économie permet de confier un travail à chacun. Et le modèle industriel des 19ème et 20ème siècles a permis cette image, cette métaphore de la collectivité, d'une institution selon les développement de Paul Durand, voire d'une famille[618], ceci à l'époque du paternalisme patronal. Durant la période industrielle, il existait réellement une collectivité, constituée par cette unité d'action, de temps, et de lieu, comme le rappelle le professeur J.-E. Ray.

Si aujourd'hui la théorie institutionnelle de l'entreprise semble avoir vécu, du fait de la montée en puissance du contrat de travail, forteresse difficilement prenable[619], un regain d'intérêt est prégnant pour la négociation collective. Là encore, le vocable du collectif aide à légitimer ce qui est entrepris.

Ce qui permet de donner l'impression d'une collectivité est le droit lui-même, du fait qu'une grande partie de la législation est négociée, amenant à parler d'un statut collectif au sein de l'entreprise. C'était déjà le cas avant les importantes réformes du dialogue social, mais cela s'est renforcé en raison du rôle de pré-législateur accordé aux partenaires sociaux par la loi *Larcher* du 31 janvier 2007[620]. La loi du 20 août 2008, qui a réformé les critères de représentativité des syndicats, est dans la même logique, celle de donner plus de poids aux partenaires sociaux. La question de la représentativité patronale, qui posait pourtant peu de problèmes, a également été réformée, même si ce fut le cas plus récemment, avec la loi du 5 mars 2014.

Cette importance donnée à la négociation collective participe à la création d'un statut salarié, fondé donc originairement sur le contrat. L'époque industrielle a permis de forger ce statut, car la négociation n'était constituée que de gains pour l'ensemble de la classe ouvrière,

[618] G. LYON-CAEN, *Idéologies et doctrines en droit du travail*, Annales de l'IETSS, Lyon 1971, p. 10.

[619] G. LYON-CAEN, *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. soc., décembre 1985, p. 809.

[620] Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

pendant une période de forte croissance. De fait, il y avait une adhésion morale naturelle au syndicalisme.

422. - Nécessité d'un collectif. L'appartenance à une collectivité pouvait paraitre naturelle lorsque la négociation aboutissait à une amélioration du statut des salariés. Mais à partir de 1982, lorsque la négociation collective dérogatoire - *in pejus* - a été autorisée, il fut nécessaire de trouver un moyen à même de faire accepter cette négociation. Le moyen est annoncé en amont des lois *Auroux*, par le rapport du même nom. Il est fait état d'une volonté de « *reconstituer la collectivité de travail* » [621]. Cette reconstitution doit permettre aux salariés d'être à part entière « *citoyen dans l'entreprise* ». Est opéré un rapprochement de la démocratie sociale avec la démocratie politique[622].

Ainsi, l'ancien ministre du travail J. Auroux aurait amorcé une marche en avant, qui ne fait que se poursuivre avec les réformes actuelles du droit du travail. Si les lois de la République s'appliquent dans la vie personnelle des salariés, des lois négociées s'appliquent dans leur vie professionnelle. Entendue sous cet angle, la supériorité de la convention collective sur le contrat de travail apparait logique.

Mais si l'on poursuit le parallèle, la question de l'antériorité du contrat de travail par rapport à la nouvelle convention collective pose le problème de la non-rétroactivité de la loi nouvelle sur une situation contractuelle en cours. Pour dépasser ce problème, il convient de considérer la convention collective comme une norme à part entière, à même de prévoir sa propre rétroactivité, son imposition aux situations contractuelles en cours. La convention collective n'était pas un simple contrat, il est donc tout à fait possible qu'elle soit supérieure au simple contrat de travail. Et à ceux qui refusent, l'exclusion de la collectivité s'impose.

423. - Dépassement du contrat individuel. Cette solution est de plus en plus utilisée, et tout laisse imaginer que cette pratique va perdurer et se développer. La loi du 19 janvier 2000[623]

---

[621] *Les droits des travailleurs*, rapport remis au Président de la République et au Premier ministre, par Monsieur le Ministre du Travail J. AUROUX, dit *rapport Auroux*, septembre 1981, p. 3.

[622] Sur cette distinction : J.-E. RAY, *Audition, ouverte à la presse, de M. Jean-Emmanuel Ray, sur le thème :* « La démocratie sociale », Ass. Nat., 27 mars 2015.

[623] Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

a ainsi précisé que les salariés refusant l'application d'un accord de réduction du temps de travail étaient licenciés pour un motif qui n'était pas économique.

La loi du 23 mars 2012, quant à elle, dispose que l'application d'un accord de modulation du temps de travail aux contrats en cours n'est pas une modification du contrat de travail, renvoyant donc le refus d'un salarié aux règles du licenciement disciplinaire[624].

Enfin, la loi de sécurisation de l'emploi du14 juin 2013 a prévu la qualification de licenciement économique individuel pour les salariés refusant l'application d'un accord de mobilité interne ou de maintien de l'emploi.

Dans ces trois cas, la convention collective, par le truchement d'une loi, force le contrat, et impose au salarié de se soumettre à un accord collectif, ou bien dans le cas contraire, de quitter l'entreprise.

Cependant, les lois *Aubry* et *Warsmann* posaient une solution ferme quant à la nature du licenciement, qui n'est pas de nature économique. C'est donc pour motif personnel que le salarié quitte l'entreprise, du moins en subit-il le régime[625]. Contrairement à cela, la loi Sapin prévoit des licenciements économiques, ce qui a laissé dire à certains que la loi avait manqué de courage ; à tout le moins, le choix du motif interroge[626].

---

[624] C. trav., art. L. 3122-6.

[625] G. BORENFREUND, *Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne – De l'ANI u 11 janvier de 2013 à la loi*, RDT, 2013, p. 316.

La loi du 19 janvier 2000 ne prévoyant pas de motif explicite mais simplement l'application d'un régime, la doctrine en a conclu que le licenciement résultant du refus du salarié de se voir appliquer un accord de réduction du temps de travail était un licenciement *sui generis*.

[626] H.-J. LEGRAND, *Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » : entre deux « frontières » de la négociation collective ?*, Dr. soc., 2013, p. 245.

II. Discussion sur la collectivité

424. - Justification du refus du salarié. Deux conceptions s'opposent. D'un côté, un licenciement économique, qui ne laisse que peu de place à contestation, puisque finalement ni l'employeur, ni le salarié, ne sont responsables de la conjoncture. Ce licenciement donne lieu à un accompagnement du salarié, notamment par des mécanismes de reclassement, mais uniquement externe, puisque l'article L. 5125-2 du Code du travail a exclu l'application des règles du reclassement interne. Seul est proposé un contrat de sécurisation professionnelle, ou, dans les entreprises de plus de mille salariés, un congé de reclassement. Dans les deux cas, le refus du salarié induit son départ de l'entreprise, et donc son exclusion de la collectivité de travail.

Dans le cadre des lois *Aubry* et *Warsmann*, le licenciement est pour motif personnel. De fait, aucun accompagnement du salarié n'est à la charge de l'employeur. Toutefois, selon une partie de la doctrine, le salarié doit être en mesure d'opposer à l'employeur un droit fondamental[627], invitant à un parallèle avec la jurisprudence relative aux clauses de mobilité géographique.

Concernant un accord de maintien de l'emploi, la nature du licenciement empêche une telle application des droits fondamentaux. De même, la nature de la modification du contrat - la rémunération - empêche une telle comparaison. En effet, il serait difficile de justifier en quoi une baisse de la rémunération porte atteinte au droit à une vie personnelle et familiale, sauf à avoir contracté un important emprunt, mais l'importance de la baisse de salaire n'est pas forcément à même de justifier une telle atteinte.

425. - Conséquence de la nature du licenciement. Alors que l'on serait tenté de croire que le choix du licenciement économique est plus protecteur pour le salarié, rien n'est moins sûr. Mais le moment de la négociation - une période de graves difficultés économiques

[627] F. FAVENNEC-HÉRY, *Article 45 de la loi* Warsmann *: solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ?*, Sem. soc. Lamy, 2012, n° 1534.

conjoncturelles - laisse finalement peu le choix quant à la qualification du licenciement, contrairement aux accords de mobilité interne.

Conclus en période normale, les accords de mobilité interne ne sont pas commandés par la conjoncture économique, mais par un besoin de flexibilité dans la gestion des salariés. De fait, le motif économique du licenciement consécutif au refus d'un salarié ne semblait pas s'imposer. Cela étant, il est possible que l'accord signé ne soit mis en œuvre qu'au moment d'une conjoncture difficile pour l'entreprise, ce qui justifierait la nature du licenciement.

Alors que les accords de mobilité interne pourraient être comparés aux accords de modulation du temps de travail - signé dans le cadre de la gestion courante de l'entreprise -, il semble que le législateur opère une confusion entre le motif économique, qui peut justifier un licenciement, et la raison économique, qui explique systématiquement une décision de l'employeur dans le cadre de son pouvoir de gestion. Une telle confusion, si elle prospère, risque de fragiliser grandement la bonne application du droit du licenciement économique. Mais pour l'heure, la Chambre sociale semble rester stricte quant au contrôle de ces licenciements ; seule la loi pourrait unifier cause justificative et qualificative du licenciement économique, afin de privilégier la seconde. Un tel revirement est toutefois très hypothétique, la Chambre sociale restant bien plus conservatrice que ce que peut l'être la CJUE quand il s'agit d'équilibrer droits sociaux et libertés économiques.

426. - Instrumentalisation de la collectivité. L'idée de protection est intrinsèque au droit du travail ; c'est pour cette raison que tout semble pouvoir être justifié par un souci de protection, de sécurisation. Le statut collectif des travailleurs s'est construit au fil de ses victoires, et par ces dernières, l'idée que le collectif protège s'est logiquement installé. La volonté de renforcer les partenaires sociaux dans leur légitimité, ainsi que la place accrue laissée à la négociation collective, décrit la construction d'une unité comprenant l'ensemble des salariés et régie par un même corpus de règle.

Toutefois, les lois de du 19 janvier 2000, du 22 mars 2012 et 14 juin 2013 instrumentalisent ce qui apparait comme une collectivité. Car plutôt que protectrice, la communauté de salariés consacrée par ces textes apparait « excluante ». En effet, donnant l'impression d'une communauté, car unie par la négociation collective, les lois précitées créent une fausse

collectivité de travail ; elle ne peut pas, en tant que telle, être qualifiée de communauté car elle ne protège pas l'ensemble[628].

Mais sous l'angle de la cogestion de l'entreprise entre l'employeur et les partenaires sociaux, il apparait que c'est finalement la collectivité elle-même qui fixe les règles d'appartenance à ladite collectivité. Règles, auxquelles chaque salarié se voit proposer d'adhérer. Et, par son refus, la loi considère que le salarié s'exclut finalement lui-même de cette collectivité, en refusant de jouer « *le jeu de la solidarité* »[629]. Il perd ainsi cette « *dignité collective* » conférée à la collectivité[630], en refusant la « *revendication commune* » - le maintien de l'emploi -, créatrice d'une communauté de travail[631]. Cela rejoint ce que disait l'ancien ministre du travail J. Auroux, que la solidarité, c'est aussi savoir renoncer à des avantages acquis[632]. Par cela, le législateur effectue un retournement de l'appréciation qui doit être fait du principe de faveur[633], en ne privilégiant pas l'intérêt du salarié pris individuellement, mais l'intérêt collectif des salariés pris dans leur ensemble. L'emploi est donc bien l'avantage le plus favorable et, par une instrumentalisation de la notion d'emploi, « un » principe de faveur s'en retrouve appliqué[634].

Privilégiant la collectivité, les réformes apportées au droit du travail semblent mettre le salarié face à ses responsabilités.

---

[628] L'image d'une collectivité qui protège se retrouve par exemple dans la reconnaissance d'une Unité Économique et Sociale (UES), permettant de mettre en place des institutions représentatives du personnel.

V. notamment P.-Y. VERKINDT, *La collectivité de travail ou « La belle inconnue »*, Dr. soc., 2012, p. 1006.

[629] BORENFREUND, *Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne – De l'ANI du 11 janvier de 2013 à la loi*, RDT, 2013, p. 316.

[630] F. GAUDU, *L'avenir du droit du travail*, *in 13 Paradoxes du droit du travail*, Sem. soc. Lamy (Supplément), 10 octobre 2011, n° 1508, p. 275.

[631] C. HANNOUN, *La communauté de travail et la création de valeur financière*, in Mélanges Fr. Gaudu, IRJS, 2014, p. 286.

[632] *Le Monde*, 14 janvier 1982, p. 39.

[633] Cass. soc., 15 février 2012, n° 10- 27397 : « *En cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* ».

[634] T. AUBERT-MONPEYSSEN, *op. cit.*

Section 2. UN COLLECTIF INSTRUMENTALISÉ PAR LA NOTION D'EMPLOI

427. - Opposé à ce qu'il est possible d'appeler la collectivité de travail, le salarié qui refuse de se soumettre à la norme commune est amené à quitter l'entreprise. Il est plus certainement exclut de l'entreprise, quel que soit le motif retenu - économique en l'occurrence -, puisqu'il revient de toute façon à l'employeur de mettre en œuvre une procédure de licenciement.

De fait, les accords collectifs évoqués isolent le salarié refusant l'application de l'accord, en l'opposant aux autres membres de la collectivité. Ce constat amène à une solution inéluctable, une mobilité externe (§ 1), dans le seul but avoué de sécuriser l'emploi des autres salariés, sans assurance d'une réelle efficacité (§ 2).

§ 1. Une instrumentalisation par la mise en cause du salarié

428. - L'instrumentalisation du collectif est prégnante, du fait d'un détournement du droit du travail, originairement construit sur l'objectif d'une protection forte des droits du salarié. La place donnée depuis quelques années à l'accord collectif dérogatoire, et la force qui lui est conférée, renforcent ce changement radicale.

Cela aboutit à isoler le salarié pris individuellement, lui faisant éventuellement supporter une responsabilité très éloignée de l'idée que l'on se fait du droit du travail (I). Cependant, ce raisonnement se heurte à deux incohérences, juridique (II) et dogmatique (III).

I. L'hypothétique responsabilité du salarié

429. - Responsabilité sociale des salariés. Cette question de la responsabilité est une interrogation qui peut surprendre, notamment du fait que la responsabilité sociale des

entreprises (RSE) n'est pas encore effective en pratique, et repose avant tout sur le volontariat, en « impactant » sur l'image de marque de l'entreprise. C'est le cas en France, mais quelques pays ont mis en place une politique active, ou offensive, de RSE, notamment l'Inde[635]. À une époque où le droit a tendance à être instrumentalisé par l'économie, l'économiste M. Friedman soutenait que seules les personnes ont des responsabilités ; les entreprises étant des personnes fictives, elles ne peuvent être responsables[636].

La question de la responsabilité des salariés, dans leur position de subordonnés, est ainsi d'autant plus marquante. Mais presque heureusement, le législateur a choisi, lors des débats sur la loi du 14 juin 2013, de qualifier le licenciement opéré après le refus d'un salarié, de licenciement économique. Cela semble écarter l'idée d'une faute du salarié vis-à-vis de la collectivité. Cette opposition du salarié pris individuellement face aux autres salariés est néanmoins autorisée en raison du développement d'une négociation de gestion. Mais, également, du fait de l'augmentation du nombre des mécanismes d'information/consultation du comité d'entreprise.

430. - Responsabilité de la collectivité. Il était déjà acquis que les salariés soient consultés sur les décisions du chef d'entreprise portant sur « *l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* »[637] ; la loi du 14 juin 2013 rajoute une consultation annuelle portant sur les « *orientations stratégiques de l'entreprise* »[638]. La question de la responsabilité pouvait ainsi se poser avant 2013 ; elle se pose à nouveau, avec plus de force encore, aujourd'hui.

Également, l'impression est confortée par la participation des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés[639]. La loi du 14 juin 2013 impose, en effet, aux sociétés composées d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance, de mettre en

[635] S. ROUTH, *Identifier les responsables - La responsabilité solidaire dans les réseaux d'entreprises*, actes du colloque *Prendre la responsabilité au sérieux* (dir. A. SUPIOT), Collège de France, 2014-2015 (à paraitre).

[636] M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *in The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

[637] C. trav., art. L2323-6.

[638] C. trav., art. 2323-7-1.

[639] Loi du 14 juin 1013, art. 9.

place une représentation salariée au sein de ces organes, afin d'accroître leur implication. Se pose donc bien la question de la responsabilité salariée au sein de ces entreprises[640].

Dans les faits, la participation de ces salariés dans les instances des entreprises ne devrait pas modifier la pratique du dialogue social ; pour une entreprise dont le conseil d'administration est de 12 membres, il y aura un membre surnuméraire salarié, ce qui limite l'influence qu'ont les salariés au niveau de la prise de décision. L'on peut toutefois y voir une évolution dans le sens d'une participation des salariés à la gestion de l'entreprise.

431. - Culpabilisation du salarié. Deux mouvements sont à l'œuvre dans les récentes réformes du droit du travail. L'un tendant à développer la négociation collective, l'autre à donner pleine mesure à cette négociation. Ces mouvements conduisent à la décontractualisation de la relation de travail.

Une telle opposition ne peut avoir pour conséquence que d'opposer ceux qui acceptent le résultat de la négociation à ceux qui la refusent. Mais cela n'est que la conséquence apparente. Au second plan, le refus du salarié de se voir appliquer l'accord de maintien de l'emploi apparait comme un refus de participer à la sécurisation de l'emploi dans l'entreprise ; le droit du travail tel qu'il évolue actuellement désigne donc le salarié en question comme un coupable, qu'il convient donc d'exclure. Seule la qualification économique du licenciement fait douter sur ce point.

432. - Impérativité du licenciement. Que cela concerne les accords de maintien de l'emploi ou les accords de mobilité interne, le Code du travail ne semble pas laisser la faculté à l'employeur de renoncer au licenciement du salarié refusant l'application d'un tel accord. En effet, l'article L. 5125-2 comme l'article L. 2242-23 du Code du travail, disposent que les licenciements reposent sur un motif économique. Cela emporte deux conséquences.

Dans le cadre d'un accord de maintien de l'emploi, l'employeur aurait une obligation légale de licencier. Cette interprétation est néanmoins douteuse, vu le peu de précision de l'article. Néanmoins, une obligation d'ordre moral est également présente, vis-à-vis des autres salariés.

[640] C. com., art. L. 225-27-1. Sont concernées par cette disposition les entreprises composées de plus de 5000 salariés (société + filiales directes et indirectes), dont le siège social se trouve en France, ou les entreprises de 10000 salariés (société + filiales directes et indirectes) dont le siège social est en France et à l'étranger.

En effet, il apparait impossible de faire accepter les concessions demandées à la collectivité, tout en permettant à des salariés s'y refusant, de rester dans l'entreprise. Pour sécuriser le mécanisme de maintien de l'emploi, la loi du 6 aout 2015[641] est venue consacrer ce qui était supposé ; le licenciement repose *de jure* sur un motif réel et sérieux.

II. Une impossibilité juridique à justifier la responsabilité du salarié

433. - Contrôle *a priori*. Concernant les accords de mobilité interne, le salarié qui refuse l'application de l'accord à sa situation est dans une situation *a priori* différente des accords de maintien de l'emploi. En effet, l'accord de mobilité interne prévoit que l'employeur prend des mesures *individuelles* de mobilité interne[642], celles-ci ayant été prises après une phase de concertation relative aux contraintes personnelles et familiales. Ces mesures étant, selon le Code du travail, individuelles, le salarié ne s'oppose pas à la collectivité, mais simplement à l'employeur, comme ce serait le cas si le contrat avait contenu une clause de mobilité géographique. L'on se serait donc attendu à un licenciement disciplinaire, et non économique. Aussi, il est étonnant que le Code du travail soit aussi affirmatif et ne semble pas laisser le choix de licencier à l'employeur ; ceci d'autant plus, que l'accord de mobilité interne se négocie en dehors de tout projet de restructuration, et donc que la qualification du licenciement est loin d'être aussi évidente que pour un accord de maintien de l'emploi[643].

Cela peut se justifier par la phase de concertation prescrite par l'article L. 2242-23 du Code du travail. Si après cette concertation - avec le salarié concerné ou le Comité d'entreprise ? - l'employeur se décide à mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité et se voit opposer un refus, il n'aurait d'autre choix que de licencier.

[641] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

[642] C. trav., art. L. L2242-23, al. 3.

[643] L'on peut néanmoins toujours objecter que si l'accord se négocie hors de tout projet de restructuration, il peut être/sera mis en œuvre au moment d'un tel projet. Le licenciement économique pourrait alors se justifier.

434. - Contrôle en cas de refus. À l'inverse des accords de maintien de l'emploi, le motif réel et sérieux n'est ici pas acté par la loi ; un contrôle serait donc maintenu. Mais l'articulation de la loi de sécurisation de l'emploi est particulièrement obscure, ce qui laisse incertain la nature et le degré d'un tel contrôle.

Il est en effet impossible juridiquement - et logiquement - de concilier le contrôle du refus du salarié avec la nature économique du licenciement qui s'ensuit[644]. De manière générale, le refus d'un salarié est opposé à une directive de l'employeur, ce qui est le cas pour la mise en œuvre d'une mesure de mobilité, mais la conséquence d'un refus d'obéir à un ordre ne se règle pas par un licenciement économique, mais disciplinaire. Or la loi a fait le choix du motif économique, ce qui bloque toute tentative de contrôle logique du juge, le raisonnement de la loi n'étant pas juridique, mais purement pragmatique, voire idéologique.

De plus, un licenciement économique oblige normalement l'employeur à reclasser le salarié. Or si le salarié est reclassé dans l'entreprise, la question de l'application de l'accord va à nouveau se poser pour ce salarié. L'on aboutit à un raisonnement circulaire, où le droit du travail, tel un serpent, se mord la queue.

Ainsi, une proposition du professeur M. Fabre-Magnan n'est plus possible ; il s'agissait d'utiliser la notion de contrainte et de violence économique[645].

Une autre hypothèse concernant la mobilité interne serait la mise en place d'un accord de mobilité de manière collective, c'est-à-dire un changement de site pour l'ensemble des salariés, pour une *raison* économique. L'accord de mobilité n'a alors pour unique intérêt que de ne pas avoir à élaborer de plan de sauvegarde de l'emploi, les licenciements en cas de refus étant prononcés selon le régime des licenciements économiques individuels, quel que soit le nombre de refus. Mais dans un tel cas, le juge retrouverait-il son pouvoir de contrôle ? Cela est certes souhaitable, mais rien n'est moins sûr.

[644] A l'initiative de l'employeur, le licenciement économique n'est pour autant pas imputable à ce dernier, mais pas plus au salarié licencié. De fait, il apparait antinomique de contrôler le refus du salarié de respecter une mesure individuelle, puis de le licencier pour motif économique.

[645] M. FABRE-MAGNAN, *Le forçage du consentement du salarié*, Dr. ouvr., juillet 2012, n° 768.

435. - Isolationnisme. Cette dernière remarque nous amène à s'interroger sur une autre conséquence « morale » de ces accords et de l'évolution du droit du travail en général. Face à la collectivité, et quel que soit le nombre de refus opposés à l'employeur, le salarié sera toujours seul. Lors d'un licenciement collectif, les salariés concernés ont au moins cette impression de ne pas être les seuls à subir l'aléa du licenciement économique ; mais la loi de sécurisation de l'emploi pousse à son paroxysme la supériorité de l'accord collectif sur le contrat de travail. Et quelle que soit la raison du salarié quant à son refus, quel que soit aussi le motif retenu par la loi quant à la qualification - justification ? - du licenciement, le salarié se retrouve isolé.

C'est là sans doute un apport considérable des accords issus de la loi de sécurisation de l'emploi, que de faciliter la procédure de modification du contrat de travail. En application de l'article L. 1222-6 du Code du travail, si plus de dix salariés refusent une modification de leur contrat de travail, l'employeur a l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi ; avec ces accords d'un nouveau genre, chaque salarié est traité isolément. Ceci est d'autant plus « original » qu'en règle générale, le licenciement économique d'un seul salarié dans une grande entreprise cache souvent une fraude, un unique licenciement ne pouvant résoudre des problèmes conjoncturels.

III. Une impossibilité dogmatique à justifier une responsabilité

436. - Le salarié qui a refusé l'application d'un accord modifiant, même temporairement, son contrat de travail se retrouve donc isolé, même s'ils sont plusieurs à la refuser. Si le déséquilibre contractuel propre au droit du travail tente d'être résorbé par la négociation collective, la relation n'en reste pas moins à l'avantage de l'employeur dans le cadre de son pouvoir de gestion. De fait, il est inapproprié de parler de responsabilité du salarié, malgré ce que tentent d'instaurer les différentes réformes du droit du travail[646].

[646] M.-A. SOURIAC et M. MORAND, *Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ?*, RDT, 2012, p. 194.

Pourtant le contexte des accords de mobilité interne comme des accords de maintien de l'emploi, malgré la qualification de licenciement économique, désigne le salarié comme responsable de son sort, en appliquant le régime du licenciement individuel. Cette idée est confortée par la réciprocité des efforts demandés.

Alors que, régulièrement, les critiques sont nombreuses sur la gestion à court terme des actionnaires dans les grandes sociétés, ces derniers sont aussi appelés à l'effort commun afin de maintenir l'emploi[647]. Si l'importance de ces efforts doit être déterminée par l'accord de maintien de l'emploi, le symbolisme de ces efforts est puissant. Et si le contexte est différent en ce qui concerne un accord de mobilité interne, la situation du salarié n'est pas meilleure. Le mécanisme est tel, que le licenciement semble inévitable, en évitant le contrôle du juge ou en le rendant difficile.

Finalement, c'est peut-être une responsabilité des syndicats qui se joue. S'ils sont historiquement hostiles à la cogestion, contrairement au syndicalisme allemand, les syndicats français sont de plus en plus appelés à une négociation de gestion[648]. Mais dans la logique des relations collectives de travail, il est impossible de désigner les syndicats comme responsables, notamment parce qu'ils sont représentatifs au regard de la loi ; aussi, un effort semble être fait également en faveur du développement d'accord majoritaires[649], ce qui doit permettre d'accroitre la légitimité des syndicats.

De fait, si responsabilité il y a, elle ne peut-être que morale. Mais comment reprocher à ces derniers de négocier pour sauvegarder l'emploi ? Le développement de la négociation de gestion ne peut se faire sans une responsabilisation des syndicats, et donc certaines réticences ; il leur revient de gagner alors leur légitimité auprès des salariés, et peut-être de recréer du lien avec ces derniers. Malgré tous les efforts législatifs pour renforcer la légitimité des syndicats,

[647] C. trav., art. 5125-1 : « *L'accord prévoit les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés : […] les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance* ».

[648] F. GÉA, *La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise*, Dr. soc., 2013, p. 717.

[649] Notamment, les accords de maintien de l'emploi et les accords portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

vraisemblablement, seule l'augmentation du nombre d'adhérents limitera le débat sur ce type d'accord.

§ 2. Une instrumentalisation efficace ?

437. - L'objectif, en utilisant l'emploi comme justification, est d'apporter un surplus de sécurisation. Mais l'instrumentalisation de la notion induit que la sécurisation n'est pas forcément là où elle est attendue.

La sécurisation de l'emploi (I) est en concurrence avec la sécurisation de l'entreprise (II), dans ce qui ressemble à un bouleversement du droit du travail.

I. Une sécurisation de l'emploi en question

438. - Conséquences des départs. L'enjeu primordial de la mise en avant de la collectivité de travail est de forcer les salariés à adhérer à cette collectivité. Pour ce faire, le choix du législateur s'est porté sur le forçage du contrat de travail et le renforcement corrélatif de la négociation d'entreprise.

L'adhésion à cette forme de statut collectif doit permettre à l'entreprise de diminuer les coûts pendant une certaine durée. Mais le licenciement des salariés refusant d'intégrer la collectivité peut avoir plusieurs conséquences, qui varient selon le fonctionnement de l'entreprise.

En effet, la première approche est de considérer que le départ d'un salarié sera une économie définitive pour l'entreprise. Cela parait certes bénéfique, mais selon le salarié concerné et son ancienneté, un licenciement peut avoir un coût certain pour l'entreprise. De plus, au moment de la signature de l'accord, il n'est pas possible de connaitre le nombre de salariés susceptible de refuser l'application d'un accord de maintien de l'emploi. Un éventuel referendum pourrait

être envisagé avant la négociation ; mais recourir à un tel choix, n'est-ce pas déjà remettre en cause la légitimité des syndicats ? L'entreprise *SMART* l'a néanmoins fait à propos d'un projet de passer à une semaine de trente-neuf heures payées trente-sept[650]. Cet exemple illustre aussi une difficulté ; les résultats du referendum montraient des résultats apparemment favorables à cet accord, mais cachaient en réalité un désaccord entre les cadres majoritairement favorables, et les ouvriers, au contraire, plus réticents.

439. - Désorganisation de l'entreprise. Autres difficultés, contrairement à un plan de départ volontaire, il est impossible de délimiter le champ des départs - des licenciements en l'occurrence. De fait, il est tout à fait possible que ce soient les salariés les plus qualifiés qui quittent l'entreprise, ou ceux ayant le plus d'ancienneté, augurant un coût important pour l'entreprise, mais également la désorganisation de celle-ci.

La conséquence d'une vague de refus, dont on ne connait pas, par principe, le nombre à l'avance, est donc la nécessité de finalement embaucher à nouveau du personnel, qui sera *de facto* assujetti à l'accord de maintien de l'emploi. Mais l'arrivée de ces nouveaux salariés nécessite une période de formation, pénalisante pour l'entreprise, qui perd ainsi en productivité. De plus, calculé de manière arithmétique, l'emploi semble maintenu - selon le nombre de salariés embauché -, mais la période de formation nécessaire avant que les nouveaux salariés soient pleinement opérationnels est à même de désorganiser l'entreprise, et donc de la fragiliser, au risque de finalement aboutir à un plan de sauvegarde de l'emploi.

II. La sécurisation de l'entreprise

440. - Dualité de la sécurisation. Au-delà de la sécurisation de l'emploi ou des emplois, une tendance lourde est à la sécurisation de l'entreprise, et donc de la situation de l'employeur.

[650] *Le Monde*, 11 septembre 2015. En l'espèce, ce n'est pas un accord de maintien de l'emploi ; le referendum a été organisé par la direction de l'entreprise, avant de démarrer la négociation annuelle obligatoire sur les salaires : « *Êtes-vous pour le retour aux 39 heures hebdomadaires, payées 37 heures, entre 2016 et 2019, en échange du maintien de votre emploi jusqu'en 2020 ?* ».

Certains le critiquent, mais il est, selon nous, toujours compliqué de différencier l'emploi, de l'activité économique, cette dernière en étant la source. Cela passe par la sécurisation des procédures au sein de l'entreprise, avec, à terme, une tendance à la déjudiciarisation du droit du travail. L'évolution ne se fait pas sans crainte, c'est pourquoi il faut que cette évolution s'accompagne d'un contrôle accru de manière *a priori*.

La loi de sécurisation de l'emploi a tenté cette double sécurisation de l'emploi, par la déjudiciarisation des plans de sauvegarde de l'emploi au profit de la négociation[651]. Le contrôle de l'administration effectué avant les licenciements tend à limiter le nombre de contentieux ultérieurs conduisant à l'annulation de tous les licenciements prononcés. Pour limiter justement les craintes que certains avaient, le législateur a réintroduit, contrairement à ce qu'avait fait l'ANI, le contrôle, par l'Administration du travail, des plans de sauvegarde de l'emploi négocié. Si l'on peut y voir une défiance vis-à-vis des syndicats, il y a surtout une nécessité de sécuriser la procédure et l'avenir de l'entreprise.

L'on peut également voir une volonté de sécuriser les procédures dans la simplification opérée par la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. En effet, la loi *Rebsamen* a rassemblé tant les obligations d'informations/consultations, que les obligations de négociations, toutes deux limitées à trois blocs[652]. Rendues moins nombreuses et surtout plus lisibles, le risque de délit d'entrave diminue. Notons dans cette loi aussi l'intitulé, qui unit dialogue social et emploi, ce qui ne fait que confirmer les réformes récentes.

De manière beaucoup plus frontale, la qualification, par la loi, des licenciements intervenus après le refus d'un salarié de se voir appliquer un accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne tend à évincer le juge du contrôle du motif du licenciement. De fait, cela revient à sécuriser les décisions de l'employeur, mais, finalement, également celles des syndicats, qui ont participé à la mise en place de ces accords. Aussi, une partie de la doctrine appelle-t-elle le

[651] Exposé des motifs de la loi du 14 juin 2013 : « *Mieux anticiper, pouvoir s'adapter plus tôt, plus rapidement, dans la sécurité juridique, mais le faire de façon négociée, pour préserver l'emploi et au moyen de nouveaux droits pour le salarié, droits individuels et droits collectifs. C'est ainsi que notre compétitivité se renforce en même temps que chacun devient moins vulnérable, dans le fil du combat historique pour l'amélioration du sort des travailleurs* ».

[652] Entrée en vigueur de cette réforme 1er janvier 2016.

législateur à la plus grande prudence[653]. D'une certaine manière, ces développements nous amènent à nous interroger sur l'intérêt de l'entreprise de manière plus générale[654].

Surtout, certains auteurs ont vu dans le texte de l'ANI du 11 janvier 2013 de possibles atteintes aux droits international et européen ; si la loi a, en partie, modifié le contenu du texte signé par les partenaires sociaux le 11 janvier 2013, rien ne dit qu'un recours ne peut voir le jour à l'avenir[655]. Mais l'essentiel n'est peut-être pas là ; quel que soit le sort réservé aux mécanismes étudiés, le législateur a fait sienne la définition large de l'emploi, et devrait poursuivre les réformes en ce sens.

441. - Conclusion du chapitre. Face à l'impossibilité ou la difficulté de forcer le contrat pour assouplir la relation de travail, des réformes successives du droit du travail sont intervenues. Les mécanismes, qui animent ces réformes, mettent en avant une augmentation du rôle des partenaires sociaux, représentants l'intérêt des salariés dans l'entreprise ; le législateur, par là-même, refoule la force du contrat de travail. L'idée générale est d'inscrire la personne, plus forcément salarié, dans un parcours professionnel, dont le contrat de travail ne constitue qu'une étape.

[653] M. GRÉVY, *Le juge, ce gêneur…*, RDT, 2013, p. 173.

[654] B. TEYSSIÉ, *Sur l'intérêt de l'entreprise*, TPS, 2003, n° 10, repère, p. 3.

[655] P. LOKIEC, *L'ANI à l'épreuve du droit international et européen*, RDT, 2013, p. 202.

CONCLUSION DU TITRE I

442. - L'idée ressort de nombreux écrits issus de doctrine, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a son doute annoncé une refonte progressive mais certaine du droit du travail français[656]. La notion de sécurisation de l'emploi ne peut plus être entendue comme le maintien des contrats de travail, mais comme un objectif de maintenir, autant que faire se peut, un certain niveau d'emploi, non plus dans l'entreprise considérée, mais sur le « marché » de l'emploi. Ce changement a été rendu possible par le renforcement de la négociation collective d'une part, la décontractualisation d'autre part ; de fait, l'individuel se retrouve opposé au collectif, alors que l'histoire du droit du travail français est fondée sur le contrat de travail et le principe de faveur.

Ce renversement annoncé par le professeur F. Géa[657], corrélé au sort réservé aux salariés n'acceptant pas de se voir appliquer un accord collectif, conduit à très fortement assouplir la relation de travail. De fait, l'avenir du salarié s'inscrit nécessairement hors de l'entreprise.

---

[656] V. notamment : F. GÉA, *Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'Ani du 11 janvier 2013*, Sem. soc. Lamy, 2013, n° 1569 ; F. FAVENNEC-HÉRY, *Sécurisation de l'emploi : encore un effort !*, Sem. soc. Lamy, 2013, n° 1575 ; J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail*, Dr. soc., 2013, p. 17.

[657] F. GÉA, *op. cit.* « *L'étape de la transformation du droit individuel de formation (DIF) en un compte personnel de formation, attaché au salarié en tant que personne située sur le marché du travail (art. 5), s'inscrit clairement dans cette perspective. Mais celle-ci, et c'est ce qui retiendra notre attention, va également de pair avec une manière de détacher le travail de la figure du contrat – et ce, alors qu'au plan historique, le droit du travail, au moins en France, a, nous semble-t-il, procédé, par le biais d'une fiction, de la possibilité même de contractualiser la force de travail. Manifestement, ce schéma fondateur pourrait bien être en passe de se renverser* ».

Afin de maintenir un niveau de protection acceptable pour le salarié, le droit du travail inscrit désormais celui-ci dans un parcours professionnel, qui n'a d'autre but que de le maintenir sur le marché de l'emploi. Mais la direction indiquée est franche ; l'emploi n'est pas attaché à l'entreprise, mais à un marché plus vaste. La relation de travail n'est plus contractuelle, ou le sera de moins en moins, comme le démontre les réflexions doctrinales, notamment autour de l'idée de sécurité sociale professionnelle[658], d'état professionnel des personnes[659], ou encore de statut de l'actif[660]. Les droits ne sont plus attachés au salarié par son contrat, mais désormais directement rattachés à la personne, abstraction faite de sa situation professionnelle.

[658] P. CAHUC et F. KRAMARZ, *Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une Sécurité sociale professionnelle*, *in* Le droit du travail confronté à l'économie (dir. A. JAMMEAUD), Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005 ; F. GAUDU, *La «* sécurité sociale professionnelle *» : un seul lit pour deux rêves ?*, Dr. soc., 2007, p. 393 ; F. GAUDU, *De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité*, Formation Emploi, janvier-mars 2008, n° 101, p. 71 ; J.-C. Le DUIGOU, *Quelle « sécurité sociale professionnelle » ?*, Dr. soc., 2011, p. 1300.

[659] A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, 1998.

[660] Th. PRIESTLEY, *À propos du « contrat d'activité* », Dr. soc., 1995, p. 955 ; F. GAUDU, *Du statut de l'emploi au statut de l'actif*, Dr. Soc., 1995, p. 535.

Titre II

UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ APPLIQUÉ INDIVIDUELLEMENT

443. - Face à cette prise de pouvoir du collectif dans l'organisation du travail, le salarié n'est plus titulaire des mêmes protections qu'auparavant. Les droits qui, autrefois, étaient solidement attachés à son statut de salarié sont remplacés progressivement par des droits attachés à la personne. C'est donc une nouvelle logique qui s'attache au droit du travail. Apparemment exclu de la collectivité, le droit du travail veut traiter ce départ comme une étape normale de la vie professionnelle du salarié, qui s'inscrit dans un parcours professionnel, qu'il convient de sécuriser, et ce, malgré les craintes affichés par la doctrine face à ce changement de paradigme[661]. Sans aller au bout de la pensée de Paul Durand, il est possible de voir, dans ses propos, une vision annonciatrice de ce que devient peu à peu le droit du travail, un droit de l'activité professionnelle[662]. Cette idée revient à chaque fois que l'on évoque la fin de l'ère industrielle et la transformation de l'économie. Le travail évolue, le salarié *doit* faire de même.

Ce parcours n'est pas tracé à l'avance. La carrière du salarié se retrouve pleine d'incertitudes, que le droit du travail doit gommer. Cela passe par la construction d'un parcours,

[661] P. LOKIEC, *Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique*, Dr. soc., 2008, p. 1238.

[662] P. DURAND, *Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*, Dr. soc., 1952, p. 441 : « *La pensée scientifique des cinquante dernières années a créé le droit du travail. C'est l'édification d'un droit de l'activité professionnelle que nous nous devons attendre de la seconde moitié de ce siècle* ».

rendu effectif par le droit du travail (Chapitre 1) ; mais un parcours qui se doit d'être contrôlé, maitrisé, par le salarié et par le juge (Chapitre 2).

Chapitre 1

La construction du parcours professionnel

444. - Ce concept décrit les différentes étapes qu'un salarié connait dans sa vie professionnelle, dans et hors de l'entreprise, notamment à travers ses changements d'emplois et/ou d'employeurs, les formations suivies, ainsi que les autres évènements de sa vie professionnelle.

La construction d'un parcours professionnel tel qu'il est envisagé par les réformateurs du droit du travail, nécessite la mise en place de certains garde-fous. Le professeur Gaudu imaginait déjà, il y a plus de vingt ans, un moyen de parvenir à sécuriser la vie professionnelle des salariés : « *En effet, si les phases soustraites au travail subordonné sont inévitables au cours de la vie active, pourquoi, au lieu de les dramatiser, ne pas les légitimer en faisant émerger un statut de l'actif (statut qui intégrerait des contrats de travail multiples, dans une carrière qui ne peut plus guère se dérouler dans une seule entreprise, et des phases consacrées à des activités diverses, formation professionnelle, congés sabbatiques, parentaux, etc...) ?* »[663].

[663] F. GAUDU, *Du statut de l'emploi au statut de l'actif*, Dr. soc., 1995, p. 535.

Ainsi, une politique efficace de formation des salariés et des demandeurs d'emploi semble être l'un des prérequis à la construction d'un parcours professionnel (Section 1) ; mais la formation, seule, ne peut être garantie de réussite sans certains jalons (Section 2).

Section 1. LES FONDATIONS DU PARCOURS

445. - Le salarié s'inscrivant dans un parcours professionnel, celui-ci se construit en développant ses compétences. Cela se fait par le biais du droit de la formation professionnelle, qui tend à permettre au salarié de rester employable.

Mais afin de garantir l'efficacité du parcours, des prérequis sont nécessaires (§ 1). Puis ce parcours, constitué de formations professionnelles, se construira successivement à l'initiative de l'employeur et du salarié (§ 2).

§ 1. Les prérequis nécessaires à la formation

446. - Pour que le parcours professionnel du salarié soit bénéfique, il doit, tout d'abord, répondre à l'intérêt de l'entreprise qui l'emploie (I). Aussi, la formation professionnelle ne s'inscrit pas du tout dans la même dynamique que la mobilité géographique. Si celle-ci se constate par un déplacement physique de la personne, la mobilité professionnelle met en jeu d'autres caractéristiques de l'individu, beaucoup moins malléables (II).

I. L'intérêt de se former

447. - Avant d'inscrire toute personne dans un processus de formation, qui est par ailleurs nécessaire (B), apparait logiquement le constat simple d'une nécessité de se former (A).

A. Une nécessité

448. - La nature économique du droit du travail. La question de savoir si le droit du travail est un droit avant tout social ou économique revient régulièrement. La réponse se situe vraisemblablement à mi-chemin de ces deux champs. Pourtant, à bien y regarder, l'aspect économique semble être le principal moteur de la mobilité des salariés ; l'aspect social serait un corollaire de l'intérêt économique. En effet, il apparaît qu'avant de rechercher l'intérêt du salarié dans la mobilité, il faille regarder ce qui guide l'employeur dans la mise en œuvre de la mobilité. Et ce qui le guide est avant tout de pérenniser l'activité économique de son entreprise.

De ce postulat, l'on peut dire que le droit du travail est économique, voire politique car son efficacité est « juge de paix », vis-à-vis de la Nation. L'aspect social du droit du travail, visible notamment à travers le prisme de la fondamentalisation du droit du travail, constitue donc ici contrepoids de la tendance économique.

449. - Le travail, source de fierté. Le travail est en même temps la source d'un revenu pour une personne et sa famille, et la source de fierté et de dignité pour ce même travailleur. La crise économique démarrée en 2008 n'est donc pas seulement une crise économique, mais aussi sociale. Dans une telle crise, les personnes perdent quelque part une partie de leur dignité de personne.

Les aides pécuniaires que peuvent percevoir les demandeurs d'emploi ou les personnes exclues de la société ne résolvent alors qu'une partie du manque. Une personne qui ne travaille pas est une personne qui « tourne en rond », réfléchit, remet tout en question ; le modèle allemand peut être une piste de réflexion pour responsabiliser le demandeur d'emploi, et rendre moins tentant également le fait de percevoir l'aide au retour à l'emploi, parfois plus rémunératrice que certains emplois[664]. S'il est comparable au modèle français, le modèle allemand d'assurance chômage est beaucoup moins « rémunérateur » que le nôtre[665]. Très vite,

[664] Sur cette imperfection, v. notamment J. BICHOT, *L'effet Matthieu revisité*, Dr. soc., 2002, p. 575.

[665] En Allemagne, douze mois de prise en charge à raison de 60 à 67 % du salaire net mensuel ; vingt-quatre mois de prise en charge à raison de 57,5 à 75 % du salaire brut pour le régime français.

un demandeur d'emploi allemand voit ses droits baisser s'il tarde trop à retrouver un emploi ou refuse une offre d'emploi, même de qualification et de salaire inférieurs.

Il faut toutefois ne pas perdre de vue l'essentiel : conserver un équilibre et ne pas dérégler entièrement le marché en tombant dans la flexibilité totale au détriment de la sécurité. Là encore, l'exemple du modèle allemand avec les mini-jobs - *Geringfügige Beschäftigung* ou *nebenjob* – montre que l'équilibre est infime, avec un contrat rémunéré à quatre cent euros par mois et un statut proche de celui d'un stagiaire français[666]. Les critiques sur ces types de contrats affluent en Allemagne, car ils freineraient l'embauche en CDI ; c'est tout le problème des contrats qui coûtent moins cher à l'employeur, et qui sont peu réglementés quant à leur mise en œuvre ; revenir à un contrat de droit commun n'a plus aucun intérêt pour un employeur qui cherche à embaucher. C'est pour cette raison qu'un syndicat allemand déclare que ce type de contrat entraîne « *directement vers la pauvreté* »[667]. Relevons toutefois que la plupart des mini-jobs sont de moins de quinze heures par semaine.

450. - Intérêt de la formation. Face à une pénurie d'emploi, un demandeur d'emploi, ou bien un salarié dont l'emploi est fragile, peut tout à fait décider d'une reconversion ou tout du moins de développer ses compétences.

B. Un intérêt

451. - L'ambition de l'employeur à travers la formation professionnelle. Dans un monde où tout évolue rapidement, spécialement les nouvelles technologies, l'adaptation des salariés est devenue indispensable. La formation professionnelle représente à la fois la possibilité et l'obligation, pour l'employeur, d'accroître les compétences de ces salariés, du moins, de les adapter. Elles seront accrues si les anciennes compétences continuent d'être

[666] Quatre cent euros par mois maximum versés au salarié, qui ne cotise ni pour sa retraite, ni pour l'assurance maladie ; seul l'employeur verse 13 % pour l'assurance maladie et 15 % pour l'assurance retraite. Le mini job peut être à temps plein comme à temps partiel, à durée déterminée comme indéterminée.

[667] Propos tenus par Madame Michaela ROSENBERGER, vice-présidente du NGG, premier syndicat allemand.

utiles ; elles sont adaptées si les nouvelles compétences viennent remplacer celles devenues obsolètes. Cette évolution doit permettre à l'entreprise de maintenir son activité, et au salarié de conserver son emploi.

Si la formation professionnelle s'inscrit dans le cadre du développement des compétences des salariés, plus que le maintien de l'activité économique, cela peut mener à un développement de cette activité ou même à la diversification des activités. À travers la formation professionnelle, c'est donc l'ambition du chef d'entreprise qui s'illustre.

452. - Le pari de la formation professionnelle. La formation professionnelle des salariés représente un investissement pour l'entreprise mais aussi un pari. L'employeur qui gère son entreprise doit être vigilant pour conserver une certaine compétitivité, ce qui implique de « stimuler » les salariés. Le fait d'apprendre en permanence peut être un outil de stimulation des salariés. La mobilité professionnelle a donc un intérêt pratique mais aussi psychologique. Malgré tout, rien n'indique avec certitude que l'effet psychologique escompté se réalisera, ce qui relève donc bien du pari.

La formation professionnelle relève également du pari, car un salarié peut toujours abandonner une formation avant son terme. Le financement de cette formation inaboutie sera à la charge de l'entreprise dans la plupart des cas, l'organisme financeur ne prenant en charge que les heures effectuées. De fait, l'intérêt du salarié doit aussi être pris en compte, de manière à augmenter sa motivation, et accroitre sa capacité à suivre une formation.

II. La capacité à se former

453. - Lorsqu'un salarié entreprend une formation, deux éléments peuvent et doivent être pris en compte. Étant donné que la mobilité professionnelle fait appel à d'autres ressources que la « simple » mobilité géographique, il ressort que la motivation (A) et l'environnement (B) du salarié sont primordiaux.

454. - La motivation de se former. Pour persévérer dans une formation, le salarié doit en ressentir l'intérêt, sous peine de perdre la motivation. L'objectif d'entretenir son employabilité doit y contribuer. Il faut toutefois signaler la faible proportion, en général, d'abandon. Une des raisons de l'abandon peut être l'intégration dans un nouvel emploi, explication valable lorsque l'abandon de la formation se fait en fin de formation mais avant son terme[668] ; les abandons en début de formation, liés à l'intégration d'un emploi, sont quant à eux, minimes[669].

Différents facteurs motivationnels expliquent la réussite ou l'échec d'une formation professionnelle ; ils sont dits intrinsèques quand ils proviennent de la personne elle-même, ou extrinsèques quand ce sont des facteurs extérieurs à la personne en cours de formation. Au titre des facteurs extrinsèques, les possibilités d'évolution, une rémunération plus élevée sont généralement citées. Comme exemple des facteurs intrinsèques, la simple volonté d'apprendre occupe une large place. Le projet, quant à lui, peut être professionnel ou non, ce qui peut bien sûr entrer en ligne de compte, concernant la motivation à se former.

Ceci nous amène à s'interroger sur l'intérêt des formations non professionnelles financées par les fonds de la formation professionnelle, sous prétexte qu'on y a « droit ». C'est une interrogation que se pose, une partie de la doctrine qui souligne que la formation professionnelle devrait s'envisager avant tout au profit des demandeurs d'emploi et non des travailleurs, cela hors adaptation essentielle à son emploi, surtout en période de crise. Cette remarque a, semble-t-il, été prise en compte par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

Les facteurs les plus importants pour démarrer une formation professionnelle, sont les facteurs extrinsèques, c'est-à-dire ceux qui sont extérieurs à la personne concernée. Les études montrent en effet que c'est la volonté ou l'obligation d'évolution qui va dicter l'entrée en

[668] Dans l'article étudié, l'abandon tardif intervient durant le dernier mois de formation, ce qui explique logiquement le faible taux d'abandon.

[669] A.-M. VONTHRON, C. LAGABRIELLE et D. POUCHARD, *Le maintien en formation professionnelle qualifiante : effets de déterminants motivationnels, cognitifs et sociaux*, OSP - L'Orientation scolaire et professionnelle, 2007, pp. 401-420 : 2,8% des 14% d'abandon en début de formation intègre un emploi, quand 2,4% des 3,3% d'abandon en intègre un.

formation. L'on peut alors se demander si une obligation de se former est réellement une source de motivation, et si donc cela ne va pas entraîner un abandon prématuré de la formation. C'est dans cette perspective que d'autres facteurs extrinsèques peuvent voir le jour, comme les encouragements extérieurs.

455. - Sentiment d'efficacité personnelle. Le psychologue A. Bandura[670] a mis en avant le *Sentiment d'Efficacité Personnelle* (SEP), autrement dit le sentiment que l'on peut y arriver. Il peut soit être fortement ancré chez une personne ayant suffisamment confiance en elle, soit ce SEP être entretenu par l'environnement du candidat à la formation. Également, plus la formation entreprise est longue, plus le SEP doit être fort, d'où l'importance des « *encouragements extérieurs* ».

Dans le cadre d'une formation académique avec plusieurs candidats, le rôle des formateurs est également important. Le suivi de ces formations est important, car il crée un lien social entre les différents candidats, facilitant éventuellement une émulation au sein de la promotion. Allant dans ce sens, il apparaît que les personnes qui abandonnent le plus une formation à distance se soient engagées pour des motifs extrinsèques, qui ne sont donc pas de l'ordre du lien social mais plutôt d'une volonté d'évolution. Cela sous-entend que le simple fait de vouloir se « former », sans motif intrinsèque d'une volonté d'« apprendre » n'est pas forcément suffisant, pour aller au bout de la formation. Cela met par ailleurs en exergue le rôle prépondérant de la psychologie en matière de formation : encouragement, lien social, simple volonté d'apprendre. L'on pourrait dire que ces études remettent à leur place, et dans le bon ordre, *cause* et *conséquence* de la formation ; elles ont en tout cas le mérite de poser la question sur les causes et les conséquences d'une formation professionnelle. L'on se forme pour apprendre, la conséquence étant potentiellement une évolution de carrière, et il apparaît qu'il est bien plus dur de se former avec pour simple motivation un motif extrinsèque comme une augmentation de salaire. Tout du moins, le facteur social aide à la réalisation du projet de formation.

Cela se vérifie également tout au long du processus de formation. Plus celui-ci est long, plus les motifs de poursuivre vont évoluer. Il a ainsi été démontré que, si en début de formation les

[670] Albert BANDURA est docteur en psychologie canadien ; depuis les années 1980, ses travaux portent principalement sur le *Sentiment d'Efficacité Personnelle*.

motifs extrinsèques revêtent une grande importance, les facteurs intrinsèques comme la volonté d'apprendre prennent le dessus en fin de formation. En période de crise économique, la volonté de gagner plus, est prépondérante, ce qui est logique à tout point de vue. La mobilité professionnelle *stricto sensu* est donc un des facteurs déclencheurs essentiels pour entrer en formation[671]. Par contre, elle ne saurait se suffire à elle-même lorsque la motivation ou le moral décroît. La motivation à apprendre est ainsi le facteur qui est le plus à même de permettre d'aller au bout de la formation[672]. Est donc nécessaire une double motivation pour optimiser les chances de poursuivre la formation jusqu'à son terme, pour les personnes démarrant une formation dans une démarche de mobilité professionnelle. Les personnes démarrant la formation pour un motif intrinsèque sont donc fois moins nombreuses, mais ce motif semble suffisant pour mener à terme la formation.

456. - Les effets de la pénibilité sur la poursuite d'une formation. La pénibilité s'envisage de deux manières qui s'opposent et se complètent. Elle peut tout d'abord être perçue comme un frein à la formation et donc à la mobilité. En effet, la difficulté physique ou intellectuelle de la formation peut faire diminuer la motivation d'un salarié en formation. Sa formation initiale peut par ailleurs influencer sa capacité à assimiler telle ou telle formation. Un salarié travaillant habituellement de manière manuelle éprouvera sans doute plus de difficulté à suivre une formation uniquement théorique ; l'inverse est également vrai. Il faut toutefois relever que, souvent, les formations sont réalisées en alternance avec une partie théorique et une autre partie qui se déroule en entreprise. Ce compromis permet un équilibre entre théorie et pratique, et est à même de favoriser la poursuite de la formation car permet de mettre en pratique rapidement ce qui a été appris. Cela enlève donc le stress que peut engendrer le passage vers le monde de l'entreprise.

La formation peut au contraire représenter un défi pour celui ou celle qui s'y confronte. La pénibilité peut en effet être perçue comme un facteur motivationnel pour le salarié en confiance, et cela représente pour lui un défi, un objectif à atteindre. La difficulté perçue comme telle au

[671] Il a par ailleurs été vu que les motifs extrinsèques sont aussi ceux qui permettent le moins d'aller au bout d'une formation, *in* A-M. VONTHRON, C. LAGABRIELLE et D. POUCHARD, *Le maintien en formation professionnelle qualifiante : effets de déterminants motivationnels, cognitifs et sociaux*, OSP – L'Orientation scolaire et professionnelle, 2007, pp. 401-420.

[672] Motivation directe = facteur intrinsèque, *ibid*.

début, devient un élément stimulant pour le salarié mobile. Contrairement à la formation pénible qui semble se rattacher à une mobilité subie, la pénibilité en tant que défi se rapproche de la mobilité choisie. La formation est choisie, donc elle représente une « difficulté positive » pour le salarié.

L'autre élément important concernant la pénibilité, est son influence selon la période de survenance. Si la pénibilité peut sembler supportable en début de formation, la subir durablement devrait avoir un impact significatif sur la motivation du salarié. Il est pourtant mis en avant que l'impact de la pénibilité sur la motivation du salarié est plus important en début de formation, alors que la motivation devrait encore être élevée et contrebalancer la pénibilité. Toutefois, il n'y a aucune visibilité tant au niveau de la fin de la formation que de ses éventuels résultats en début de formation ; un salarié peut donc facilement désespérer de ne pas avancer dans la formation, de ne pas en voir le terme. De cette manière, un salarié sera plus soumis au facteur « pénibilité » en début de formation et abandonnera plus facilement la formation, alors qu'arrivant en fin de formation, le salarié sera plus enclin à poursuivre jusqu'à son terme, malgré les efforts à consentir. Le salarié qui se trouve en fin de formation voit alors cette dernière période de formation comme un défi à relever.

457. - Le défi de la mobilité. De quelque manière que ce soit, il semble que la mobilité soit un défi proposé au salarié. Qu'elle soit choisie ou subie, la mobilité est une nouveauté pour le salarié qui va devoir s'adapter à son nouveau mode de travail. Si elle est géographique, la mobilité va occasionner un changement de lieu et donc le salarié se confronte à un nouvel environnement, une nouvelle équipe, de nouveaux supérieurs hiérarchiques, etc. Cela peut générer un important facteur de stress. Les mêmes effets peuvent se produire lorsqu'un salarié est confronté à une mobilité professionnelle. Tout d'abord cela peut s'accompagner d'un changement également de lieu, ce qui reprend les précédents développements ; ensuite, la mobilité professionnelle va engendrer un changement de mode de travail, une adaptation du poste ou à un nouveau poste, et éventuellement une promotion professionnelle. Dans tous les cas, la mobilité apporte du changement dans la vie professionnelle – et souvent même familiale – du salarié. C'est le SEP du salarié qui va déterminer sa manière d'appréhender la formation professionnelle.

B. L'environnement du salarié

458. - Environnement personnel et formation professionnelle. Comme le souligne Monsieur A. Bandura, « les personnes avec une forte assurance concernant leurs capacités dans un domaine particulier considèrent les difficultés comme des paris à réussir plutôt que comme des menaces à éviter »[673]. Si les défis dans la vie de l'entreprise sont acceptables, il en va autrement des défis qui affectent la vie familiale du salarié. En effet, au niveau familial, les « défis » s'envisagent d'une manière différente et peuvent être concertés au niveau de la cellule familiale, ce qui n'est pas forcément le cas au sein de l'entreprise. Les défis de l'entreprise ne doivent que peu impacter sur la vie familiale qui a ses propres défis. C'est le travail auquel s'attache la Chambre sociale, en particulier grâce aux droits fondamentaux des salariés.

L'importance de la vie familiale se ressent de plusieurs manières. L'entourage familial peut être une source de motivation pour le salarié en formation, soit par le réconfort et les encouragements reçus par la cellule familiale, soit car la formation entreprise sera source de revenu pour le foyer familial. La famille est donc un facteur motivationnel comme lien social. A l'inverse, selon le cadre de la formation, le foyer familial peut être facteur de déconcentration. Cela peut être le cas si la formation se fait par correspondance, en journée ou en soirée. La présence de l'entourage peut affecter les facultés cognitives du salarié, lui donnant l'impression qu'il n'y arrivera pas, et le pousser à abandonner la formation entreprise. La balance entre les deux arguments est toutefois difficile à cerner.

L'initiative de la formation professionnelle joue sans doute un rôle certain dans la capacité du salarié à achever une formation.

[673] A. BANDURA, *Self-efficacy in changing societies*, New York : Cambridge University Press, 1995.

§ 2. L'initiative de la formation

459. - Différents types de formation professionnelle. En période dite « normale », il existe un certain nombre de possibilités de formation. La formation d'un salarié a la particularité d'être à la fois une obligation pour l'employeur et un droit pour le salarié. L'on parle par exemple de Droit Individuel à la Formation (DIF), de Compte Personnel de Formation[674] (CPF) ou d'activité (CPA), mais encore de Congé Individuel de Formation (CIF). A côté de ces mécanismes, il y a l'obligation « simple » de former les salariés à l'évolution de leur poste pour maintenir leur employabilité. De fait, un équilibre est à trouver, entre les aspirations du salarié, et les possibilités de l'employeur. Par ailleurs, l'obligation d'adaptation, si elle était simple à l'origine, s'est considérablement durcie du fait de la jurisprudence.

Ces mécanismes inscrivent le salarié dans un parcours professionnel. Le droit de la mobilité prend faussement l'apparence d'un droit à la mobilité, en développant à la fois une obligation de formation pesant sur l'employeur (I), et un droit de se former au bénéfice du salarié (II).

I. Les obligations de l'employeur

460. - Plan de formation. Citoyens dans l'entreprise, il faudrait « éduquer » les salariés, comme des élèves citoyens dans le système scolaire. L'obligation générale de formation à la charge de l'employeur s'inscrit dans le plan de formation de l'entreprise[675], le cas échéant après consultation du Comité d'entreprise, mais aussi dans l'obligation de financement de la formation professionnelle[676]. Le contenu potentiel du plan est vaste ; l'article L. 6313-1 du Code

[674] Le CPF a remplacé le DIF depuis le 1er janvier 2015. Les heures non consommées au titre du DIF pourront être mobilisées pendant cinq ans dans le cadre du nouveau compte personnel de formation.

[675] C. trav., L. 6321-1.

[676] L'employeur de moins de dix salariés doit s'acquitter, auprès d'un organisme paritaire collecteur agréé, d'une cotisation évaluée à 0, 55 % de la masse salariale brute de l'entreprise (C. trav., art. L. 6331-2) ; les employeurs de dix salariés est plus doit, quant à lui, s'acquitter, dans les mêmes conditions, d'une cotisation à hauteur de 1 % de la masse salariale brute de l'entreprise (C. trav., art. L. 6331-9).

du travail détaille les catégories d'actions de formation[677], sans préciser lesquelles répondent éventuellement aux obligations de l'employeur.

461. - L'employeur fait ainsi face à deux types d'obligations ; l'une de résultat, consistant à adapter les salariés à leur poste de travail (A) ; et une autre de moyen, constituant à entretenir l'employabilité des salariés en développant ses compétences (B)[678].

A. L'adaptation nécessaire du salarié à son poste de travail : obligation de résultat

462. - Obligation d'adaptation. À l'instar de certaines obligations de formation, telle que celle qui est due au retour d'un congé parental[679], l'article L. 6321-1 du Code du travail dispose que l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Cette obligation d'origine jurisprudentielle se fonde sur l'exigence, pour l'employeur, d'exécuter de bonne foi le contrat de travail[680] et a été reprise par la loi du 19 janvier 2000[681].

Cette première obligation est peut-être la plus logique, étant donné qu'elle fait corps avec le contrat de travail. Si le salarié n'est pas propriétaire de son emploi, mais n'en est que

---

[677] Actions de préformation et de préparation à la vie professionnelle, actions d'adaptation et de développement des compétences des salariés, actions de promotion de la mixité dans les entreprises, de sensibilisation à la lutte contre les stéréotypes sexistes et pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, actions de promotion professionnelle, actions de prévention, actions de conversion, actions d'acquisition, d'entretien ou de perfectionnement des connaissances, actions de formation continue relative à la radioprotection des personnes prévues à l'article L. 1333-11 du code de la santé publique, actions de formation relatives à l'économie et à la gestion de l'entreprise, actions de formation relatives à l'intéressement, à la participation et aux dispositifs d'épargne salariale et d'actionnariat salarié, actions permettant de réaliser un bilan de compétences, actions permettant aux travailleurs de faire valider les acquis de leur expérience, actions d'accompagnement, d'information et de conseil dispensées aux créateurs ou repreneurs d'entreprises agricoles, artisanales, commerciales ou libérales, exerçant ou non une activité, actions de lutte contre l'illettrisme et l'apprentissage de la langue française, actions de formation continue relatives au développement durable et à la transition énergétique.

[678] A. FABRE, *L'obligation d'adaptation à la croisée des chemins : entre autonomie et diversification*, RDT, 2008, p. 33.

[679] C. trav., art. L. 1225-59.

[680] Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41634, *Expovit*, note M. DÉFOSSEZ, *L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois*, D., 1992, p. 390 ; obs. A. LYON-CAEN, D., 1992, p. 294 ; obs. J. MESTRE, *Une bonne foi décidément très exigeante*, RTD Civ., 1992, p. 760.

[681] Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

locataire, l'employeur, pour poursuivre ce parallélisme, doit garantir au salarié la jouissance paisible de cet emploi. De ce fait, permettre au salarié de s'adapter à l'évolution de son poste de travail semble logique. Mais cette obligation est peut-être d'autant plus forte qu'elle est originairement fondée sur la bonne foi contractuelle. Cette obligation d'adaptation n'est pas une simple obligation de formation prescrite par loi - même si elle a depuis été codifiée -, mais une obligation de bon sens, qui découle de la bonne exécution de la relation de travail.

La force de cette obligation résulte aussi de sa capacité à remettre en cause un licenciement économique. En effet, il a été jugé, selon l'arrêt de le Chambre sociale du 25 février 1992, que le licenciement économique intervenu sans effort d'adaptation en vue d'un reclassement rendait celui-ci injustifié. Ainsi, le parcours externe du salarié ne peut vraiment démarrer qu'en cas de réelle impossibilité de conserver un emploi dans l'entreprise[682]. Pour ces raisons, elle peut être qualifiée d'obligation de résultat.

Ancienne, cette obligation s'inscrit finalement très bien dans l'évolution actuelle du droit du travail, qui met l'accent sur la formation afin, éventuellement de conserver son emploi, mais surtout de développer la polyvalence des personnes actives. Mais au-delà de la simple adaptation du salarié, l'employeur se voit assigner un rôle d'éducateur, qui n'est pas sans parfois rappeler un aspect paternaliste prétendument oublié.

B. L'exigence complémentaire de formation du salarié : obligation de moyen

463. - Obligation d'entretenir la capacité à travailler. Si l'employeur doit veiller à l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leur emploi, au risque de ne pouvoir valablement licencier, il est acquis que l'employeur n'a pas à engager les frais d'une formation initiale ayant pour but de reclasser efficacement le salarié licencié[683].

---

[682] Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41634, *Expovit*, note M. DÉFOSSEZ, *op. cit.* ; obs. A. LYON-CAEN, *op. cit.* ; obs. J. MESTRE, *op. cit*.

[683] Cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42188 à 99-42189 99-42190, obs. A. BAILLOUX, D., 2001, p. 2170 ; obs. B. REYNÈS, D., 2001, p ; 3010.

Mais au-delà, l'employeur doit veiller à l'employabilité de ses salariés[684], ce qui sous-entend que les salariés ne doivent pas être maintenus dans un état culturel étriqué, au point finalement de les rendre totalement dépendant de leur employeur. Le jour où le licenciement intervient, l'employeur sera condamné pour ce défaut d'adaptation. Plus encore, l'employeur sera doublement sanctionné, d'abord au titre du défaut de cause réelle et sérieuse – six mois de salaire minimum d'indemnités -, puis au titre du préjudice subi par le salarié n'ayant pas suivi de formation. L'exemple des garçons de cuisine n'ayant bénéficié d'aucune formation pendant vingt ans fait figure de cas d'école, même si la décision est intervenue hors licenciement économique ; la Chambre sociale de la Cour de cassation a alors accordé dix mille euros de dommages-intérêts pour chaque personne, car l'employeur n'avait pas veillé à maintenir la capacité des salariés à occuper un emploi[685].

L'actualité relativement récente autour de l'abattoir *GAD*, où près de 20 % du personnel serait illettré pourrait donner lieu à une nouvelle jurisprudence autour de la capacité à occuper un emploi, d'autant plus que l'entreprise est en liquidation judiciaire. Mais relevons toutefois que l'entreprise *GAD* a, depuis 2010, mis en place un programme intitulé « *Maitrise des besoins fondamentaux* » avec un organisme de formation, pour justement aider les salariés à mieux maitriser la langue française[686], et être ainsi en conformité avec l'article L. 6321-1, alinéa 3 du Code du travail.

Cette obligation dévolue à l'employeur renvoie donc à une forme de paternalisme, et plus encore, pointe aussi l'échec du système éducatif - exception faite des salariés étrangers -, en faisant peser sur l'employeur une telle obligation. Dans cette optique, les discours pointent principalement le besoin de développer la formation professionnelle chez les personnes - salariées ou non - les moins qualifiées[687].

---

[684] C. trav., art. L. 6321-1, al. 2 ; V. notamment N. MAGGI-GERMAIN, *La capacité du salarié à occuper un emploi*, Dr. soc., 2009, p. 1234.

[685] Cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40914 à 09-40917.

[686] Journal Ouest France, Morbihan, *Ils travaillent leur grammaire chez Gad*, 9 avril 2014.

[687] J.-D. COMBREXELLE, *Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014*, JCP S, n° 16-17, 22 avril 2014, 1156.

Cette idée se trouve renforcée par les diverses solutions de la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui souligne le caractère distinct du préjudice résultant du non-respect de l'obligation de maintenir la capacité d'emploi des salariés. De fait, en séparant l'obligation de maintien de la capacité d'emploi, cela confère un rôle à l'employeur, qui dépasse la seule gestion économique de l'entreprise, que l'on retrouve dans l'obligation d'adaptation au poste de travail. Si les Hauts magistrats s'étaient contentés de déclarer le licenciement injustifié, l'obligation s'en serait trouvée considérablement amoindrie, mais elle retrouve à l'inverse toute sa puissance par l'interprétation qu'en font les juges[688].

464. - Objectif de maintien de la capacité d'emploi. Le développement de ces obligations de formation respecte, certes, la logique actuelle, mais l'on peut sans doute regretter la construction prétorienne du contenu de l'obligation. En effet, en dehors de l'adaptation du salarié à son poste de travail, il est compliqué d'appréhender quel type de formation devrait être dispensé, notamment en vue d'un éventuel et futur reclassement. Dans cette optique, une réflexion au niveau de la branche professionnelle est indispensable ; c'est pour cette raison que l'ANI du 5 décembre 2003 a instauré des observatoires prospectifs des métiers, qu'il revient à chaque branche de mettre en place, afin d'aider tous les acteurs de la formation professionnelle dans l'orientation à donner à la formation des salariés[689].

Mais, du fait de la généralité de la formulation de l'article L. 6321-1 du Code du travail, une telle obligation ne devrait-elle pas obliger à plus de recul, et à voir au-delà de la simple branche ? Cela parait, pour une partie de la doctrine, contraire à la lettre du texte[690]. Mais, de fait, peut-être une réflexion au niveau interprofessionnel est-elle nécessaire, puisque cette obligation dépasse vraisemblablement le cadre de l'entreprise ou de la branche. Cette obligation est à lire en parallèle des formations professionnelles proprement dites, comme la formulation du Code du travail le sous-entend, cette obligation étant notamment placée dans le même article que la lutte contre l'illettrisme.

---

[688] Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40950, obs. A. FABRE, RDT, 2008, p. 33 ; obs. J. SAVATIER, Dr. soc., 2008, p. 126.

[689] F. PETIT, *L'insaisissable droit à l'emploi*, *in Mélanges Fr. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 74.

[690] *Ibid*.

L'acception très globalisante de la notion d'emploi pourrait conduire à une telle évolution, mais la mise en œuvre pratique pourrait poser problème, tout comme son efficacité est incertaine, notamment du fait de la formulation très générale de l'article L. 6321-1 du Code du travail[691]. Une réflexion interprofessionnelle, juxtaposée à celle des branches, pourrait néanmoins décloisonner le marché de l'emploi et ouvrir diverses opportunités à des carrières fragilisées dans telle ou telle branche.

La réussite d'une telle politique de l'emploi oblige, par contre, à cerner les métiers en manque de main-d'œuvre. Corrélativement, cela laisse moins de place à la volonté individuelle de chaque salarié, et il n'est pas possible de satisfaire les souhaits de chacun en termes de travail. Ce serait donc à l'État de mener une politique plus offensive en termes de formation professionnelle[692], sans s'interdire de tenter de concilier les différentes demandes, provenant des employeurs et des salariés.

465. - Éparpillement de la formation. Le champ de la formation est étendu, et un effort de clarification est sans doute nécessaire. La loi du 5 mars 2014 va sans doute dans ce sens. Mais ne serait-ce qu'au sein de l'entreprise, il est des améliorations possibles et nécessaires, dans le champ de la politique de formation. En effet, il semble que de plus en plus, le plan de formation et la négociation sur la GPEC tendent à se recouper, en témoigne la possibilité, depuis la loi du 5 mars 2014, d'établir un plan de formation sur trois ans, qui n'est pas sans rappeler la négociation triennale sus-évoquée. Ainsi, dans les entreprises assujetties à l'obligation de négociation sur la GPEC, pourrait être réunie cette négociation avec le plan de formation. Dans les autres entreprises, le plan de formation pourrait être élaboré avec une autre institution représentative du personnel.

Cette modification de la mise en place de la formation professionnelle est d'autant plus souhaitable que le plan de formation doit respecter l'éventuel accord conclu sur la GPEC, et que ce dernier doit respecter ce qui a été observé au niveau de la branche professionnelle. Ces différents actes juridiques devant être conformes à l'acte qui leur est directement supérieur, il doit être possible de limiter le nombre de ces actes au niveau de l'entreprise, et de privilégier la

[691] N. MAGGI-GERMAIN, *op. cit.*

[692] F. GAUDU, *L'organisation juridique du marché du travail*, Dr. soc., 1992, p. 941.

négociation. De plus, cela contribuerait à redonner à la négociation sur la GPEC son rôle premier, celui d'anticiper l'évolution des emplois et des compétences.

II. Les droits du salarié

466. - En réponse aux obligations de l'employeur, le droit du travail confère au salarié des prérogatives en matière de formation. Deux aspects importent dans l'optique d'une réelle politique de l'emploi, le contenu de ces droits (A) et leur finalité (B).

A. Le contenu des droits

467. - Les droits, dont le salarié bénéficie, sont de deux ordres. Si l'initiative de la formation revient au salarié, le bénéfice, par le salarié, de prérogatives importantes (2), n'empêche que l'utilisation de certains droits dépende parfois d'un accord avec l'employeur (1).

1. Un droit à la formation orienté

468. - La sécurisation des parcours professionnel de chaque salarié est rendue nécessaire par la précarisation du lien contractuel. La relation de travail étant plus fragile, le salarié ne peut plus envisager sa situation au niveau de son entreprise et de son statut de salarié, mais il doit l'envisager de manière plus globale, et surtout, évolutive. C'est l'objectif assigné au droit du travail, quand il octroie une certaine créance aux personnes dans l'emploi ou en demande d'emploi.

469. - Compte personnel de formation (CPF). Issu de la loi du 5 mars 2014, le CPF vient en remplacement du droit individuel à la formation (DIF). L'article L. 6323-1 du Code du

travail dispose que toute personne âgée d'au moins seize ans, en emploi ou en recherche d'emploi possède ce compte. C'est au fur et à mesure des années de travail que ce compte personnel est abondé, à raison de vingt-quatre heures par an, jusqu'à un total de cent vingt heures, puis de douze heures par an pour atteindre un maximum de cent cinquante heures.

Ce compte est le principal outil de formation au bénéfice du salarié et à son initiative. Cependant, le Code du travail prévoit l'accord de l'employeur si la formation souhaitée se déroule pendant le temps de travail. Si cela a des conséquences sur l'effectivité d'un réel droit à la formation, il parait difficile de passer outre l'accord de l'employeur, celui-ci devant préserver le bon déroulement de l'activité économique. De plus, un mécanisme de sanction de l'employeur est prévu si le salarié n'a bénéficié d'aucune action de formation pendant six années consécutives[693].

470. - Période et contrat de professionnalisation. Le Code du travail prévoit un mécanisme particulier de formation professionnelle en prévoyant des périodes de professionnalisation, alliant période de formation et d'application[694]. Le bénéfice peut en être demandé soit par le salarié, dans le cadre de son compte personnel de formation, soit à la demande de l'employeur.

La différence fondamentale entre la période de professionnalisation et la mise en œuvre simple du compte personnel de formation est la présence de période de travail. D'une part, certains métiers ne peuvent rester dans la théorie et nécessitent une période de mise en pratique pour s'assurer de l'acquisition des compétences, et d'autre part, certains publics peu habitués ou « réfractaires » à l'enseignement théorique peuvent trouver dans la période de professionnalisation un équilibre indispensable à la réussite de la formation.

Ces périodes de professionnalisation sont d'un intérêt certain, leur objectif étant le maintien dans l'emploi par l'acquisition de nouvelles compétences[695]. De fait, cela participe à la mobilité interne à l'entreprise, mais peut aussi anticiper un reclassement.

[693] C. trav., art. L. 6315-1.

[694] C. trav., art. L. 6324-5.

[695] C. trav., art. L. 6324-1.

Le Code du travail prévoit, par ailleurs, la possibilité de signer un contrat de professionnalisation. Cependant, le public visé est bien encadré : ce sont les salariés de 18 à 26 ans, ou demandeurs d'emploi de plus de 26 ans. Ce contrat doit permettre à la personne d'acquérir les compétences particulières et nécessaires à l'exercice d'un emploi en particulier dans l'entreprise, ce qui doit en faire un outil efficace de lutte contre le chômage, au moins pour les catégories de personnes visées.

471. - Des droits possiblement complémentaires. À l'opposé des obligations de l'employeur, se situent donc les droits du salarié en matière de formation professionnelle. Ces prérogatives ne doivent pas entrer en conflit, mais permettre à un accroissement de la formation continue. Aussi, cela peut permettre un équilibre entre les besoins de l'employeur et les désirs du salarié pour l'orientation à donner à sa carrière. D'ailleurs, ces deux données ne sont pas forcément antinomiques ; si la taille de l'entreprise le permet, le salarié peut tout à fait vouloir inscrire son parcours dans l'entreprise à laquelle il « appartient ».

Dans le but de concilier ces deux intérêts, la loi tente de coordonner les possibilités offertes aux salariés pour se former ; mais il est complexe de se retrouver dans ce Code du travail, qui opère constamment par renvoi. Ainsi, l'article L. 6323-6 du Code du travail renvoie notamment aux articles L. 6323-16 et L. 6323-21 du même code, et ces deux articles - qui opèrent par renvoi entre eux - renvoient aussi au premier article cité.

Pour synthétiser, le salarié a droit à des formations permettant d'acquérir un socle de connaissances et compétences défini par décret[696], mais aussi à des actions de Validation des Acquis de l'Expérience (VAE)[697]. Pour le reste, il revient aux branches, à la Région ou au Comité paritaire interprofessionnel national pour l'emploi et la formation de définir par accord les domaines qui relèvent de la formation professionnelle[698] ; cela revient à viser les formations d'avenir à court ou moyen terme[699].

---

[696] C. trav., art. L. 6323-6, I. Cela concerne principalement les savoirs de base : maitrise du français, compréhension basique d'une langue étrangère, maitre de calculs simples, etc.

[697] C. trav., art. L. 6323-6, III.

[698] C. trav., art. L. 6323-16.

[699] C. trav., art. L. 6323-16, I, 3°, al. 2 : « *Les listes mentionnées aux 1° et 2° recensent les qualifications utiles à l'évolution professionnelle des salariés au regard des métiers et des compétences recherchées* ».

472. - CPF et sécurité sociale professionnelle. Il est tentant de faire parallèle entre les propositions d'une partie de la doctrine ou des syndicats et le compte personnel de formation. En effet, ce compte est détaché du statut de salarié ; il est qualifié de « portable », car justement le titulaire du compte peut l'utiliser quand il le souhaite, dans l'emploi ou en dehors.

En cela, il représente une sorte d'utopie. C'en est une, car, d'une part, l'employeur a un droit de *veto* si la formation tend à se dérouler pendant le temps de travail, et d'autre part, le choix des formations est clairement orienté par la loi ou les partenaires sociaux. Malgré les tentations, il faut oublier le rêve d'un droit de la formation, ou de l'éducation, de type humaniste ; dans l'esprit des partenaires sociaux, le droit à la formation a pour objectif, avant tout autre chose, de sécuriser l'emploi[700]. Une partie de la doctrine a cependant une plus « haute » opinion du compte de formation, et préfère y voir un droit de tirage social[701], tel que décrit par le professeur A. Supiot[702] ; un droit qui appartient au titulaire, et qu'il peut mettre en œuvre discrétionnairement. Mais cela se heurte sans doute à la liberté d'entreprendre si la formation est effectuée en tout ou partie sur le temps de travail. Cela semble uniquement vrai dans le cas du demandeur d'emploi, mais, là aussi, le choix de la formation n'est pas discrétionnaire.

La création, à partir du 1er janvier 2017, du compte personnel d'activité (CPA), regroupant le compte personnel de formation, le droit à l'aide au retour à l'emploi, le compte pénibilité, ou encore le compte épargne-temps, est tout de même dans l'esprit d'une sécurité sociale professionnelle, certes imparfaite, mais qui confère une certaine sécurité à son titulaire. Tout du moins, la généralisation de ce type de droits portables tend à prouver, ou à faire entrer dans les mentalités, que la vie « continue » hors de l'entreprise. Si cela est louable, cette généralisation

---

[700] J.-M. LUTTRINGER, *Le compte personnel de formation : genèse, droit positif, sociodynamique*, Dr. soc., 2014, p. 972.

[701] N. MAGGI-GERMAIN, *Le compte personnel de formation*, Dr. soc., 2013, p. 687 : « *Le droit à la formation est sans équivalent matériel ; il fait partie de ces droits qui ne peuvent être transformés en créance pécuniaire ; il poursuit des objectifs qui dépassent leurs seuls bénéficiaires et intéressent la société dans son ensemble. Il n'est pas un pouvoir qui s'exerce sur autrui, mais la marque d'un rapport d'interdépendance entre les membres d'une société organisée. Plus que « droit à », il faut sans doute y voir des aspirations, vocations de l'Être humain* ».

[702] A. SUPIOT, *Du bon usage des lois en matière d'emploi*, Dr. soc., 1997, p. 229 ; A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, 1998, p. 94.

tend aussi à banaliser le licenciement. La sécurisation n'en est pour l'instant qu'au stade d'objectif, et il ne sera atteint que lorsque les salariés auront appréhendé leur compte, afin de l'utiliser au mieux. Un long chemin est encore nécessaire. Avant la mise en place du compte personnel de formation, le taux d'utilisation du droit individuel à la formation était extrêmement faible, et les formations suivies d'une durée moyenne de vingt heures ; l'utilisation du compte pour une véritable évolution professionnelle ou une reconversion n'est donc pas encore assimilée. Mais pour cette dernière hypothèse, la demande d'un congé individuel de formation peut s'avérer opportune.

2. Un droit à la formation diversifié

473. - Le rôle social de l'employeur dans le cadre du congé individuel de formation (CIF). L'idée qui veut que les droits des salariés soient attachés à la personne comme effet de la citoyenneté et non plus attachés au contrat de travail comme effet du salariat peut se retrouver dans la législation du congé individuel de formation.

Le CIF est un mécanisme qui offre au salarié la possibilité de suivre une formation qui peut être, ou non, en lien avec son activité professionnelle. Si l'employeur finance une formation, dont il ne tire aucun avantage économique, c'est que l'objectif de la formation est différent de la mise en œuvre du compte individuel de formation. Il n'est pas uniquement professionnel, mais également personnel. Le CIF se rapproche donc ici d'un droit au repos ou au loisir, puisque par exemple il existe des formations dans le domaine associatif.

À l'initiative du salarié, le CIF diffère néanmoins du CPF par sa mise en œuvre un peu plus « impérative ». En effet, les possibilités de refus de l'employeur sont beaucoup plus minces ; seul un problème d'effectif peut éventuellement justifier un refus de la part de l'employeur[703].

474. - Choix de la formation. Du fait de l'absence d'un pouvoir effectif de l'employeur en la matière, le choix de la formation s'avère plus large. L'article L. 6322-1 du Code du travail

[703] C. trav., art. L. 6322-6.

prévoit, outre les actions d'accession à un niveau supérieur de qualification ou la reconversion, des actions d'ouverture à la culture, à la vie sociale ou encore de formations aux responsabilités associatives bénévoles. C'est généralement cette dernière hypothèse qui retient l'attention de la doctrine, y voyant ce droit plus général à l'éducation plutôt qu'à la formation professionnelle[704].

Mais cette vision se heurte à une approche pragmatique de la formation professionnelle, qui se veut au service avant tout de l'emploi. D'ailleurs la loi du 5 mars 2014 a clairement orienté la politique de formation en faveur des publics les plus fragiles, les moins qualifiés. Alors, il reste à déterminer dans quelle mesure le CIF peut s'éloigner de l'intérêt général. Une formation pour occuper des responsabilités dans le milieu associatif demeure certainement dans ce registre, mais d'hypothétiques cours de cuisine, ou autres activités ludiques, semblent aller à l'encontre de l'esprit du droit de la formation professionnelle. Et donc à l'inverse de certains, nous ne pouvons pas encourager à ce que le CPF soit plus ouvert, afin de suivre l'orientation du CIF.

475. - Effectivité des droits. Un droit ineffectif n'est pas un droit. De fait, le droit du travail doit trouver le moyen de rendre utilisable le compte personnel de formation. En théorie, cela ne doit pas poser de problème dans les grandes entreprises, où le personnel est nombreux. Les plus petites entreprises peuvent quant à elle, rapidement se trouver en difficulté si l'un de ses salariés entre en formation,

476. - Élargir les possibilités de remplacement. Un premier écueil est l'absence de prise en compte, par le Code du travail, de la formation professionnelle comme possibilité de recours à l'embauche en contrat de travail à durée déterminée ; du moins, ne l'est-elle pas expressément. Seule l'absence semble être une hypothèse pouvant englober le départ d'un salarié en formation professionnelle, et donc son remplacement par l'embauche temporaire d'un salarié[705]. Il en va de même des cas de recours au travail temporaire[706]. La prise en compte explicite de ce cas de recours serait sans doute un plus pour sécuriser les parcours professionnels.

[704] N. MAGGI-GERMAIN, *Le compte personnel de formation*, Dr. soc., 2013, 687.

[705] C. trav., art. L. 1242-2, 1°, a).

[706] C. trav., art. L. 1251-6.

477. - Remplacement du salarié en formation. Au-delà de la possibilité de remplacement, il faut songer au financement de ce remplacement. Même si l'OPCA ou le FONGECIF prend en compte la rémunération au moins partielle du salarié en formation, l'éventuelle embauche d'un salarié en contrat précaire coute cher, notamment pour une petite entreprise.

La création d'un cas spécifique d'embauche en cas de formation serait donc bénéfique, sous contrat de travail à durée déterminée sans doute. Si la prise en charge du coût de l'embauche temporaire parait trop couteuse pour le système de la formation professionnelle, un régime spécifique pour ce type d'embauche serait sans aucun doute nécessaire, éventuellement en prévoyant des exonérations de charges pour ce contrat plus ou moins court. L'intérêt serait de faciliter le départ en formation des salariés, et de permettre l'embauche même temporaire d'un demandeur d'emploi. La création d'un droit rechargeable à l'assurance chômage par la loi du 14 juin 2013 peut, dans cette optique, avoir un certain intérêt.

478. - Aide pour le salarié en formation. En plus de la prise en charge de la formation, une aide visant à compenser des coûts supplémentaires pourrait être créé. Notamment, cela pourrait être le cas en cas de frais de garde d'enfant. Outre le coût, l'objectif est d'éliminer des discriminations fondées sur la situation personnelle de chacun, avec pour finalité de permettre à chacun de sécuriser sa vie professionnelle.

B. La finalité des droits

479. - Aplanir la carrière. Faire du parcours professionnel un parcours du combattant reviendrait à laisser en l'état la situation de l'emploi, or, le but est de fluidifier ce parcours, en le faisant accepter par le salarié. Si l'actif se retrouve « poussé dans le dos » tout le long du parcours, cela devient le « bagne », d'où l'intérêt d'éviter le licenciement économique, afin de privilégier les modes consensuels de rupture du contrat de travail[707].

[707] P. LOKIEC, *Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique*, Dr. soc., 2008, p. 1238.

Une autre solution est de mieux accompagner le salarié en lui conférant des droits, mais une partie de la doctrine reproche à ce raisonnement de « *s'accommoder de l'instabilité de l'emploi* »[708], car comme le soutenait le professeur Gaudu, « *ce qui aide le chômeur, en rendant le licenciement plus supportable, aide à licencier* »[709]. De fait, en élaborant un droit des transitions professionnelles, le juriste du travail abandonne en quelque sorte une lutte idéologique pour la protection du contrat de travail. Mais, au vu des réformes successives, ce droit des transitions professionnelles, qui tend à atténuer ou adoucir le chômage frictionnel, parait indispensable, tout du moins inévitable.

Le droit du travail, comme il est actuellement, est déjà spectateur de la hausse du chômage, sans en être responsable ; on peut, en effet, encore considérer le droit du travail comme protecteur du salarié. Développer un droit des transitions professionnelles constitue alors un ajout au droit existant, et non une dérèglementation[710] ; il convient donc de veiller au juste équilibre entre le droit du maintien dans l'entreprise, et un droit de la mobilité externe.

480. - Élargir la communauté. Face au délitement de la collectivité de travail interne à l'entreprise, il est indispensable de repenser le sentiment d'appartenance du salarié. En effet, certains mécanismes récents ont conduit à exclure un certain nombre de salariés de l'entreprise, qui s'ajoute au nombre déjà importance de demandeurs d'emploi. Si l'entreprise n'est plus en mesure d'inclure les Hommes, il revient, selon certains, à l'État d'y parvenir. Ce droit des transitions professionnelles serait alors un effet de la citoyenneté. Cet effet redonne au demandeur d'emploi un sentiment d'appartenance au groupe, mais qui s'identifie non plus à l'entreprise mais à la Nation[711].

L'on peut néanmoins s'interroger sur la réalisation actuelle et concrète d'un tel raisonnement, eu égard, notamment, à l'ouverture des frontières et à la liberté de circulation. Le développement du marché unique, s'il a un intérêt certain, a également décloisonné les Nations, mais a surtout déconnecté l'appartenance à un pays, des droits accordés par ce pays.

---

[708] F. GAUDU, *De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité*, Formation Emploi, janvier-mars 2008, n° 101, p. 71.

[709] *Ibid*.

[710] *Ibid*.

[711] *Ibid*.

De fait, un ressortissant de l'Union européenne bénéficiaire de l'aide au retour à l'emploi ne ressentira peut-être pas ce sentiment d'appartenance au groupe, découlant de la citoyenneté. À moins de considérer, au contraire, que cette inclusion de l'« étranger » au « groupe » des citoyens participe à une politique d'intégration. Aussi, il faut prendre en considération les cultures de chaque pays, car la pression sociale - ou le regard du groupe - peut à la fois stimuler la reprise d'un emploi, même peu qualifié, ou bien donner l'impression d'un rejet et pousser au communautarisme.

481. - Bien utiliser les droits. Au-delà de la définition des formations pouvant être suivies dans le cadre du compte personnel de formation, il reste à bien orienter le salarié. Cela est d'autant plus vrai dans les petites entreprises ne disposant pas d'un service Ressources Humaines. En ce sens, l'État développe un service de conseil en évolution professionnelle (CEP)[712], autour notamment de Pôle-emploi, des missions locales ou encore des centres d'information et d'orientation (CIO). Ce service a pour but d'aider toute personne à s'orienter ou se réorienter. Encore faut-il avoir le « réflexe » d'aller vers ce type de service. Autant la génération ayant vécu le plein emploi et l'industrie de masse n'est pas forcément habituée un tel fonctionnement, autant l'on peut penser qu'un tel service se démocratisera auprès de la génération actuelle. L'évolution de l'économie et du droit du travail tend de toute façon à rendre indispensable un tel outil.

482. - Passeport orientation-formation. La finalité du droit de la formation au bénéfice du salarié est de réaliser un parcours, constitué logiquement d'étapes, qui peuvent être des formations, des ruptures de contrat et des embauches. Tout cela, l'actif peut le matérialiser dans un document, qui ne constitue, selon le site internet de Pôle-emploi, ni un curriculum-vitae, ni une carte de visite ; pourtant, cela ressemble étrangement au premier. Mais le but de ce passeport n'est pas tant de le présenter à un employeur, que d'aider l'actif à matérialiser ses compétences et ses aspirations pour mieux s'orienter, mais aussi, pourquoi pas, mieux s'exprimer face à un employeur potentiel, sur ses choix de carrière et ses attentes.

[712] Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

483. - Entretien professionnel. Toujours dans le but d'optimiser l'utilisation des droits du salarié de manière cohérente, le salarié bénéficie, au sein de l'entreprise, d'un entretien professionnel. Mais plus qu'organiser la formation, l'entretien a pour objectif de vérifier la mise en œuvre du droit à la formation professionnelle.

S'il n'est pas obligatoire, le salarié a droit de solliciter cet entretien tous les deux ans. Tous les six ans, un examen rétrospectif est réalisé pour faire le point sur l'évolution de carrière du salarié et l'éventuel suivi de formation[713], ainsi que l'évolution du salaire. Par contre, le Code du travail ne précise pas clairement si l'action de formation à laquelle il est fait référence a été réalisée à l'initiative du salarié ou de l'employeur. Mais l'article L. 6414-1 du Code du travail, qui précède de peu l'article relatif à l'entretien professionnel, dispose que le salarié « *a droit à la qualification professionnelle et doit pouvoir suivre, à son initiative, une formation lui permettant* [...] *de progresser* [...] *d'au moins un niveau* ». La lecture de cet article invite donc vraisemblablement à voir dans l'entretien professionnel une vérification de la mise en œuvre du compte personnel de formation.

Cela peut paraitre contradictoire que l'employeur contrôle l'utilisation de ce compte, qui est par définition un droit pour le salarié. Mais cela renvoie au fait que la mise en œuvre du compte personnel de formation se fait en accord avec l'employeur ; ainsi, l'entretien peut mettre en lumière soit un blocage systématique de la part de l'employeur, mais aussi une simple mauvaise organisation de l'entreprise dans le suivi de la formation des salariés. Si l'entretien révèle une absence de formation au cours des six dernières années dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, le salarié bénéficie d'un abondement de son compte de formation à hauteur de cent heures, avec versement à l'OPCA d'une somme forfaitaire équivalente ; la sanction est donc lourde et incite l'employeur à un suivi sérieux de la carrière des salariés.

484. - Utilité de ces formations. Si le salarié a des droits, ils sont quand même fondamentalement orientés vers l'utile. Il en est ainsi par les dispositions légales qui précisent ce qui relève, ou non, de la formation professionnelle. Mais comment pourrait-il en être autrement ? Il y a donc un équilibre à trouver entre les aspirations du salarié et l'intérêt général.

[713] C. trav., art. L. 6315-1.

S'il revient à l'employeur de veiller au maintien de la capacité d'emploi des salariés, l'initiative salariée ne peut qu'être un plus en cas de restructuration, avec l'espoir d'un futur reclassement dans l'entreprise. De plus en plus, le droit du travail tend à responsabiliser le salarié dans la gestion de sa carrière, et comme cela est régulièrement rappelé, le salarié est propriétaire, non plus de son emploi, mais de son employabilité.

Si un manque de formation peut être *in fine* imputé à l'employeur, ce manque ne sera de toute façon pas compensé par les dommages-intérêts alloués. Il revient donc au salarié de ne pas se laisser réifier dans le cadre du droit de la formation professionnelle, mais d'en être véritablement acteur. L'on est sans doute encore loin d'une telle décision, mais pourquoi ne pas envisager l'attentisme fautif d'un salarié non reclassé, qui aurait accumulé sur son compte personnel de formation cent vingt heures de formation non utilisées ? Le *devoir de travailler* du Préambule de la Constitution de 1946 pourrait ici trouver application.

485. - Responsabilisation du salarié. Derrière l'image de l'acteur, c'est aussi l'image de responsabilité qui apparait. Cela rejoint une problématique déjà évoquée, celle de la responsabilisation du salarié. Une responsabilité du salarié à l'égard du résultat[714]. Mais cela amène à s'interroger sur la différence entre « droit » et « pouvoir ». Si le pouvoir de l'employeur lui confère également une responsabilité[715], peut-on raisonner de la même manière à l'égard d'un droit - d'un pouvoir ? - de se former pour le salarié ? La réponse est sans doute, pour l'heure, négative, mais la responsabilisation croissante du salarié pourrait, à terme, changer la donne.

III. Les pouvoirs de l'employeur

486. - Si le Code du travail octroie au salarié un certain nombre de droits, de manière à favoriser sa mobilité et son évolution professionnelle, le salarié n'est pas entièrement maitre de

[714] N. MOIZARD, *Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise*, Dr. soc., 2008, p. 693.

[715] F. GÉA, *Pouvoir et responsabilité en droit du travail,* communication au Collège de France (Paris) Colloque organisé par A. Supiot sur l'actualité du droit de l'entreprise, 13 juin 2014.

son évolution, loin de là. Plus encore, son droit à la formation pourrait peu à peu se transformer en obligation de se former.

487. - Refus de se former. Aux termes de l'article L. 6321-2 du Code du travail, « *toute action de formation suivie par un salarié pour assurer son adaptation au poste de travail ou liée à l'évolution ou au maintien dans l'emploi dans l'entreprise constitue un temps de travail effectif et donne lieu pendant sa réalisation au maintien par l'entreprise de la rémunération* ». On peut en déduire l'insubordination du salarié en cas de refus du salarié de suivre une formation ; ce qui n'est pas le cas si la formation se déroule en dehors du temps de travail. Cela est confirmé par l'article L. 6321-7 du Code du travail, qui dispose que le refus du salarié de suivre une action de développement des compétences ne constitue pas une faute ; ceci, car ces actions se déroulent, sauf accord entre le salarié et l'employeur, en dehors du temps de travail[716].

La jurisprudence a depuis longtemps accepté le licenciement d'un salarié ayant refusé de suivre une formation ; le motif invoqué en général est l'intérêt de l'entreprise, celui-là même qui tend à revenir de plus en plus, au même titre que la sauvegarde de l'emploi[717]. Cela est encore plus explicite lorsque la Chambre sociale de la Cour de cassation relève que le salarié avait refusé de s'adapter aux évolutions technologiques[718].

488. - Emprise de l'employeur sur la formation. Les obligations de l'employeur sont donc autant de prérogatives pour orienter la formation de ses salariés dans le cadre de son pouvoir de gestion ; ou les obligations de l'employeur sont autant d'obligations pour le salarié.

Cela s'est considérablement accru depuis la loi du 14 juin 2013, qui a créé les accords de mobilité interne. Si les commentateurs se sont focalisés sur l'aspect géographique de la mobilité, un salarié peut désormais, en vertu de ces accords, être licencié, pour motif économique, s'il refuse une mesure de mobilité professionnelle. Le Code du travail est très lacunaire, et il reste à voir ce que fera la pratique de ces accords de mobilité interne dans son aspect professionnel.

[716] C. trav., art. L. 6321-6.

[717] Cass. soc., 3 mai 1990, n° 88-41900.

[718] Cass. soc., 3 décembre 2008, n° 07-42196.

Mais si la pratique est incertaine, la théorie - le droit du travail entendu abstraitement - montre clairement une évolution. Si la mobilité géographique focalise l'attention, car touche aux racines du salarié et de sa famille, une mobilité professionnelle, plus douce en apparence, est bien plus intrusive. Ce n'est pas simplement le corps, qui est « forcé », mais l'esprit, ce qui parait bien plus grave d'une part, bien plus hasardeux d'autre part. Car quel sera le résultat d'une formation professionnelle non désirée ? Outre une motivation éventuellement diminuée de la part du salarié, l'employeur pourrait tirer les conséquences d'une insuffisance professionnelle pour licencier le salarié formé.

L'évolution du droit de la formation professionnelle fait penser, par certains aspects, à ce qui peut/pouvait se faire dans les pays scandinaves, et dont la France a tenu à s'inspirer, tel le « modèle danois » ; en d'autres termes, une politique offensive de formation professionnelle, mais atténuée par des droits accordés aux salariés.

In fine, ces obligations de formations doivent permettre le maintien de l'emploi, dans l'entreprise, mais éventuellement en dehors. Ces prérogatives accordées font alors figure de préalable à la mobilité externe, qui doit être toutefois au maximum retardée. La formation professionnelle doit alors permettre, soit un reclassement dans l'entreprise, soit un reclassement dans une autre. Autrement dit, elle doit permettre la poursuite du parcours professionnel.

Section 2. LA SÉCURISATION DU PARCOURS

489. - L'objectif premier du droit du travail est de protéger le salarié et normalement assurer le maintien du lien contractuel, ou, à tout le moins, d'encadrer sa rupture. Malgré les évolutions que subit cette branche du droit, il est régulièrement rappelé que le contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée reste le support de référence de la relation de travail. Ainsi, le droit commun du travail demeure sur un socle stable.

En l'absence de faute de la part du salarié, l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur doit assurer, au salarié, que la nouvelle étape de son parcours professionnel est inéluctable. L'on peut espérer que le salarié, sachant que tout a été fait pour sauver son emploi,

acceptera mieux son sort (§ 1). Pour compenser la perte de l'emploi, et pour sécuriser la période de chômage, le droit du travail confère à la personne, et non plus au salarié, des droits particuliers, du moins conserve-t-il ces droits au-delà de l'emploi (§ 2).

§ 1. L'évitement de la mobilité externe

490. - La bonne réalisation du parcours professionnel empêche de négliger le point de départ. Un « faux départ » est à même de disqualifier le salarié pour la suite de son parcours, au moins d'un point de vue psychologique, la perte de son emploi étant généralement vécue de manière très douloureuse. C'est pour cette raison que l'employeur doit retarder au maximum la mobilité externe, en recherchant à reclasser le salarié sur un autre poste de travail, cela légitime quelque part la rupture à venir si elle survient (I). La chambre sociale de la Cour de cassation a, par ailleurs, étendu cette obligation, bien au-delà des textes (II).

I. Les tentatives nécessaires de reclassement interne

491. - L'employeur est débiteur d'une double obligation. Il doit, de manière logique, tenter de reclasser le salarié au sein de l'entreprise (A) ; mais le groupe est également incorporé au périmètre de reclassement, malgré toutes les imprécisions qui entourent la notion de groupe de société (B).

A. L'obligation légale de reclassement interne à l'entreprise

492. - Origine de l'obligation. L'obligation de reclasser un salarié menacé de licenciement a pour origine un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 1er avril 1992[719]. La loi du 17 janvier 2002 l'a ensuite codifiée à l'article L. 1233-4 du Code du travail ; cette obligation n'a de cesse d'être étendue, et figure ainsi au même article que l'obligation de formation et d'adaptation dévolue à l'employeur.

Ce regroupement des obligations patronales peut se voir comme un mécanisme nécessaire et préventif de sauvegarde de l'emploi. Le Conseil constitutionnel l'a affirmé dans une décision du 13 févier 2005, en précisant que l'obligation de reclassement découle du droit à l'emploi, tout en précisant également que l'absence de réintégration en cas de non-respect de l'obligation de reclassement découlait d'un arbitrage entre le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre[720]. À ce titre, l'on peut s'interroger sur la constitutionnalité des accords de maintien de l'emploi, qui supprime l'obligation de reclassement interne[721]. Une telle solution serait par ailleurs originale ; un plan de sauvegarde de l'emploi serait contraire au droit à l'emploi…

L'employeur doit donc proposer au salarié menacé un emploi en remplacement de celui qui est supprimé, uniquement dans le cas où un emploi est disponible. Cette obligation vaut aussi bien en cas de licenciement individuel que collectif, donc y compris en présence d'un plan social, désormais de sauvegarde de l'emploi, comme l'a rapidement déclaré la Cour de cassation[722]. Mais cette obligation n'est que de moyen, renforcé éventuellement. L'employeur doit tout faire pour assurer un reclassement interne, mais l'on ne saurait lui reprocher de ne pas

[719] Cass. soc., 1er avril 1992, n° 89-43494, D., 1992, p. 155.

[720] Cons. constit., 13 février 2005, 2005-509 DC, consid. 28, note X. PRÉTOT, Dr. soc., 2005, p. 371.

[721] C. trav., art. L. 5125-2, al. 3 : « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et il repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. Le salarié bénéficie soit du congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71, soit du contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L. 1233-66* ».

[722] Cass. soc., 22 février 1995, n° n° 93-43404, obs. J.-R. RAY, Dr. soc., 1995, p. 389.

avoir un emploi disponible pour chaque salarié licencié, mais il doit apporter la preuve de l'impossibilité de reclasser le salarié[723].

493. - Plan de reclassement, priorité à la mobilité interne. Le contenu essentiel d'un plan de sauvegarde de l'emploi est son volet consacré au reclassement interne. Il est le point central du plan, car c'est lui qui doit permettre de limiter ou d'éviter les licenciements. Sans lui, pas de « sauvegarde de l'emploi », mais uniquement un hypothétique reclassement externe, et donc une mobilité externe dévastatrice en termes d'emploi et d'économie locale.

C'est pour cette raison que la jurisprudence de la chambre sociale est des plus sévères vis-à-vis de son contenu, quitte à confondre le plan de sauvegarde de l'emploi avec le plan de reclassement, qui peut, seul, normalement invalider un licenciement[724]. L'insuffisance ou l'absence de plan de reclassement interne annule ainsi la procédure de licenciements économiques dans son ensemble et ses actes subséquents[725] ; les conséquences sont à la hauteur de la vague de licenciements envisagée. L'annulation de la procédure doit avoir pour conséquence la réintégration des anciens salariés, qui peuvent être plusieurs centaines parfois ; la sanction est aussi grave car l'absence ou le manque d'efforts pour reclasser entraine un déficit économique conséquent pour le bassin d'emploi.

494. - Le périmètre du reclassement. L'obligation de reclassement est à appréhender de deux manières. Il y a tout d'abord son aspect professionnel, mais aussi son aspect géographique.

Le reclassement doit s'opérer sur un poste de même catégorie professionnelle, ce qui est logique. Une catégorie supérieure parait peu probable, du fait de l'absence de compétences rendant possible des activités de gestion et direction, dans le cas d'un ouvrier ou d'un employé. À l'inverse, le reclassement dans une catégorie inférieure est envisageable ; mais cela revenant à une rétrogradation, l'accord du salarié est requis du fait.

---

[723] Cass. soc., 18 novembre 1997, n° 95-40103.

[724] A. MARTINON, *Les clauses générales du PSE*, JCP S, n° 19, 7 mai 2013, p. 1206.

[725] Cass. soc., 13 février 1997, n° 95-16.648, note A. LYON-CAEN, *Le plan social et la nullité des licenciements économiques*, D., 1997, p. 171 ; note G. COUTURIER, *Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullité des licenciements*, Dr. soc., 1997, p. 256 ; cass. soc., 28 mars 2012, n° n° 11-30034 à 11-30066.

La loi du 18 mai 2010 a apporté un nouvel élément à la difficile obligation de reclassement. Depuis cette loi, l'emploi proposé doit relever de la même catégorie ou être un emploi équivalent « *assorti d'une rémunération équivalente* ». La prise en compte de la rémunération est un ajout, qui vise à garantir un certain niveau de vie aux salariés menacés de licenciement en cas de reclassement, notamment dans le cadre d'un reclassement à l'étranger.

Mais *équivalent* veut-il dire *identique* ? La réponse est bien sûr négative, mais l'interrogation se reporte sur le niveau de vie : la rémunération doit-elle être peu ou prou identique à celle perçue en France, ce qui aurait pour conséquence d'augmenter considérablement le niveau de vie du salarié concerné en cas de reclassement dans un pays où le niveau de vie est moins élevé, ou la rémunération doit-elle simplement assurer un *niveau de vie* équivalent, ce qui peut entrainer un reclassement avec une baisse substantielle de salaire mais dans un pays dont le niveau de vie est moins élevé qu'en France ? Selon la doctrine, la loi vise avant tout à écarter les offres considérées comme indécentes et donc en deçà d'un certain montant, non indiqué en l'espèce. L'idée est là encore intéressante, mais le manque de précision n'amenait guère plus de sécurité juridique. Et des juges du fond ont ainsi condamné une entreprise n'ayant pas proposé, à des ouvriers français, des postes de remplacement en Roumanie, rémunérés cent dix euros par mois[726].

Sur l'étendue géographique du reclassement, l'obligation s'est peu à peu étendue. Le Code du travail, en son article L. 1233-4, dispose que le reclassement doit être recherché dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe auquel elle appartient.

La jurisprudence avait étendu la notion de groupe aux filiales étrangères[727], et refusé qu'un salarié renonce par avance à un reclassement à l'étranger[728]. Cette extension sans limite des hauts magistrats était source d'insécurité pour l'employeur. La loi du 18 mai 2010 est donc venue quelque peu aménager le dispositif, en autorisant ce type de questionnaire, avec par exemple des critères de pays et de rémunérations.

---

[726] Reims, 13 mai 2009, *Olympia*.

[727] Cass. soc., 7 octobre 1998, n°96-42812, Landis, notes J.-K. ADOM, *L'obligation de reclassement et les groupes de dimension internationale*, D., 1999, p. 310 ; B REYNES, *Les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur d'un groupe de sociétés y compris au sein des filiales étrangères*, D., 1999, p. 177.

[728] Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 10-23896.

À l'inverse, et peut-être de manière regrettable, ce questionnaire est illégal pour limiter les reclassements nationaux. Cette solution est supposée depuis que la Chambre sociale de la Cour de cassation a refusé de valider un licenciement économique pour défaut de reclassement dans une espèce où l'employeur n'avait pas reproposé au titre du reclassement un emploi, que le salarié avait déjà refusé lors de la procédure de l'article L. 1233-3 du Code du travail[729].

Si la décision peut paraitre sévère, elle semble justifiée au regard de la finalité du reclassement, qui est la sauvegarde de l'emploi. Il serait trop « facile » de permettre un refus préalable de reclassement, par exemple hors du département, comme c'est le cas pour le reclassement international.

495. - Conséquence envisageable d'un refus de reclassement par le salarié. Si le droit du travail ne le permet pas (encore), la proposition écrite des postes proposés à fin de reclassement pourrait, à l'avenir, permettre de vérifier un éventuel abus dans le refus d'un reclassement. Actuellement, seul un refus de poste de reclassement ne constituant qu'un changement des conditions de travail semble pouvoir caractériser un abus du salarié. Ceci a été jugé dans le cas d'un salarié déclaré inapte à son ancien poste, à la suie d'un accident du travail[730].

Étant donné l'orientation que prend le droit du travail, mais aussi compte tenu des obligations de mobilité exigée de la part des demandeurs d'emploi, il est envisageable, qu'à l'avenir, le contrôle des juges sur un refus de reclassement soit plus approfondi. Cela peut se justifier par le devoir de travail énoncé dans le Préambule de la Constitution de 1946, mais également par l'encadrement strict des postes qui doivent être proposés, notamment au niveau de la rémunération. Le salarié peut, par exemple, accepter le reclassement, puis dans un second temps, entamer une recherche d'emploi si le poste ne lui convient pas, ceci donc sans être une charge pour le budget de l'assurance chômage.

496. - Sécurisation du plan de reclassement. Ou sécurisation de l'employeur. La loi du 14 juin 2013 a mis en place une procédure d'homologation ou de validation du plan de

[729] Cass. soc., 27 février 2013, n° 11-28133.

[730] Cass. soc., 14 juin 2000, n° 98-42882, obs. J. SAVATIER, Dr. soc., 2000, p. 1026 ; cass. soc., 20 février 2008, n° 06-44867 et 06-44894, obs. J. SAVATIER, Dr. soc., 2008, p. 614.

sauvegarde de l'emploi, qu'il soit négocié avec les syndicats ou établi unilatéralement par l'employeur. De fait, cette procédure de contrôle *a priori* du plan de reclassement a pour objectif d'éviter les annulations, avec effet rétroactif donc, des procédures de licenciements. Critiqué par une partie de la doctrine[731], car visant à écarter le recours au juge de manière *a posteriori*, cette procédure se veut avant tout pragmatique, et sécurisante pour l'économie.

Cette réforme des plans de sauvegarde de l'emploi s'inscrit dans une réforme plus globale du travail, comme cela a été démontré. Elle tente de trouver le point d'équilibre entre la protection du salarié - le reclassement interne est toujours la règle - et la sécurisation de devenir de l'entreprise - les licenciements peuvent être injustifiés quant à leur motif mais pas sur la forme.

La loi du 6 aout 2015 a profondément modifié un aspect de l'obligation de reclassement. Très critiquée du fait de la difficulté à la mettre en œuvre, le législateur est intervenu pour rationaliser l'obligation de reclassement quand l'entreprise, ou le groupe auquel elle appartient, a des établissements à l'étranger. Désormais, c'est au salarié de manifester son intention de recevoir ce type d'offres. Le changement apparait logique, du fait, notamment, du peu d'intérêt porté par les salariés par un déménagement hors des frontières, mais aussi de la sévérité, dont pouvaient faire preuve la Chambre sociale de la Cour de cassation ou les juges du fond.

497. - Si pour certains, cela apparaitra comme un recul du droit du travail, d'autres s'accorderont pour dire que la loi reprend son bien - l'obligation de reclassement - dont le régime avait été laissé pendant longtemps à la jurisprudence. Le professeur G. Couturier a parfaitement décrit cette insécurité, que la loi est venue, selon nous, atténuer : « *Plus le contrôle du juge est approfondi, moins le résultat de ce contrôle est prévisible. Pour connaître les exigences qui s'imposent relativement aux mesures de reclassement du plan social, il faut être un exégète particulièrement avisé de la dernière jurisprudence de la Cour de cassation ; pour l'application concrète de ces exigences, il faut s'en remettre à l'appréciation des juges du fond. Assortir de telles exigences de la sanction de la nullité, c'est encore une source d'insécurité* »[732].

[731] A. LYON-CAEN, *op. cit.*

[732] G. COUTURIER, *op. cit.*, à propos de la prévisibilité de la sanction de nullité dans l'affaire *La Samarataine*.

498. - Entre plan de reclassement et accord de mobilité interne. Et si la nouveauté se trouvait dans les accords de mobilité ? Déjà évoqué, la comparaison d'un plan de reclassement avec un accord de mobilité interne interroge.

Deux choses attirent l'attention. Le reclassement d'un salarié doit être pensé au moment du licenciement, et le salarié ne peut renoncer par avance à un reclassement ; l'employeur doit même proposer à nouveau un poste, qui avait été proposé auparavant au salarié, dans le cadre d'une modification du contrat de travail. De plus, que ce soit dans le cas d'un accord de mobilité interne ou dans le cas d'une proposition de reclassement, le refus du salarié entraine un licenciement pour motif économique. De fait, l'accord issu de la loi de sécurisation de l'emploi ne fait qu'anticiper un plan de sauvegarde de l'emploi, assorti toutefois de quelques garanties pour le salarié, notamment au regard de sa vie personnelle et familiale.

Mais plus qu'une confusion, l'accord de mobilité interne veut intervenir en amont des difficultés économiques, et réorganiser l'entreprise en garantissant aux salariés certaines garanties dans le cadre de leur mobilité. Car si le Code du travail précise que l'accord est « négocié » en dehors de tout projet de restructuration, il ne fait guère de doute que la mise en œuvre, ou plutôt l'absence de mise en œuvre - équivalent à une absence de réorganisation -, aboutira à des difficultés économiques et à un véritable plan de reclassement. Sur ce point, certains soulèveront certainement que les accords de mobilité interne sont un moyen supplémentaire de contournement du droit du licenciement économique.

Mais la logique du droit du travail évolue. Les règles du licenciement économique tendent à s'assouplir pour faciliter la mobilité. Le contournement de ces règles n'est alors plus considéré comme une fraude, du moins cette interprétation disparaitra-t-elle un jour.

B. Le rôle incertain du groupe dans le licenciement collectif

499. - Le groupe de sociétés est sollicité de deux manières par le droit du travail. Il l'est, par le Code du travail, dans le cadre de l'obligation de reclassement (1), mais il l'est aussi par le salarié licencié ou ses représentants afin de rechercher sa responsabilité (2).

1. L'éventuel reclassement dans le groupe de sociétés

500. - Principe. Question cruciale du droit du licenciement économique, l'obligation de reclassement interroge sur le rôle du groupe de société dans la procédure de licenciement collectif. La Chambre sociale de la Cour de cassation a logiquement désigné l'employeur comme seul débiteur de l'obligation de reclassement en cas de licenciement économique[733]. Cette jurisprudence semble mettre à mal l'hypothèse selon laquelle un tiers peut être tenu pour « complice » dans l'obligation de reclassement.

La théorie veut en effet que l'employeur dirige l'entreprise et assume les responsabilités inhérentes à ce pouvoir de direction. Mais dans un souci de protection du salarié, le périmètre du reclassement a été étendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation, au-delà des frontières de l'entreprise, pour appréhender le groupe auquel appartient la société qui licencie. Cela, malgré l'absence de lien juridique visible du fait de l'indépendance des différentes personnes morales. Le droit du travail a écarté cette fiction pour établir une obligation étendue de reclassement. Cette dernière se heurte toutefois à des difficultés juridiques, qui affectent directement l'éventuelle responsabilité du groupe.

501. - Exception. La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi su donner une certaine consistance au groupe de sociétés. L'arrêt du 13 novembre 2008 de la Chambre sociale de la Cout de cassation illustre un aspect de la responsabilité de la société-mère[734]. Cet arrêt a posé les jalons d'une obligation élargie de reclassement. Un salarié mis à disposition d'une filiale étrangère, puis licencié pour motif économique par cette dernière, doit être rapatrié, puis reclassé par la société mère. Le contrat du salarié français étant de droit étranger, rien ne laissait présager une obligation de reclassement. Le fait qu'avant la mise à disposition ait existé une relation contractuelle entre le salarié et la société mère française a été de nature à faire naitre une obligation de reclassement.

[733] Cass. soc., 13 janvier 2010, n° n° 08-15776, Flodor, note G. LOISEAU, *Groupes de sociétés et reclassement des salariés*, Dr. Ouvr., avril 2010, p. 214 ; note F. GÉA, *Groupe de sociétés et responsabilité - Les implicites et le non-dit de l'arrêt Flodor*, RDT, 2010, p. 230.

[734] Cass. soc., 13 novembre 2008, n° n° 06-42583.

La solution a été étendue à la situation où il n'existe plus aucune relation contractuelle entre le salarié et l'entreprise d'origine[735] ; cela peut paraître surprenant d'un point de vue juridique, mais se justifie là encore par une nécessité de sauvegarde de l'emploi. Par ailleurs, le salarié ayant été « mis à disposition », il a, auparavant, été salarié de la société-mère, et la mise à disposition est la résultante d'une cohérence à la fois juridique et économique. Au-delà de la gestion de l'entreprise, c'est ici la gestion du groupe dont il est question. La décision ayant été prise à l'échelon le plus haut, celui-ci ne peut pas se désengager, même en l'absence de lien juridique. En l'espère, si certains diront que cette obligation de rapatriement résulte d'une fiction juridique – le maintien du lien contractuel -, l'on pourrait soutenir que c'est la rupture du lien contractuel salarié/société-mère qui est une fiction. Les parties, et principalement l'employeur, peuvent tout à fait prétendre rompre le contrat pour qu'un autre soit conclu avec la filiale ; cela ne résulte que de la seule volonté de la société-mère, qui reste maitresse des mobilités effectuées au sein du groupe.

502. - Difficultés. Mais, la globalisation rend difficilement applicable les dispositions contraignantes du droit français du licenciement économique dans d'autres ordres juridiques. Autant, une entreprise basée à l'étranger d'un groupe français pourrait-elle « instinctivement » se soumettre à l'obligation française de reclassement et accueillir les salariés licenciés en France ; mais que dire d'une société basée à l'étranger appartenant à un groupe étranger et dont une filiale licencie en France ? Il y a de très grandes chances pour que l'entreprise étrangère refuse de reclasser en son sein ces salariés, pour peu que les salariés français acceptent de déménager à l'étranger. De fait, le refus de la filiale de reclasser ces salariés empêcheraient l'employeur de correctement remplir son obligation vis-à-vis de ses salariés[736] ; l'obligation de reclassement intragroupe, telle que présentée, est alors plus un processus indemnitaire pour les salariés, qu'un réel mécanisme de sauvegarde de l'emploi[737].

503. - Solution ? La loi du 6 aout 2015 va normalement permettre d'atténuer l'insécurité liée au flou entourant le groupe de société. En effet, il appartient désormais au salarié de

[735] Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70306.

[736] P. MORVAN et J. GRANGÉ, *Le plan de reclassement*, JCP S, n° 19, 7 mai 2013, p. 1208.

[737] J.-F. CESARO et E. PESKINE, *Le coemploi sur la sellette ?*, RDT, 2014, p. 661 : « *La technique du coemploi répond en effet à un sentiment instinctif de justice permettant l'indemnisation des salariés victimes de licenciement* ».

manifester son intention de recevoir des offres de reclassement à l'étranger. Si l'on peut craindre que certains salariés n'en profitent pour « faire jouer » ce processus indemnitaire en demandant ce type d'offre, ils seront alors tenus d'accepter l'offre, au risque sinon de valider l'obligation de l'employeur. Ainsi, l'insécurité juridique, qui englobait le reclassement intragroupe à l'étranger, semble résolue.

2. L'éventuelle responsabilité du groupe de sociétés

504. - La responsabilité du groupe. À partir du moment où la chambre sociale refuse de reconnaitre la filiale comme débitrice d'une obligation de reclassement, il apparait peu logique de lui reprocher de ne pas participer au reclassement qui incombe à l'employeur nominal.

L'idée est donc de rechercher un créancier solvable, quand l'employeur qui licencie est confronté à des difficultés économiques, mais elle se heurte à la difficulté de l'indépendance juridique des sociétés du groupe. De la même manière que la Chambre sociale, dans l'arrêt *Viveo*, a refusé de contrôler les choix économiques de l'employeur, elle se refuse ici à s'immiscer dans la gestion des filiales qui n'ont juridiquement que peu à voir avec l'employeur.

505. - Coemploi. Juridiquement indépendantes, les entreprises d'un même groupe sont liées par le droit du licenciement économique. Pour une responsabilité étendue, il faudrait vraisemblablement faire appel à la théorie du coemployeur, qui permet de faire peser un certain nombre d'obligations sur la société mère ou une filiale du groupe. C'est particulièrement le cas lors de mobilité intragroupe avec poursuite ou non du contrat de travail. Mais le coemploi est souvent difficile à démontrer[738], la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant défini clairement et strictement les critères du coemploi. Au-delà d'une normale coordination entre les entreprises du groupe, il faut une unité d'intérêts, d'activité, et de direction, menant à une immixtion dans la gestion économique et sociale de la filiale[739]. De là, un intérêt pour la

[738] G. LOISEAU, *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle*, JCP S, n° 29, 22 juillet 2014, 1311.

[739] Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208, *Molex*, note M. KOCHER, *Le coemploi à l'âge de raison*, RDT, 2014, p. 625 ; note G. LOISEAU, *op. cit.*

responsabilité délictuelle, afin de faire jouer au groupe, une forme de solidarité, mais de responsabilité *in solidum*.

506. - Responsabilité civile délictuelle. Au-delà du fondement textuel, une partie de la doctrine met en garde contre un glissement trop important du droit du travail vers le droit commun, avec comme crainte, notamment, l'incompétence du conseil de prud'hommes[740].

Si l'indépendance des personnes morales et leur absence de lien contractuel empêchent ou compliquent la mise en cause d'autres sociétés au sein d'un groupe, le degré d'implication de la société mère peut permettre d'engager sa responsabilité. Ce n'est pas l'obligation de reclassement qui est visée, mais une responsabilité plus générale lorsque la société mère a participé aux décisions qui ont provoqué la situation de « déconfiture » de la filiale. Ainsi, un arrêt de la chambre sociale du 8 juillet 2014 a accepté la mise en cause extracontractuelle de la société mère qui avait pris des décisions uniquement au profit de l'actionnaire, la société *Sofarec*. Ce n'est pas le manquement à l'obligation de reclassement, qui est reproché, mais un ensemble de décisions qui a concouru à la situation de l'entreprise. Ces fautes sont par ailleurs distinctes d'un éventuel manquement de l'employeur dans le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi[741].

Presque concomitamment, la notion de coemploi[742], parfois utilisée pour justement engager la responsabilité contractuelle de la société mère, a été écartée par la Chambre sociale dans l'arrêt *Molex*[743]. Dans cette espèce, les dirigeants de la filiale provenaient du groupe, et la société mère, qui avait pris des décisions affectant la filiale, s'était engagée au financement de mesures sociales liées à la fermeture d'un site. Cependant, les magistrats ont refusé la thèse du coemploi, malgré ces éléments. Si, selon le professeur G. Loiseau, il est difficile de faire un réel lien entre les deux décisions, la concomitance des décisions lui semble curieuse. Cela peut laisser penser à un regain d'intérêt de la part de la chambre sociale pour la responsabilité extracontractuelle, qui permet de contourner les difficultés nées des limites juridiques du

[740] A. FABRE, *La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce - Au-delà des arrêts Sofarec*, RDT, 2014, p. 672.

[741] Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15470, note G. LOISEAU, *op. cit.*

[742] Confusion d'intérêt, d'activité et de direction.

[743] Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208, *Molex*.

groupe. Et même si ce n'est pas spécifiquement à propos du reclassement, c'est une condamnation plus globale, mais non moins intéressante, qui est à envisager pour l'avenir. Comme le souligne le professeur G. Loiseau, la notion de responsabilité contractuelle est peut-être plus facile à mettre en œuvre mais ferme certaines portes : l'absence de coemploi ne permet plus d'engager la responsabilité de la société mère sur les questions de fond et de forme du licenciement – défaut de cause réelle et sérieuse –, mais simplement sur les conséquences du licenciement. C'est donc uniquement le préjudice réel qui sera indemnisé au regard de la responsabilité extracontractuelle.

Un parallèle intéressant a été réalisé avec la responsabilité de l'employeur ayant embauché un salarié soumis à une clause de non-concurrence. L'hypothèse consiste à engager la responsabilité d'un tiers qui empêche une personne de respecter son obligation, sur le modèle de la clause de non-concurrence: « *Alors que toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur elle, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* »[744]. Une partie de la doctrine propose de reprendre ce mécanisme de mise en cause d'un tiers pour l'appliquer à la filiale d'un groupe non partie au contrat de travail. L'idée est intéressante, car dans les deux cas, le nouvel employeur et la filiale sont des tiers au premier rapport contractuel ; l'application du principe de responsabilité des tiers pour une filiale est donc envisageable. Cependant, il perdure une différence non négligeable entre les deux situations. Si le salarié lié par une clause de non-concurrence est, au moment de l'infraction, lié au tiers complice par un nouveau contrat de travail, il n'existe, à l'inverse, aucune relation contractuelle nouvelle, ni entre le salarié et la filiale, ni entre les deux filiales. Cette différence fondamentale est une entrave à l'application *in extenso* du principe de responsabilité du tiers, mais peut permettre une réflexion en la matière.

En définitive, la seule hypothèse, qui permettrait d'élargir l'obligation de reclassement en tant que telle à une autre entité que le seul employeur, est lorsque la décision de licencier ne vient pas de l'employeur nominal, mais de la société-mère. Nous pourrions envisager une obligation de reclassement qui pèse à la fois sur l'employeur juridique, mais aussi sur l'employeur de fait – la société mère -. Le raisonnement est similaire à celui qui a été fait par

[744] Cass. com., 13 mars 1979, n° 77-13518 ; v. G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 2014, 28° éd., pp. 218 et 523.

la chambre sociale en matière de licenciement dans une unité économique et sociale (UES) ; si la décision de licencier a été prise au niveau de l'UES, le seuil des cinquante salariés déclenchant l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécie également au niveau de l'UES[745]. Cela, même si la reconnaissance a originairement pour but de condamner un contournement du droit des seuils d'effectif, alors que la constitution d'un groupe a principalement pour but d'organiser un objectif économique. La première situation est de l'ordre du droit du travail, la seconde, du droit commercial.

Cependant, le Code du travail impose à l'employeur de tenter par tout moyen de reclasser les salariés menacés, dans l'entreprise ou le groupe. L'employeur peut ainsi solliciter les filiales du groupe pour tenter de reclasser ses propres salariés de licenciement, mais il n'a aucun pouvoir sur ces filiales. Si celles-ci ne donnent pas de suite aux sollicitations de l'employeur nominal, c'est qu'elles n'ont pas de postes disponibles et/ou s'apprêtent peut-être à en supprimer à leur tour[746]. Pourtant, *in fine*, ce sont les règles du droit du travail, qui demeurent ineffectives, en raison de l'incomplétude de ce droit[747].

507. - Abdication ou principe de réalité. La difficulté à caractériser le coemploi peut s'interpréter de deux manières. D'un côté, les juges abandonnent une sorte de fiction, qui menait à caractériser un lien contractuel qui n'existe pas encore entre la société-mère et la filiale en difficulté. Mais cette théorie ne vaut que pour la société mère, et non les autres filiales du groupe. Aussi la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle ouvre d'autres voies, plus prospères semble-t-il, et peut-être en mesure de faire jouer la responsabilité des autres filiales refusant de participer au reclassement des salariés concernés par une procédure de licenciement.

D'un autre côté, refuser le coemploi pour favoriser la responsabilité délictuelle revient à privilégier un principe indemnitaire plutôt que l'effectivité de la règle de droit. Et au vu de l'évolution du droit du travail, cette évolution ne peut surprendre.

---

[745] L. PECAUT-RIVOLIER, obs. sous cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-69485, 09-69486, 09-69487, 09-69488 et 09-69489, Dr. soc., 2011, p. 105.

[746] P. LOKIEC, *Droit du travail, Tome 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, Thémis, 2011, p. 295.

[747] G. AUZERO, *Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés - Illustration de l'ineffectivité de la règle de droit*, Sem. soc. Lamy, 2009, 1416.

Dans cette perspective, la Chambre sociale de la Cour de cassation a apprécié d'une manière toute particulière les engagements ou tentatives de l'employeur en matière de reclassement.

II. Les tentations excessives du reclassement externe

508. - En plus de l'obligation de reclasser un salarié menacé de licenciement au sein de l'entreprise ou du groupe, un contentieux s'est développé autour d'un potentiel reclassement au sein de la branche professionnelle (A). Celui-ci s'ajoute à un contentieux relatif aux engagements de l'employeur en matière de reclassement externe (B).

A. Le reclassement « intrabranche »

509. - Se raccrocher à la branche. Si le 1er avril 1992, la Chambre sociale de la Cour de cassation pose le principe d'une obligation préalable de rechercher un reclassement dans l'entreprise avant tout licenciement économique, cette obligation est directement inspirée de la négociation collective. D'abord de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, qui crée des commissions paritaires de l'emploi par branche professionnelle, puis de certaines conventions collectives qui ont repris à leur propre compte cette obligation de reclassement en cas de licenciement économique[748].

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a repris le principe prétorien dégagé le 1er avril 1992 pour en faire une obligation légale. La loi a alors remplacé la pratique, et l'a par la même occasion légèrement occultée. Finalement, on redécouvre cette obligation

[748] Pour exemple : convention collective « Bijouterie, joaillerie, orfèvrerie et activités qui s'y rattachent » du 5 juin 1970, art. 22 ; convention collective des ouvriers du bâtiment (plus, et moins de dix salariés) du 8 octobre 1990, art. 10.71.

conventionnelle ancienne, le juge et la doctrine s'étant plutôt focalisés sur l'obligation légale ces dernières années, et donc sur le reclassement au sein de l'entreprise ou du groupe.

510. - Sur les sanctions du reclassement. Dans le cadre d'un grand licenciement collectif, l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, et notamment du plan de reclassement interne, est sanctionnée par la nullité de la procédure. La raison est que seul le reclassement interne permet réellement de sauvegarder l'emploi, quand les autres aides au reclassement – externe cette fois – entrainent une discontinuité dans la relation de travail par un changement d'employeur même à l'intérieur du groupe. Cela vaut pour les mesures de reclassement interne à l'entreprise, mais également interne au groupe, puisque les deux entités – entreprise et groupe - sont réunies sous l'article L. 1233-4 du Code du travail.

En prévoyant un contrôle initial du plan de sauvegarde de l'emploi, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a, normalement, endigué le fléau de l'annulation des grands licenciements collectifs.

Si, dans la mise en œuvre du plan de sauvegarde, il est prouvé que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement interne, par exemple en embauchant une autre personne sur un poste qui aurait pu convenir au salarié licencié, le licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse.

511. - Sanctions du reclassement « intrabranche ». Pour les mesures de reclassement externe, donc hors de l'entreprise, l'inexécution se résout en dommages-intérêts, qui sont fonction du préjudice subi. En cela, il n'y a pas d'incidence sur la validité du licenciement. L'explication est *a priori* simple : le reclassement interne a pour but la stabilité du contrat de travail, le licenciement est donc invalidé car n'aurait pas dû se produire. À l'inverse, le reclassement externe intervient après la rupture du contrat de travail, le licenciement est donc *normal* dans la procédure de reclassement externe. Pour autant, la chambre sociale a considérablement renforcé l'obligation de reclassement, en mettant parfois sur le même plan les différents types de reclassement et leur sanction attachée.

512. - Engagement conventionnel. Un des premiers arrêts notoires en la matière est l'arrêt *Moulinex*, du 28 mai 2008[749]. Les plaideurs invoquaient la violation de l'accord national sur l'emploi dans la métallurgie du 12 juin 1987, et notamment l'article 28 de cet accord, qui impose à l'employeur de faire appel à la commission territoriale de l'emploi de la branche professionnelle en question, afin de tenter des reclassements à l'extérieur de l'entreprise, et particulièrement dans l'industrie métallurgique. Dans cette espèce, la Chambre sociale avait déclaré les licenciements sans cause réelle et sérieuse.

Dans une autre affaire jugée par la Cour de cassation le 30 septembre 2013[750], des salariés invoquaient notamment la violation de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969. Dans sa décision, la Chambre sociale de la Cour de cassation reprend l'article 5 de l'accord national qui dispose : « *Enfin, si un licenciement collectif d'ordre économique pose des problèmes de reclassement non résolus au niveau de l'entreprise, les commissions paritaires de l'emploi compétentes seront saisies dans les conditions prévues à l'article 15 ci-après* »[751]. L'employeur n'ayant pas saisi cette commission, la Chambre sociale en a conclu que les licenciements sont dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Les deux solutions sont ainsi semblables, et pour la doctrine, une telle solution est pour le moins curieuse, si ce n'est « *incohérente, sans doute inconstitutionnelle, fantomatique et donc illusoire pour les salariés* »[752]. Outre les considérations tenant à la caducité des normes invoquées - les commissions territoriales de l'emploi n'existeraient plus ou quasiment plus[753] -, se pose la question de la sanction d'un tel manquement de la part de l'employeur.

513. - Sanction du manquement. Le plan de reclassement interne, qui est l'obligation légale fondamentale en matière de reclassement, est la seule à même de rendre injustifié un

---

[749] Cass. soc., 28 mai 2008, n° n° 06-46009, n° 06-46011, et n° 06-46013, note F. HÉAS, *Licenciement économique et exigences conventionnelles de reclassement*, RDT, 2008, p. 529 ; obs. B. BOSSU, *L'extension du périmètre du reclassement par voie conventionnelle*, JCP S, n° 47, 2008, 1597 ; P. MORVAN, *L'obligation irréelle de reclassement «* extérieur *» et les commissions paritaires de l'emploi fantômes*, JCP S, 2009, 1235.

[750] Cass. soc., 30 septembre 2013, n° 12-15940, 12-15941, 12-15.942, et 12-15943, note A. FABRE, *L'extension de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique*, RDT, 2013, p. 752.

[751] ANI du 10 février 1969, art. 5.

[752] P. MORVAN, *op. cit.*

[753] *Ibid*.

licenciement[754]. De la part de la Chambre sociale de la Cour de cassation, il y a donc confusion entre reclassement interne et externe[755]. Sauf à considérer un reclassement dans la branche comme un reclassement interne. L'on se retrouve dans la même situation que les reclassements intragroupes, qui, juridiquement, sont des reclassements externes, mais considérés comme internes du point de vue de l'obligation de reclassement, à ceci près que c'est le Code du travail qui prévoit le reclassement au sein du groupe.

Les conséquences sont, en la matière, très importantes pour l'employeur. Mais la Chambre sociale voit au-delà de la simple barrière juridique, et prône l'efficacité du reclassement, si tant est que l'on puisse parler d'« efficacité », puisque, comme pour le groupe de société, l'employeur n'a aucun pouvoir au-delà de sa propre entreprise. C'est une logique indemnitaire qui prédomine encore.

De manière comparable, la chambre sociale va faire du reclassement externe « intrabranche » une obligation préalable de reclassement pouvant également rendre injustifié un licenciement.

Il existe donc deux obligations de reclassement, non parfaitement identiques. L'une pèse sur l'employeur, qui doit mettre à contribution les autres entreprises du groupe ; l'autre pèse, semble-t-il, sur la branche, et non sur l'employeur, ce dernier devant seulement saisir les commissions paritaires de l'emploi. De même, l'obligation supposée de l'employeur semble bien incertaine compte tenu de la forme passive utilisée dans l'article 5 de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 : « *les commissions paritaires de l'emploi compétentes seront saisies dans les conditions prévues à l'article 15* ».

L'article 15 de l'accord interprofessionnel du 10 février 1969 précise, néanmoins, la saisine d'un « *commun accord entre la direction et le comité d'entreprise ou d'établissement* » ; mais rien ne dit qui saisit. La Chambre sociale a fait le choix de faire peser cette obligation sur l'employeur, dépassant la lettre du texte. Mais, de toute façon, l'obligation s'arrête là ; l'accord national ne prévoit pas que l'employeur doit rechercher au sein de la branche tous les emplois disponibles à fin de reclassement ; ayant été saisie, c'est donc ensuite à cette commission

[754] C. trav., art. L. 1233-4.

[755] A. FABRE, *op. cit.*

paritaire de l'emploi d'agir. La Chambre sociale est donc ici extrêmement sévère, quant à la non-saisine de la commission, puisque l'on ne peut comparer l'obligation de rechercher et proposer un reclassement, avec celle de saisir une commission aidant au reclassement.

Récemment, la Chambre sociale de la Cour de cassation a bien différencié les deux obligations ; l'employeur n'a pas à communiquer la liste précise des salariés concernés par le licenciement collectif, mais simplement à saisir la commission sur le projet de licenciement[756]. L'on peut alors se demander la teneur d'une telle saisine, et surtout, la justification d'une sanction identique à celle encourue en cas de non-respect de l'obligation de reclassement interne.

Les décisions rendues les 17 mars et 27 mai 2015 vont toutes dans le sens d'un rejet des prétentions des plaideurs invoquant l'obligation conventionnelle de reclassement, non pas à cause d'une absence de saisine, mais de l'incomplétude de la saisine - absence des noms des salariés et de leur profil individuel notamment. De fait, il est difficile de savoir si la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de revenir sur sa jurisprudence antérieure, quant à la sanction encourue, ou a simplement souhaité encadrer strictement le contenu de l'obligation. Elle a, néanmoins, pu préciser que, l'accord du 10 février 1969 n'ayant pas été étendu, il ne s'appliquait que dans les entreprises adhérentes aux groupements signataires.

514. - Cette confusion entre reclassement interne et externe s'est également posée en matière d'engagement de l'employeur, lorsque ce dernier décide d'externaliser les aides au reclassement bénéficiant aux salariés licenciés.

B. L'engagement de l'employeur en matière de reclassement

515. - L'extension unilatérale de l'obligation de reclassement ? Outre l'obligation de reclassement issue de la négociation collective, un autre volet s'est développé avec des

[756] Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-24.303 et 13-24.305, obs. A. FABRE, *Saisine de la commission territoriale de l'emploi en cas de grand licenciement économique : en quoi consiste l'obligation de l'employeur ?*, RDT, 2008, p. 331 ; cass. soc., 27 mai 2015, n° 14-10766 à 14-10771 et 14-10773 à 14-10774.

engagements pris par l'employeur au bénéfice de ses salariés menacés de licenciement. Ce n'est, en soi, pas nouveau, car l'aide au reclassement fait partie intégrante du plan de sauvegarde, et l'employeur a toute latitude pour imaginer des mécanismes de reclassement[757]. Il en va ainsi lorsqu'il contracte avec une entreprise d'*outplacement*, pour aider au reclassement chez un autre employeur.

En règle générale, le reclassement externe se matérialise par des temps de formation, de validation d'acquis ou d'aide à la création d'entreprise. À la jonction de l'interne et de l'externe, se trouve le reclassement dans le groupe.

Dans une espèce jugée par la chambre sociale le 30 septembre 2013[758], un employeur avait chargé une entreprise d'*outplacement* de s'occuper du reclassement externe des salariés avant leur licenciement. Les salariés signaient une charte avec l'entreprise de reclassement ; celle-ci disposait que l'entreprise proposerait au moins trois offres valables d'emploi, le contrat de travail étant rompu avec la signature d'un contrat avec l'autre employeur ou à l'issue du congé de formation. Le reclassement devait être réalisé avec, ou au moment, de la rupture du contrat de travail. Le cabinet de recrutement chargé de reclasser en externe les salariés manquant à son obligation de proposer des offres valables d'emploi, les salariés se retournent contre l'employeur et non contre le cabinet. En pareil cas, la sanction est, en général, pécuniaire, seul un manquement à l'obligation de reclassement interne pouvant entrainer l'annulation du licenciement[759].

Mais la chambre sociale poursuit sa « confusion volontaire » entre reclassement interne et externe et condamne l'employeur en déclarant qu'il a manqué à son obligation de reclassement. Le professeur P. Morvan explique la solution du fait de l'engagement de l'employeur de proposer trois offres valables d'emploi avant de rompre le contrat de travail, par le biais du cabinet de recrutement. C'est la nature anticipative de l'engagement de l'employeur qui permet sa condamnation, un reclassement externe opérant normalement après la rupture du contrat de travail. En s'engageant à proposer des offres d'emplois avant la rupture, l'employeur se retrouve

[757] A. MARTINON, *Les clauses générales du PSE*, JCP S, n° 19, 7 mai 2013, 1206.

[758] Cass. soc., 30 septembre 2013, n° 12-13439, note P. MORVAN, *Extension contractuelle du périmètre de reclassement*, JCP S, n° 50, 10 décembre 2013, 1478,

[759] Cass. soc., 21 novembre 2006, n° 05-40656, obs. G COUTURIER, Dr. soc., 2007, p. 114.

dans une situation identique ou proche de l'obligation de reclassement interne qui n'emporte pas rupture du contrat de travail. Une jonction s'opère entre les deux emplois, et permet d'appliquer la même sanction, y compris pour ce cas particulier de reclassement externe. L'employeur condamné réfute cette thèse et défend que le reclassement est externe, et l'on peine à ne pas lui donner raison. Il est en l'espèce question de mobilité externe, puisqu'il y a changement d'employeur avec une succession de deux contrats de travail ; la sanction aurait donc dû être pécuniaire.

Les magistrats de la Chambre sociale semblent ainsi donner plein effet aux engagements de l'employeur, peut-être allant même au-delà de ce que pensait ce dernier. Il n'est pas surprenant d'assister à ce durcissement, les magistrats voulant éviter ou limiter au maximum les effets du licenciement. Cela répond à une certaine logique compte tenu de ce que cela entraine pour les salariés concernés, leur famille, et même dans certains cas sur le bassin d'emploi. Mais, à trop durcir l'obligation, elle devient difficilement réalisable et, au moins dans son esprit, l'employeur part déjà perdant. C'est ce qui a amené un certain nombre d'employeurs à développer les plans de départs volontaires, rupture plus consensuelle censée limiter les risques et sécuriser l'entreprise.

Une explication à la sévérité de la chambre sociale trouve sans doute sa source dans la crainte des magistrats de voir l'employeur se déresponsabiliser de son obligation de reclassement en la confiant à des cellules externes de reclassement. Mais c'est trop vite oublier que le reclassement interne et le reclassement externe sont deux notions distinctes, ce que la Chambre sociale peine à bien distinguer en appliquant des sanctions similaires. En posant une jurisprudence stricte en la matière, la chambre sociale rappelle que seul l'employeur est débiteur de l'obligation de reclassement, et qu'un manquement à celle-ci ne peut être imputée qu'à lui seul. Tout au plus, l'employeur pourrait engager la responsabilité contractuelle du cabinet de reclassement, qui a manqué à son obligation de proposer trois offres valables d'emploi. La question du préjudice subi poserait ici question ; l'indemnisation doit-elle être à hauteur de ce que risque l'employeur si trois cents licenciements sont déclarés sans cause réelle et sérieuse ?

516. - Cette sévérité a eu pour effet de privilégier, dans les entreprises, le volontariat au départ, au détriment du droit du licenciement économique, alors que le reclassement devrait constituer la dernière tentative de sauvegarder l'emploi.

§ 2. L'accompagnement vers la mobilité externe

517. - Afin de sécuriser au mieux le parcours professionnel du salarié, le droit du travail veille à ce que ce dernier bénéficie d'un accompagnent particulier en vue d'une mobilité externe, celle-ci ayant le plus souvent lieu au moment d'une restructuration (I). Mais une fois cette mobilité actée, le demandeur d'emploi continue de bénéficier de certains droits, accordés non plus au titre de son statut salarié, mais en vertu, selon certains, de sa citoyenneté (II).

I. Le « tuilage » des situations

518. - Le droit du travail use de mécanismes parfois originaux, afin de garantir au salarié une certaine continuité dans leur relation de travail. Les mécanismes sont parfois anciens, d'autres plus récents. Si le droit du travail privilégiait précédemment le maintien du contrat de travail pour assurer une certaine sécurité au salarié, il semble en aller désormais autrement. Le droit du travail semble vouloir tenter une facilitation de la mobilité externe, mais en l'assortissant de certains droits pour le salarié.

Si le reclassement du salarié s'avère impossible, le droit du travail a imaginé des manières de « tuiler » les emplois, en évitant le chômage frictionnel ; cela consiste à éventuellement anticiper une mobilité externe, en retrouvant un emploi avant le terme de l'actuel[760]. Ces mécanismes ont pour objectif d'établir un véritable droit des transitions professionnelles (A), qui ne sont efficaces qu'en réunissant certaines conditions (B).

[760] F. GAUDU, *De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité*, Formation Emploi, janvier-mars 2008, n° 101, p. 71.

A. Les vecteurs de transition

519. - Parmi les mécanismes de transition entre les différents emplois, certains interviennent au moment de la restructuration (1), ce qui est parfois trop tardif. La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a, pour cette raison, prévu un dispositif plus anticipatif avec la mobilité volontaire sécurisée (2).

1. Une transition retardée

520. - Le contrat de sécurisation professionnelle. Proposé au moment du licenciement économique - lors de l'entretien préalable ou après la validation ou homologation du plan de sauvegarde de l'emploi par l'autorité administrative -, le contrat de sécurisation a pour objectif d'effectuer un suivi appuyé des futurs demandeurs d'emploi, à travers un parcours dédié. Il consiste entre autre en une reconversion ou une création d'entreprise[761].

L'acceptation, par le salarié, du contrat de sécurisation professionnelle emporte rupture du contrat de travail, et la contestation du motif économique de la rupture se prescrit par douze mois. Avec la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, l'objectif est de sécuriser les décisions de l'employeur en évitant des contestations venues tardivement ; de fait, le droit au juge est confronté au principe de la liberté d'entreprendre. Est donc privilégiée une certaine sécurité juridique par la diminution du délai de prescription[762]. L'on ajoutera, néanmoins, que le délai d'un an peut paraitre suffisant pour agir en justice. Aussi, il est probable que l'efficacité du contrat de sécurisation professionnelle sera jugée à l'aune des recours des salariés ayant accepté ce type de contrat. En effet, il est vraisemblable qu'un salarié « reclassé » efficacement par une telle convention ne remette pas en cause le motif de la rupture de son contrat de travail.

[761] C. trav., art. L. 1233-65.

[762] M. GRÉVY, *Le juge, ce gêneur…*, RDT, 2013, p. 173.

Toutefois, la durée du contrat étant de douze mois, tout comme le délai de prescription, il est à craindre une concomitance des termes, qui, en apparence, pourrait être dommageable pour la réussite du projet[763]. Mais le contrat de sécurisation professionnelle, s'il est proposé par l'employeur, n'est pas conclu avec l'employeur ; la mobilité est bien externe, donc il faut bien dissocier l'efficacité du contrat de sécurisation professionnelle, de la contestation du licenciement. Une telle contestation ne pourrait qu'octroyer des dommages-intérêts au salarié, sans remettre en cause le contrat de sécurisation signé avec Pôle-emploi ou un prestataire. La situation pourrait néanmoins se poser en cas de réintégration dans l'entreprise, mais il y a peu de chance que la situation se présente réellement. L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation a laissé la possibilité, à une salariée, d'obtenir réparation pour le non-respect de la procédure de licenciement, mais les Hauts magistrats n'ont donc pas eu à se prononcer sur le fond du licenciement[764].

521. - L'efficacité du mécanisme. Le suivi individualisé, les périodes de formation, et les éventuelles périodes de travail sont autant d'atouts pour un retour à l'emploi rapide. Le défaut, et non des moindres, est peut-être le caractère facultatif du mécanisme. L'évolution du droit du travail en faveur d'une responsabilisation du salarié pourrait amener une évolution en la matière, mais certains écueils existent. En effet, le contrat de sécurisation professionnelle a pour objectif une reconversion ou la création/reprise d'entreprise ; il trouve donc sa place dans le projet du salarié, ce qui rend très incertain l'insertion d'un salarié dans un projet non désiré.

L'efficacité du mécanisme sera pleinement réalisée lorsque la mobilité professionnelle, sera entrée dans les mentalités. Car il ressort que l'accompagnement et ses mécanismes ne sont jamais aussi efficaces que lorsqu'ils reposent sur le volontariat. « *L'appui social et psychologique* » prévu par la convention collective mettant en place le contrat de sécurisation peut, en ce sens, être bénéfique[765].

---

[763] L'article 6 de la convention relative au contrat de sécurisation professionnelle du 26 janvier 2015 prévoit néanmoins un prolongement du contrat pouvant ainsi atteindre quinze mois maximum, en fonction des périodes de travail effectuées en entreprises à partir du sixième mois de suivi du contrat de sécurisation professionnelle.

[764] Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-26941, note A. FABRE, *Le contrat de sécurisation professionnelle devant la Cour de cassation ou le changement dans la continuité*, RDT, 2015, p. 328 ; obs. B. INÈS, *Le contrat de sécurisation professionnelle : première précaution*, Dall. Act., 2 avril 2015.

[765] Convention relative au contrat de sécurisation professionnelle, 26 janvier 2015, art. 10.

522. - Congé de reclassement. Dans les entreprises d'au moins mille salariés, le congé de reclassement doit permettre d'augmenter l'efficacité du reclassement externe et donc limiter le nombre d'exclusions du marché de l'emploi. Le mécanisme est à mettre en parallèle avec ce qui est demandé en matière de reclassement : les mesures de reclassement doivent être proportionnées aux moyens dont dispose l'entreprise qui licencie.

523. - Contenu du congé de reclassement. L'importante différence qui existe avec le contrat de sécurisation professionnelle est que le suivi est à la charge de l'employeur, tout comme le financement des mesures. Mais le contenu est sensiblement le même. Comme pour le contrat de sécurisation, un premier entretien réalisé avec la cellule de reclassement permet d'orienter le futur reclassement. Ensuite peuvent s'enchainer périodes de formation et de travail, cela accompagné par la cellule de reclassement. Les sept articles du Code du travail relatif à ce congé sont succincts. Peu ou prou, le congé de reclassement est comparable au contrat de sécurisation professionnelle. Les mêmes avantages, tout comme les critiques, peuvent ainsi lui être adressés.

L'employeur, qui licencie après avoir échoué au titre du reclassement interne, doit donc proposer une aide au reclassement externe concrétisée par un congé de reclassement. Contrairement au contrat de sécurisation qui rompt le contrat de travail, ce dernier est maintenu jusqu'à la fin du congé ou jusqu'à l'embauche du salarié chez un nouvel employeur.

524. - Congé de mobilité. Prévu comme possible mesure de reclassement externe, le congé de mobilité ne se différencie guère des autres congés pouvant être proposés aux salariés menacés de licenciement. L'une des différences est néanmoins son caractère négocié, contrairement au congé de reclassement dont le contenu est prévu par le Code du travail ; mais les deux congés doivent prévoir des périodes de formation et de travail en entreprise.

L'employeur de plus de mille salariés doit proposer l'un des congés - de reclassement ou de mobilité - aux salariés menacés de licenciement, le congé de mobilité ne pouvant logiquement être proposé que si le principe du congé et son contenu ont été négociés dans un

accord portant sur la GPEC[766]. Cet accord doit également prévoir les conditions que doivent remplir les salariés pour en bénéficier, ou encore les conditions de prorogation dudit congé.

Surtout, l'intérêt de ce congé est que son utilisation n'est pas confinée à une période de restructuration. Même si le Code est loin d'être explicite sur le moment où peut être démarré un congé de mobilité, il semble qu'il puisse l'être à tout moment, à tout le moins selon ce que prévoit l'accord signé sur la GPEC. Toutefois, là où le congé de mobilité peine à se différencier des autres mécanismes, c'est que ce congé s'effectue pendant la durée du préavis, et aboutit *in fine* à la rupture du contrat de travail. La sécurisation du salarié se limite donc à l'efficacité du mécanisme, et dès l'instant où le salarié signé, c'est une mobilité externe qui est actée.

525. - Prorogation des congés. Il faut noter que le congé de mobilité prévoit le prolongement proportionnel du congé en fonction des périodes de travail effectuées, alors que le contrat de sécurisation connait une limite de quinze mois maximum. Dans le cas du congé de reclassement, le Code du travail précise que l'employeur « *peut prévoir le report du terme initial du congé* »[767] en fonction des périodes de travail effectuées ; si cela ne semble pas être une obligation, il apparait normal que la durée du congé ne puisse être inférieure à ce qu'aurait droit le salarié dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle, soit quinze mois. De ce constat, il apparait que les salariés d'une grande entreprise sont nécessairement mieux protégés que ceux licenciés par une entreprise de moins de mille salariés. L'effet Matthieu souvent évoqué en droit du travail refait, ici, une apparition[768].

Ces trois congés ont pour dénominateur commun qu'ils sont réalisés au moment du licenciement économique ; et en cas d'échec du reclassement externe, les salariés rejoignent le

[766] L'employeur, de plus de mille salariés, a le choix entre les deux dispositifs ; même si un accord a mis en place les congés de mobilité, l'employeur peut néanmoins proposer un « simple » congé de reclassement.

V. notamment É. DURLACH, *Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit du licenciement économique*, RDT, 2007, p. 440.

[767] C. trav., art. L. 1233-72-1.

[768] H. DELEEK, *L'effet Matthieu*, Dr. soc., 1979, p. 375 ; J. BICHOT, *L'effet Matthieu revisité*, Dr. soc., 2002, p. 575.

flux des demandeurs d'emploi[769]. Si ces mécanismes sont toutefois intéressants, l'anticipation des mobilités semble à même de mieux sécuriser le parcours du salarié.

2. Une transition préparée

526. - Mobilité volontaire sécurisée. Le mécanisme de la mobilité volontaire sécurisée est sans doute l'outil de « tuilage » le plus prometteur. Construit, en quelque sorte, sur le modèle du congé de mobilité, il se différencie par le maintien du contrat de travail, qui est simplement suspendu pendant la durée de la mobilité externe[770].

Aussi, cette mobilité volontaire peut être demandée, par le salarié, à tout moment, et donc en dehors de tout projet de réduction d'effectif. C'est donc bien une démarche fortement anticipative qui a lieu ; pour une fois, serait-on tenté de dire, est mis en place un véritable mécanisme de gestion anticipative de la mobilité. Surtout, cette mobilité est assortie d'un véritable droit à réintégration, ce qui doit permettre aux salariés d' « oser » la mobilité, alors que la tendance, en temps de crise économique, est à la prudence[771].

L'existence de cette mobilité est prometteuse, mais l'on peut regretter qu'elle ne soit réservée qu'aux entreprises de trois cent salariés et plus. Cela peut se justifier par une contrainte matérielle ; les petites entreprises auront du mal à se passer d'un salarié pendant la période de mobilité volontaire.

---

[769] Il en va de même pour les salariés ayant adhéré bénéficié d'un congé de conversion. Ce type de congé est possible si l'employeur a signé une convention avec l'État. À l'issue du congé, si le salarié n'a pas trouvé d'emploi, il est licencié pour motif économique.

[770] La genèse de ce mécanisme se trouve dans des accords, portant sur la GPEC, de différentes sociétés basées en Isère, qui ont mis en place un Pôle de Mobilité Régional. C'est une structure commune permettant aux salariés des entreprises adhérentes de déposer un projet de mobilité interne ou externe, de manière anonyme, et garantissant une possibilité de retour dans l'emploi en cas d'échec.

V. notamment J.-M. MIR, *Notion et fonction de l'outil de gestion : anticiper la mobilité*, JCP S, n° 11, 18 mars 2014, 1103 ; v. aussi Liaisons Sociales Quotidien, 07/12/2011.

[771] S. TOURNAUX, *Le chemin tortueux de la mobilité volontaire sécurisée*, Dr. soc., 2013, p. 713.

Quant à la durée de cette mobilité, n'étant pas déterminée par la loi, il revient aux parties de prévoir cet élément. Il est préjudiciable que la loi n'ait rien prévu, ne serait-ce qu'un minimum, afin de ne pas faire perdre tout intérêt au mécanisme. Il est probable, et surtout souhaitable, que les partenaires sociaux se saisissent de la question lors de la négociation sur la GPEC.

527. - Limite. Bonne idée, la période de mobilité volontaire sécurisée n'en est pas moins limitée dans son utilisation, celle-ci étant donc réservée aux entreprises de trois cent salariés et plus. L'article L. 1222-12 du Code du travail reliant la période de mobilité avec le droit au congé individuel de formation (CIF) - deux refus de mobilité volontaire sécurisée donnent droit directement à un départ en CIF -, il aurait été intéressant de lier plus encore les régimes. En effet, le CIF bénéficie à tous les salariés, quelle que soit la taille de leur entreprise ; il serait donc envisageable de d'étendre le recours à la mobilité volontaire sécurisée de la même manière nous le proposons pour le CIF, éventuellement en assortissant ce mécanisme, pour les entreprises les plus modestes, d'une aide au remplacement du salarié absent, par le recours autorisé au contrat de travail à durée déterminée et/ou à des exonérations de charges. Aussi, il est curieux que deux refus de l'employer à une demande de départ en mobilité volontaire sécurisée ne donnent pas droit à ce départ, mais à un CIF ; la logique, ici, nous échappe.

B. Les facteurs de sécurisation

528. - Anticipation. Afin de sécuriser le parcours du salarié, la nécessité est à l'anticipation, car elle seule permet d'assurer les mobilités dans de bonnes conditions pour le salarié. Sans doute faut-il également assurer le terme de chaque étape, caractérisé par la rupture du contrat de travail ; mais pour que cette sécurisation de la rupture ne se fasse pas au détriment du droit d'accès au juge, il est justement indispensable que la mobilité soit pensée bien en amont, afin que le doute sur le motif de la rupture ne puisse être mis en doute, et que l'efficacité de la rupture soit avérée.

529. - Qualification de la rupture. En cela, la période de mobilité volontaire sécurisée réunit ces éléments, car le salarié bénéficie d'un droit de retour - gage d'efficacité de la mobilité

s'il n'est pas utilisé -, et la rupture est qualifiée, par la loi, de démission. Si cela peut laisser une impression de contournement du droit du licenciement économique, le droit de retour semble garantir la licéité de la rupture puisque celle-ci n'intervient que si le salarié renonce à son droit de réintégrer l'entreprise.

L'impression est, sans doute, sensiblement différente dans le congé de mobilité, celui s'inscrivant soit dans la période de préavis préalable à un licenciement économique, soit en dehors mais aboutissant *in fine* à la rupture du contrat de travail, qualifiée de rupture d'un commun accord, aux termes de l'article L. 1233-80 du Code du travail. Il en va de même concernant les autres procédés de « tuilage » - contrat de sécurisation professionnelle et congé de reclassement, à ceci près que le licenciement est qualifié d'économique.

Dans les trois derniers cas, le salarié, dont le projet n'a pas abouti, bénéficie de l'allocation d'aide au retour à l'emploi, ce qui permet de sécuriser, un tant soit peu, le parcours du salarié.

Mais, en ce qui concerne la rupture d'un commun accord résultant du congé de mobilité, la conséquence de la nature de la rupture semble être l'impossibilité de contester le motif de la rupture, dans tous les cas, alors qu'elle peut intervenir, soit hors procédure de licenciement collectif, soit dans le cadre de celle-ci. De fait, les décisions de la Chambre sociale concernant un congé de mobilité sont rares, voire inexistantes ; cela peut laisser supposer que le motif de la rupture n'est pas contestable. Pourtant, un parallèle peut être effectué avec des décisions sur les conventions de conversion, pour lesquelles la Chambre sociale de la Cour de cassation avait accepté de contrôler le « motif économique » des ruptures amiables résultat de ces congés, en déclarant que « *la rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties implique l'existence d'un motif économique de licenciement qu'il appartient au juge de rechercher en cas de contestation* »[772].

Un raisonnement semblable peut être tenu concernant les congés de mobilité, à la différence que le droit du travail a changé de paradigme ; le double caractère négocié du congé de mobilité - accord des partenaires sociaux donnés dans la GPEC et consentement du salarié donné au stade de la signature du congé - pourrait tout à fait permettre à la Chambre sociale de la Cour

[772] Cass. soc., 29 janvier 1992, n° 90-41087. V. notamment É. DURLACH, *op. cit.*

de cassation de refuser la contestation du motif. Possible, ce raisonnement serait toutefois des plus sévères. Si le raccourci avec les accords de mobilité ou de maintien de l'emploi est tentant, ces derniers accords écartent le contrôle du juge par une disposition de la loi, ce qui n'est pas le cas pour le congé de mobilité.

530. - Censés « tuiler » le parcours professionnel du salarié entre les différentes étapes, les différences de régime entre les mécanismes ne remplissent pas parfaitement leur rôle. Le principal défaut est le manque d'anticipation propre à ces mécanismes, à l'exception de la mobilité volontaire sécurisée, mais qui doit encore faire ses preuves. Le chômage étant pour ces salariés « sur le départ » une éventualité, voire une probabilité, le droit du travail aménage les étapes inter-emploi, par l'octroi de certains droits, normalement assurance d'une sécurité maintenue.

II. Le maintien de certains droits sociaux

531. - Objectif. Pour reprendre le titre du *rapport Supiot* de 1998[773], le salarié licencié bénéficie de droit allant « *au-delà de l'emploi* ». Renforcé par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le statut que le droit du travail confère à la personne active permet normalement de franchir les différentes étapes de sa vie professionnelle[774]. Au moins dans le vocable, cela sera renforcé par l'appellation « compte personnel d'activité », qui doit s'appliquer à partir du 1er janvier 2017[775]. En plus du compte personnel de formation, devrait se greffer sur cet unique compte, celui relatif à la prévention de la pénibilité, mais normalement aussi le compte épargne-temps et les autres droits acquis[776].

[773] A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, 1998.

[774] F. GUIOMARD, *La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion*, RDT, 2013, p. 616.

[775] Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

[776] Une négociation doit s'ouvrir entre les partenaires sociaux avant le 31 décembre 2015.

Le maintien de droits acquis pendant la période d'emploi, à fin d'utilisation en période de chômage est une des propositions issues du rapport a*u-delà de l'emploi* remis à la Commission européenne, qui fait état d'une transformation de l'économie, et donc de la relation de travail, qui est passée d'une certaine stabilité à une grande instabilité[777]. Mais pris de cours, le droit du travail ne s'est pas transformé au même rythme que la relation de travail. L'ancien modèle était basé sur un échange « subordination contre sécurité », or, si la subordination est restée le critère du contrat de travail[778], la sécurité est de moins en moins présente[779]. C'est à ce bouleversement de l'échange entre l'employeur et le salarié que les réformes récentes du droit du travail français tentent de répondre.

532. - Présentation. Pour mettre en œuvre ce nouveau statut, des droits nouveaux sont apparus, et d'autres ont été renforcés. En premier lieu, il en est ainsi de l'allocation d'aide au retour à l'emploi, qui est devenu « rechargeable » depuis le 1er octobre 2014[780]. Par ce biais, les partenaires sociaux espèrent rendre plus attractive la reprise d'un travail, et à tout le moins, encourager la reprise d'un emploi même temporaire, en ne faisant pas perdre le reliquat de droit accumulé par le demandeur d'emploi, mais non encore « dépensé ». Le mécanisme est le même que pour le compte personnel de formation : le salarié accumule des droits, peut les mettre en œuvre, puis complète à nouveau son compte en reprenant une activité salariée.

Si le caractère rechargeable de l'allocation d'aide au retour à l'emploi n'est pas gage de stabilité de l'emploi, il doit permettre normalement de sécuriser le salarié dans les périodes où il se retrouve privé d'emploi. C'est certainement là un outil important pour encourager à la reprise d'un travail, et peut-être encore plus pour « rassurer » un salarié menacé de licenciement.

Il est sans doute important de mettre en parallèle ce droit, avec la rupture conventionnelle crée par la loi du 25 juin 2008. Le professeur Gaudu se demandait déjà, au moment de la signature de l'accord sur la modernisation du marché du travail, s'il ne fallait pas voir dans

[777] A. SUPIOT (dir.) *op. cit.*, p. 12.

[778] Cass. civ., 6 juillet 1931, *Bardou*.

[779] A. SUPIOT (dir.), *op. cit.*

[780] Convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage.

l'allocation d'aide au retour à l'emploi, non plus une logique assurancielle mais proactive. C'est-à-dire que l'allocation deviendrait une sorte de droit de tirage social, tel qu'il est décrit par le professeur A. Supiot[781], mobilisable par le salarié (presque) quand il le souhaite[782], notamment s'il a un projet professionnel établi.

Un tel glissement du raisonnement, concernant l'allocation d'aide au retour à l'emploi, parait toutefois dangereux, car la prochaine étape serait, alors, l'octroi de cette allocation y compris lors de démission injustifiée, ce qui pourrait inciter au chômage frictionnel. L'octroi de l'allocation devrait donc être réservé principalement dans le cas d'un projet professionnel structuré, le cas des pôles de mobilité régionaux étant, ici, intéressant. La meilleure option étant l'anticipation de la mobilité, cela permettant notamment d'assurer un droit de retour au salarié, l'entreprise employeuse étant encore *in bonis*.

Étant donné que la mobilité externe anticipée n'est pas (encore) la règle, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a étendu la protection des nouveaux demandeurs d'emploi, au-delà de la simple allocation d'aide au retour à l'emploi, en prévoyant que le salarié licencié continue de bénéficier, à titre gratuit, de l'assurance santé souscrite par l'employeur, pour ses salariés, auprès d'une mutuelle santé[783].

Dans ce cas, le droit octroyé au salarié va bien au-delà de la protection du travailleur. Ce développement confirme le changement de paradigme, qui voit le droit du travail protecteur non plus seulement du travailleur, mais de la personne, quel que soit son statut. Cela est renforcé par le maintien de la mutuelle santé de l'entreprise, non pas au seul demandeur d'emploi, mais également à ses ayants droit.

533. - Repenser les protections. Si comme le soutient le professeur A. Supiot, « *l'emploi précaire, c'est plutôt le travail sans l'emploi* »[784] - entendre « sans la stabilité » -, il appartient

[781] A. SUPIOT (dir.), *op. cit.*, p. 25.

[782] F. GAUDU, *L'accord sur la « modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail ?*, Dr. soc., 2008, p. 267.

[783] Cette obligation existait pour certaines entreprises depuis l'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail. La loi du 11 janvier 2013 n'a donc fait que rendre obligatoire le maintien de la mutuelle pour toutes les entreprises. Cette loi a surtout rendu obligatoire la mise en place d'une mutuelle santé dans l'entreprise.

[784] A. SUPIOT, *Du bon usage des lois en matière d'emploi*, Dr. soc., 1997, p. 229.

alors bien au droit du travail de recréer une certain stabilité ou sécurité. Si cette sécurité ne peut se faire « dans l'emploi », elle doit être effective en dehors. C'est là l'objectif des réformes récentes du droit du travail, que de renforcer la protection de la personne privée d'emploi ; et plus encore que la protection, c'est sa sécurisation qui importe. Cela est aussi visible à travers les multiples mécanismes d'accompagnement existants[785], qui sont censés ne laisser personne vers une forme de marginalisation.

Cela étant, il est sans doute vrai que « *ce qui aide le chômeur, en rendant le licenciement plus supportable, aide à licencier* »[786], mais comment pourrait-il en être autrement, à une époque où l'économie évolue sans cesse et très rapidement ? Camper sur ce raisonnement, c'est quelque part ne pas accepter le monde tel qu'il est et évolue ; et s'il est vrai que le droit du travail doit rester le droit protecteur qu'il est depuis sa construction, il est nécessaire de repenser les protections qu'il accorde au salarié.

534. - Conclusion du chapitre. Ironie, ou non, de l'histoire, le 5 mars 2014 est une date qui apparaitra comme paradoxale. Ce jour-là, la loi relative à la réforme de la formation professionnelle était promulguée, poursuivant la refonte du droit du travail et de la formation professionnelle, indispensable à la sécurisation du parcours professionnel. Mais ce même jour, la Chambre sociale de la Cour de cassation a refusé d'annuler le licenciement d'un salarié dont une obligation de formation n'avait pas été respectée par l'employeur, au motif que l'obligation de formation ne constitue pas, pour le salarié, une liberté fondamentale[787].

Cette coïncidence, si coïncidence il y a, met parfaitement en exergue le changement de paradigme auquel on assiste, mais, plus encore, montre l'incohérence de la flexicurité souhaitée par certains. Alors que le droit à la formation est reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946, ce droit subit le même sort que le droit à l'emploi. Mais comment pourrait-il en être autrement ? Le juge ne peut annuler un licenciement, serait-ce même pour non-respect d'une

[785] Projet personnalisé d'aide au retour à l'emploi pour les demandeurs d'emploi, contrat d'insertion dans la vie sociale pour les jeunes de 16 à 25 ans, et autres mécanismes de « tuilage » évoqués.

[786] F. GAUDU, *De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité*, Formation Emploi, janvier-mars 2008, n° 101, p. 71.

[787] Cass. soc., 5 mars 2014, n° 11-14.426, obs. M. HAUTEFORT, JSL, 2014, n° 364.

obligation de formation, puisque que l'objectif même des différentes réformes est, justement, d'abattre les frontières de l'entreprise, pour ne faire de l'emploi qu'une étape dans la carrière d'un salarié. En l'espèce, le juge se trouvait face aux incohérences du nouveau modèle économique et social, et il a fait le choix de l'économique, alors qu'il y avait là une occasion de renforcer l'importance de la formation professionnelle.

« *Ébranlé par la «* crise *», le droit du travail ne sait plus où se trouve le progrès* »[788] ; pour ces raisons, le parcours professionnel du salarié ne doit pas être incontrôlé. D'où la nécessité d'un contrôle, mais aussi d'une certaine stabilité.

[788] F. GAUDU, *op. cit.*

Chapitre 2

L'encadrement du parcours professionnel

535. - C'est en raison de la transformation de la relation de travail, rendue plus flexible, que le droit du travail organise et doit continuer d'organiser le parcours professionnel du salarié. Non pas forcément pour *empêcher* le parcours professionnel, ce qui serait contreproductif et inefficace, mais afin de s'assurer qu'avant de pratiquer la mobilité externe, celle-ci ne soit inévitable, et qu'elle s'effectue dans des conditions respectueuses des droits du salarié.

Afin de contrôler la situation du salarié, certains mécanismes de stabilisation de la relation de travail peuvent être mis en place (Section 1), mais en dernier recours, le juge peut toujours intervenir (section 2).

Section 1. LA NÉCESSAIRE MAITRISE DE LA MOBILITÉ EXTERNE

536. - Maitriser la mobilité externe, et donc son parcours professionnel, nécessite de pouvoir déterminer de manière discrétionnaire le moment de cette mobilité. Plusieurs mécanismes existent afin de réguler la mobilité externe ; certains sont contractuels, et tentent une maitrise de la mobilité (section 1), quand d'autres, d'ordre institutionnel, sont la gageure d'une mobilité externe inéluctable (section 2).

§ 1. Des mécanismes de stabilisation de l'emploi

537. - Il est possible de scinder en deux les mécanismes de stabilisation de la relation de travail. Ils peuvent être au bénéfice exclusif du salarié titulaire du contrat de travail (I), quand parfois le mécanisme oblige le salarié à une immobilité, en échange d'une mobilité professionnelle accrue (II).

I. La garantie de conserver son emploi

538. - Clause de garantie d'emploi. La liberté contractuelle autorise les parties au contrat de travail à prévoir, à négocier, les circonstances de la fin de la relation de travail.

La pratique montre que les clauses de garanties d'emploi sont généralement stipulées au profit de travailleurs, dont les compétences sont recherchées ; la main-d'œuvre peu qualifiée étant facilement interchangeable dans l'esprit de l'employeur, il ne lui apparait pas nécessaire de la fidéliser. Aussi, elles sont stipulées au profit de quelques catégories de salariés, notamment, en faveur d'anciens dirigeants, dont la société a été rachetée. C'est une manière de garantir un revenu à l'ancien dirigeant ; cela ressemble quasiment à une condition de la vente de la société[789].

Il peut en être de même dans le cas d'une mobilité géographique classique, de plus courte distance. En l'absence de clause de mobilité géographique, un employeur peut tout à faire proposer un avenant au contrat de travail, prévoyant une garantie d'emploi pour un certain nombre d'années, afin d'emporter le consentement du salarié.

[789] J. SAVATIER, *Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi*, Dr. soc., 1991, p. 413.

De la même manière, au moment de l'embauche d'un salarié auquel l'employeur tient particulièrement, si l'entreprise propose un salaire égal, voire même inferieur par rapport à une autre entreprise concurrente, l'insertion d'une clause de garantie d'emploi dans le contrat de travail peut être un argument pour l'employeur, surtout lorsque la conjoncture économique est instable.

Ces clauses sont encore observables en cas d'expatriation[790] ou après le débauchage du salarié chez un concurrent[791]. C'est une manière d'obtenir l'accord du salarié, en lui certifiant que sa mobilité n'est pas vaine. Ainsi, il accepte cette mobilité, mais il obtient, en échange, une certaine sécurité juridique pour un temps déterminé.

Si elle n'empêche pas le salarié de quitter l'entreprise par une démission, la clause de garantie d'emploi incite fortement à rester, car la protection offerte par la clause ne se retrouvera sans doute pas au sein d'une autre société.

539. - Rachat d'entreprise et maintien des contrats de travail. Légal, et non contractuel, il faut néanmoins relever le mécanisme efficace de maintien des contrats de travail au repreneur d'une entreprise[792]. Si certains y verrait une illustration de la mobilité des salariés, d'autres y voient un outil au service, au contraire, de la stabilité du contrat de travail[793]. Il s'agit aussi certainement d'une illustration d'une forme de mobilité, mais de l'employeur en l'occurrence.

540. - Au bénéfice du salarié, les clauses de garantie d'emploi s'opposent à certaines clauses pouvant être qualifiées de plus offensives, car obligeant le salarié à une certaine immobilité.

---

[790] Cass. soc., 28 avr. 1994, n° 90-45.755, note F. DUQUESNE, *Les clauses de garantie d'emploi dans les contrats à durée indéterminée*, JCP G, n° 7, 15 février 1995, II 22379.

[791] Cass. soc., 1er octobre 1975, n° 74-40582

[792] A. MAZEAUD, *Transferts d'entreprise (Aspects individuels)*, 153, Rép. Dalloz Trav., 2014.

[793] A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de Thèse, volume 48, 2005, p. 148 et s.

II. L'obligation de conserver son emploi

541. - Obligation de non-concurrence. Si une clause de non-concurrence ne paralyse pas la situation du salarié, en lui interdisant toute mobilité externe, ce type de clause a un effet immobilisant, en ce qu'elle restreint la liberté du travail. La contrepartie financière représente, certes, une indemnisation, mais en empêchant le salarié d'être employé par un concurrent, elle n'incite pas à la mobilité.

De plus, c'est une clause, dont l'exécution dans le temps ne démarre qu'au moment du départ de l'entreprise. À aucun moment donc, le salarié ne peut éviter l'application de la clause, sauf à envisager une renonciation commune à la clause, de la part de l'employeur et du salarié lui-même. En effet, l'employeur, seul, ne peut renoncer unilatéralement à la clause de non-concurrence[794]. Tant que le salarié retarde sa mobilité externe, la clause sera « en sommeil ». D'une certaine manière, il ne sert à rien de retarder cette mobilité, puisque la clause s'appliquera *in fine*. Son efficacité se trouve aussi renforcée par le fait que le mode de rupture du contrat de travail est indifférent sur l'activation ou non de la clause de non-concurrence ; le licenciement, qu'il soit économique ou même pour faute grave, ne prive pas, en effet, la clause d'efficacité. Il en est également ainsi en cas de licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse[795].

Il en résulte que le salarié, ayant signé une telle clause, est soumis à son efficacité, incitant fortement celui-ci à rester auprès de l'employeur actuel. Si l'emploi s'en retrouve stabilisé, c'est au détriment de la mobilité.

La contrepartie financière à la clause, obligatoire depuis une jurisprudence du 10 juillet 2002[796], ne fait que compenser cela. Il faudrait sans doute également repenser les causes

---

[794] Cass. soc., 4 juin 1998, n° 95-41832, v. Y. PICOD et S. ROBINNE, *Concurrence* (*Obligation de non-concurrence*), Rép. Dalloz. Trav., 87, 2015.

[795] Sur ces différents cas de figure : Y. PICOD et S. ROBINNE, *Concurrence* (*Obligation de non-concurrence*), Rép. Dalloz. Trav., 85, 2015.

[796] Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43.334 et n° 99-43.33, note Y. SERRA, Tsunami *sur la clause de non concurrence en droit du travail*, D. 2002, p. 2491.

Pour un avis contraire : R. VATINET, *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio*, Dr. soc., 2002, p. 949.

d'exonération du salarié d'exécuter la clause de non-concurrence, notamment en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou abusif, voire en cas de licenciement économique. De fait, c'est dans une obligation de loyauté[797] ou de discrétion, qui se poursuivrait après la rupture du contrat de travail, que la sécurité de l'employeur se trouverait assurée, et non pas dans l'empêchement, pour le salarié, de travailler pour une entreprise concurrente.

Mais le revirement jurisprudentiel opéré a incité certains employeurs à renoncer à ces clauses[798], permettant de retourner à un principe de maitrise, par le salarié, de son parcours professionnel.

542. - Obligation de dédit. Dans le même esprit qu'une clause de non-concurrence, un employeur peut limiter la mobilité externe d'un salarié, dans le cas où celui-ci a bénéficié d'une formation dépassant l'obligation légale de l'employeur en matière de formation professionnelle.

Outre les obligations légales d'adaptation au poste de travail ou de maintien de la capacité d'emploi, l'employeur investit dans le développement de son entreprise en développant les compétences des salariés. Logiquement, l'employeur souhaite et doit pouvoir fidéliser sa main-d'œuvre ; cela répond à une double nécessité économique. D'une part, l'employeur finance la formation, ce qui peut être un coût important. D'autre part, l'employeur « libère » le salarié pour qu'il puisse se former pendant une période déterminée, pendant laquelle le salarié va généralement continuer de percevoir son salaire[799].

Ce constat permet d'affirmer que l'employeur doit pouvoir conserver cette force de travail nouvellement qualifiée. Il peut, par exemple, y parvenir par l'octroi de meilleures conditions de travail et/ou de rémunération ; mais il peut aussi « bloquer » le salarié au sein de l'entreprise, pour s'assurer que l'investissement - la formation professionnalisante - soit rentable.

---

[797] R. VATINET, *op. cit.*

[798] Pour les clauses déjà insérée dans un contrat sans contrepartie financière, la Chambre sociale de la Cour de cassation a été extrêmement sévère, voyant dans ces clauses un préjudice pour le salarié même en l'absence de son invocation par l'employeur (cass. soc., 25 mai 2005, n° 04-45794, obs. A. BUGADA, D., 2005, p. 2454). L'on peut y voir, de manière optimiste, une prise en considération, de la part du juge, d'une exigence de maitrise, par le salarié, de son parcours professionnel.

[799] C. trav., art. L. 6321-2.

Cette possibilité offerte par le truchement des clauses de dédit-formation est un frein certain à la mobilité externe des salariés, qui ne pourront pas quitter leur entreprise formatrice avant un certain délai. Mais à l'inverse, ces clauses sont d'importants vecteurs de mobilité professionnelle. En effet, l'employeur sera plus enclin à financer une formation s'il a par ailleurs l'assurance de bénéficier de l'investissement consenti. Les clauses de dédit-formation permettent ainsi un retour sur investissement, et encouragent fortement la mobilité professionnelle.

543. - Conditions de la clause de dédit-formation. Sur la forme, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé les conditions de validité de la clause de dédit-formation dans un arrêt du 21 mai 2002 : « *Mais attendu que l'engagement du salarié de suivre une formation à l'initiative de son employeur et, en cas de démission, d'indemniser celui-ci des frais qu'il a assumés, doit, pour être valable, faire l'objet d'une convention particulière conclue avant le début de la formation et qui précise la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour l'employeur, ainsi que le montant et les modalités du remboursement à la charge du salarié* »[800]. Pour être valable, la clause de dédit-formation doit donc être signée par le salarié avant le début de la formation. La Cour de cassation a ainsi logiquement privé d'effet la clause de dédit-formation signée après la formation du salarié[801]. Cette obligation d'antériorité est logique car la clause engage le salarié à éventuellement rembourser sa formation. Mais l'antériorité est inutile si la clause est imprécise, c'est-à-dire qu'elle ne met pas le salarié en mesure de connaître la portée réelle de son engagement. Ainsi, la date, la nature et la durée de la formation doivent figurer dans la clause ainsi que le coût de la formation pour l'employeur. Un défaut d'information entraine ainsi la nullité de la clause[802].

Sur le fonds, l'obligation *sine qua non* d'une clause de dédit-formation est le dépassement, par l'employeur, de l'obligation légale ou conventionnelle de formation[803] ; l'employeur attend

[800] Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42909, note J. SAVATIER, *op. cit.*

[801] Cass. Soc. 16 mars 2005, n° 02-47007, v. Y. AUBRÉE, *Contrat de travail* (*Clauses particulières*), 103, Rép. Dalloz Trav., 2015.

[802] Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-16647, obs. G. AUZERO, *Obligation d'information de l'employeur et clause de dédit-formation*, RDT, 2007, p. 450.

[803] Cass. soc. 19 novembre 1997, n° 94-43195, v. Y. AUBRÉE, *Contrat de travail* (*Clauses particulières*), 104, Rép. Dalloz Trav., 2015.

donc un retour plus important que celui escompté du fait de l'obligation légale de formation, notamment d'une simple adaptation au poste de travail. L'utilisation de clause de dédit-formation se justifie alors.

544. - Si les premiers éléments – date, nature, et durée – ne posent pas de difficulté, le coût réel engagé par l'employeur est un élément plus important et plus complexe à déterminer, qui doit permettre de calculer à quelle hauteur le salarié doit rembourser son employeur, en cas de départ anticipé de l'entreprise. De fait, le contenu des engagements apparait parfois incertain, entrainant, par là même, une incertitude de la stabilisation de l'emploi souhaitée pour l'employeur.

§ 2. Des mécanismes à l'efficacité incertaine

545. - D'un intérêt certain, les mécanismes de stabilisation de la relation de travail d'origine contractuelle pèchent, de fait, par l'absence d'un cadre légal, laissant, à la Cour de cassation, un rôle créateur de normes, peu sécurisant pour l'employeur.

C'est particulièrement le cas du régime de la clause de dédit-formation, dont l'importance devrait s'accroitre en raison de l'importance que doit prendre, à l'avenir, la formation, dans la vie professionnelle des salariés (I). De plus, l'on peut reprocher à ces mécanismes de ne généralement profiter qu'aux salariés les plus qualifiés, et non pas les plus fragiles dans l'emploi (II).

I. Des mécanismes peu encadrés

546. - Deux aspects reflètent l'incertitude propre aux clauses de dédit-formation. Il convient de les sécuriser, sans quoi l'employeur sera de moins en moins enclin à former les salariés par des formations véritablement valorisantes, entrainant ainsi un déclin de la mobilité professionnelle. Ces deux aspects sont la limite de la formation d'origine légale ou

conventionnelle (A), et les conséquences, que peuvent entrainer, l'imputabilité de la rupture du contrat de travail avant l'écoulement de la période prévue par la clause (B).

A. La difficile détermination des frais engagés par l'employeur

547. - Une incertitude certaine règne sur le contenu réel de la clause de dédit-formation. S'il est acquis que le montant à rembourser doit être précisé, la doctrine s'interroge sur ce que la Chambre sociale entend par « *frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective* »[804]. Deux critères s'opposent, celui du coût de la formation (1), et celui de sa nature (2).

1. L'incertitude du critère lié au coût de la formation

548. - Coût de la formation. La jurisprudence fait régulièrement référence au coût de la formation, qui devrait être supérieur à l'obligation de l'employeur en matière de formation professionnelle. Une partie de la doctrine considère donc que l'employeur peut insérer une clause de dédit-formation, si le coût de la formation engagée dépasse le 1 % de cotisation au titre de l'obligation légale de financement de la formation professionnelle[805].

Mais une telle interprétation conduit à plusieurs écueils. D'une part, selon la taille de la société, une clause de dédit-formation pourra être plus ou moins facilement imposée à un salarié, le montant de la cotisation étant un pourcentage de la masse salariale brute de l'entreprise. Cela pourrait conduire à accepter des clauses de dédit-formation dans une

[804] Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 94-43195, v. Y. AUBRÉE, *Contrat de travail* (*Clauses particulières*), 104 - 106, Rép. Dalloz Trav., 2015, M.-J. GOMEZ-MUSTEL, *Formation professionnelle continue*, 99, Rép. Dalloz Trav., 2015.

[805] Y. AUBRÉE, *op. cit*, 104, Rép. Dalloz Trav., 2015 : « *Il s'ensuit donc que seule la fraction de dépenses exposées par l'employeur en sus de son obligation légale de financement de la formation professionnelle peut donner lieu à ce remboursement* ».

entreprise de quelques salariés, pour une formation dont le prix n'est pas exorbitant pour l'entreprise, mais peut l'être pour le salarié concerné.

À l'inverse, dans une société de plusieurs centaines ou milliers de salariés, 1 % de la masse salariale brute peut représenter une somme très importante, avec pour conséquence que quasiment toutes les formations seront d'un montant en-deçà de l'obligation légale incombant à l'employeur.

À ce premier écueil, s'ajoute un second. Le 1 % qu'exige la loi au titre de la participation des entreprises à la formation professionnelle se calcule sur le total des salaires versés par l'entreprise. De fait, ce n'est pas 1 % par salarié qu'exige la loi, pas plus qu'elle n'impose que l'on assigne 1 % de son salaire brut à chaque salarié concerné, afin d'assurer sa formation. Ainsi, raisonner en termes de chiffres conduit à une incohérence. Si l'employeur forme un salarié pour un montant représentant 1 % de la masse salariale brute, cela nous amènerait à considérer qu'une clause ne peut être imposée au salarié. Par contre, si, quelques temps plus tard, un salarié suit la même formation, l'employeur est amené à débourser 1 % supplémentaire ; au final, l'employeur pourrait obliger le second salarié à signer une clause de dédit-formation, mais pas le premier, entrainant une différence de traitement injustifiée. Par ailleurs, si l'employeur n'assigne à chaque salarié que 1 % de son propre salaire, celui-ci risque d'être très largement dépassé par le montant de la formation.

Le dépassement de l'obligation légale de formation professionnelle ne peut donc pas être entendu ainsi.

549. - Prise en charge par l'OPCA. Le critère pécuniaire pourrait être exploité autrement, afin de déterminer le montant à rembourser dans le cadre d'une clause de dédit-formation.

Ce montant pourrait être la part en sus de ce que prend en charge l'OPCA auprès duquel cotise l'entreprise. Cependant, la jurisprudence n'indique pas clairement cette méthode, qui, par ailleurs, peut être complexe si l'employeur décide d'affecter lui-même les crédits à des formations, comme l'y autorise partiellement le Code du travail, à hauteur de 0,2 %[806].

[806] C. trav., art. L. 6331-10.

550. - Incertitude jurisprudentielle. Entre la nature et le coût de la formation, il semble que la Chambre sociale de la Cour de cassation navigue à vue. Au gré des jurisprudences, apparait parfois une solution sans référence au coût de la formation, mais simplement aux frais non exigés par la loi ou la convention collective[807] ; apparait une autre décision, plus ambiguë, qui retient que le coût de la formation en question, est d'un montant « *hors de proportion avec les frais que la loi met à la charge des employeurs* »[808]. L'on voit alors bien que les juges ne sont pas, non plus, indifférents à ce coût parfois élevé de la formation.

Mais également, la Chambre sociale de la Cour de cassation apprécie parfois de manière très extensive l'obligation d'adaptation du salarié à son poste de travail. Il en est ainsi lorsqu'une compagnie aérienne finance une formation à un pilote de ligne, afin de lui permettre d'évoluer sur d'autres appareils. L'on peut ici s'interroger sur la nature de la formation : adaptation au poste de travail, ou action de développement des compétences dépassant l'obligation légale de formation ? En l'espèce, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, semble-t-il, validé la présence d'une clause de dédit-formation pour une formation d'adaptation au poste de travail, tout en la déclarant nulle, car elle obligeait le salarié à rembourser les salaires perçus pendant la formation : « *Attendu, selon le premier de ces textes, que toute action de formation suivie par un salarié pour assurer son adaptation au poste de travail constitue un temps de travail effectif et donne lieu pendant sa réalisation au maintien par l'entreprise de la rémunération ; qu'il en résulte que la clause de dédit-formation, qui prévoit qu'en cas de départ prématuré, le salarié devra rembourser les rémunérations qu'il a perçues durant sa formation, est nulle* »[809].

En acceptant une clause dédit-formation dans le cadre d'une formation ayant pour objectif d'adapter un salarié à son poste de travail, il semble que la Chambre sociale de la Cour de cassation ait fait le choix de retenir le critère pécuniaire, afin de valider, ou non, la présence d'une clause de dédit-formation. Mais, l'on est en droit de se demander si former un pilote de ligne au pilotage d'un nouvel aéronef n'est pas plus du ressort du développement des compétences, que de l'obligation d'adaptation. Toutefois, la qualification des faits étant du

[807] Cass. soc., 9 février 1994, n° 91-44644.

[808] Cass. soc., 17 juillet 1991, n° 88-40201.

[809] Cass. soc., 23 octobre 2013, n° 11-16032, obs. F. CANUT, Dr. soc., 2014, p. 77.

ressort des juges du fonds, les Hauts magistrats n'avaient guère le choix, sauf à voir dans la qualification des faits une erreur manifeste d'appréciation à laquelle la Cour de cassation aurait pu remédier.

551. - Face à la complexité que représente la détermination du montant à rembourser par le salarié, une hypothèse plausible est d'admettre que l'obligation légale est dépassée lorsque l'employeur engage une formation n'entrant pas dans le champ de l'obligation légale de formation professionnelle.

2. L'intérêt du critère lié à la nature de la formation

552. - Dépassement de l'obligation de formation. La Chambre sociale exigeant donc un dépassement de l'obligation légale. Plus précisément, elle exige que l'employeur engage des frais réels allant « *au-delà de ce qu'exige la loi ou la convention collective* »[810].

Dès lors, une clause de dédit-formation doit pouvoir être imposée à un salarié, si l'employeur lui fait suivre une formation, sans que celle-ci ne s'inscrive dans le cadre de son obligation d'adaptation au poste de travail ou de maintien de la capacité d'emploi du salarié, ces obligations étant les seules qu'impose le Code du travail à l'employeur[811].

Par contre, lorsque l'article L. 6321-1 du Code du travail dispose que l'employeur « *peut proposer* » des actions de développement des compétences, l'employeur va effectivement « *au-delà de ce qu'oblige la loi* ». Ce raisonnement est conforté par l'article L. 6321-7 du Code du travail, qui précise que le refus du salarié de suivre une telle formation ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement. Cette faculté de refus du salarié conforte, selon nous, l'idée selon

[810] Cass. soc., 17 juillet 1991, n° 88-40201 et cass. soc., 9 février 1994, n° 91-44644, Y. AUBRÉE, *op. cit.* ; cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42909.

[811] C. trav., art. L. 6321-1.

laquelle une clause de dédit-formation doit, en premier lieu, s'attacher à la nature de l'obligation proposée, et non pas à son coût[812].

Le critère de la nature semble d'autant plus pertinent, qu'il justifie l'interdiction de telles clauses dans les contrats ayant pour objet d'assurer une formation au titulaire dudit contrat[813]. Le non-respect de ces obligations légales de formation pouvant rendre injustifié un licenciement, le lien entre le contrat de travail et la formation apparait étroit, un parallèle serait donc logique avec les formations qui constituent un des objets du contrat de travail.

De plus, l'obligation « légale » de formation s'est d'abord développée dans la jurisprudence, qui y a vu une illustration de la bonne foi contractuelle[814]. Donc, l'obligation de formation n'est pas tant légale, que découlant de la relation de travail. Ainsi, dans l'absolu, ces formations devraient être entièrement déconnectées du financement de la formation professionnelle, car faisant partie du maintien « à niveau » de l'activité économique. Alors, seules les formations n'étant suivies, à des fins ni d'adaptation du salarié à son poste de travail, ni de maintien de la capacité d'emploi, pourraient être assorties d'une clause de dédit-formation ; cela amène à l'exclusion du critère pécuniaire.

553. - Intérêt du critère de la nature de la formation. Malgré les difficultés, parfois, à qualifier la nature exacte d'une formation professionnelle - adaptation au poste de travail ou développement des compétences -, le critère de la nature de la formation parait le plus simple à manier, dans le but de justifier, ou non, la signature d'un avenant de dédit-formation.

Le caractère très onéreux de certaines formations ne devrait pas être pris en compte. En effet, sauf exception, il semble que l'augmentation de la qualification du salarié doive également apporter, conséquemment, à l'employeur, un supplément de gains proportionnel à la dépense de formation[815].

---

[812] V. F. CANUT, obs. sous cass. soc., 23 octobre 2013, n° 11-16032, Dr. soc., 2014, p. 77.

[813] Y. AUBRÉE, *Contrat de travail* (*Clauses particulières*), 101, Rép. Dalloz Trav., 2015.

[814] Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41634, *Expovit*, obs. A. LYON-CAEN, D., 1992, p. 294, obs. J. MESTRE, *Une bonne foi décidément très exigeante*, RTD Civ., 1992, p. 760.

[815] Par exemple, un pilote de ligne qui est formé pour piloter des aéronefs de plus grandes tailles permettra à la compagnie aérienne de transporter plus de passagers, et donc de réaliser plus de bénéfices.

Là où doit se porter l'effort de la jurisprudence, ce n'est donc sans doute pas sur l'évaluation du coût de la formation, mais sur la juste qualification de cette formation. Ensuite, un éventuel calcul devrait pouvoir se faire, en fonction de ce qui est pris en charge par un OPCA ou d'autres subventions.

Passé le stade de la validité de la clause, se pose la question de son efficacité, notamment en fonction de la cause de la rupture du contrat de travail.

B. L'influence de l'imputabilité de la rupture sur l'obligation de remboursement

554. - Initiative de la rupture. Le cas de la démission ne pose, *a priori*, guère de problème. En effet, la démission est à l'initiative du salarié, et imputable à ce dernier également ; la clause de dédit-formation a, précisément, pour objectif de limiter la faculté de démissionner, comme le rappelle régulièrement la Chambre sociale de la Cour de cassation, même si telle clause ne doit avoir pour effet de priver le salarié de sa faculté de démissionner. Seule la démission légitime peut être problématique, mais elle ne peut l'être, vraisemblablement, qu'au regard du droit à l'allocation d'aide au retour à l'emploi, et non pas à l'égard de l'employeur.

555. - Imputabilité de la rupture. Mais plus que la démission, et donc l'initiative de la rupture, c'est l'imputabilité, qui doit retenir notre attention, comme l'a rappelé la Chambre sociale[816]. En effet, il serait trop restrictif de limiter les clauses de dédit-formation au seul cas de la démission, car outre ce dernier mécanisme, les autres cas de rupture, dans lesquels le salarié contribue d'une quelconque manière à la rupture, devraient bénéficier du même traitement. C'est le cas des licenciements disciplinaires.

556. - Généralités. Tout d'abord le licenciement sans cause réelle et sérieuse doit recevoir un régime simple qui exclut l'application de la clause de dédit-formation, ce licenciement étant

[816] Cass. soc., 4 juillet 1990, n° 87-43787, v. Y. AUBRÉE, *Contrat de travail* (*Clauses particulières*), 107, Rép. Dalloz Trav., 2015.

dépourvu de toute mise en cause du salarié. Il en va de même pour un licenciement pour motif économique[817] ou personnel non disciplinaire.

557. - Faute du salarié. Par contre, les avis sont divergents sur le choix de l'imputabilité en cas de licenciement pour faute[818]. Une partie de la doctrine trouve, en effet, dangereux d'imputer la rupture du contrat de travail au salarié, y compris en cas de faute de ce dernier.

La raison est le raisonnement qui entoure l'attribution de l'assurance chômage ; les allocations chômage sont en effet dues quelle que soit la gravité de la faute, ce qui inclut la faute lourde. L'acceptation de l'imputation de la rupture au salarié aurait pour conséquence directe de lui reprocher la rupture et de faire peser sur lui les conséquences ; le refus d'allouer les allocations chômage serait-il une conséquence possible, et logique ? Cette logique est donc refusée par une partie de la doctrine, qui y voit un risque trop important d'altération du statut protecteur du salarié. Selon elle, le licenciement pour faute est un licenciement dont l'initiative et l'imputation pèsent sur l'employeur ; seuls les faits sont imputables au salarié, et non pas la rupture[819].

558. - Recours au régime de la prise d'acte. Notre raisonnement repose sur la distinction opérée par la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui a différencié les deux notions à travers la jurisprudence sur la prise d'acte de la rupture du contrat de travail : « *Mais attendu que, lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission* »[820]. En l'espèce, cet arrêt du 25 juin 2003 - la Chambre sociale a rendu, ce jour-là, trois arrêts au même attendu de principe - a posé la prise d'acte comme un mode atypique de rupture du contrat de travail : à l'initiative du salarié, mais dont l'imputabilité repose sur l'employeur si la rupture est justifiée.

---

[817] Montpellier, 26 février 1991, Favresse c/ Fourtet, RJS 10/91, n° 1073.

[818] F. CANUT, obs. sous cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-15481, Dr. soc., 2012, p. 420.

[819] Ibid.

[820] Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42335, note J. PÉLISSIER, *La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié*, D., 2003, p. 2396.

Selon nous, cette analyse de la prise d'acte permet de considérer le licenciement pour faute de manière identique. Cela autorise à séparer initiative et imputabilité. Considérer que seuls les faits sont imputables au salarié, et non la rupture, nous semble quelque peu artificiel. La qualification de licenciement « pour faute » met bien en exergue la cause de la rupture, qui est le comportement du salarié. De ce point de vue, la rupture est bien imputable au salarié. Ne pas différencier, dans le cas du licenciement pour faute, l'initiative et l'imputation, revient à nier la cause du licenciement ; cela se justifie mieux encore en cas de faute grave ou lourde.

Un temps, il fût craint que la prise d'acte devienne un « autolicenciement »[821], la doctrine allant jusqu'à parler de « *spectre de l'autolicenciement* »[822]. Mais l'esprit de la Chambre sociale était de créer une réplique au licenciement pour faute, dont peut user l'employeur. Dans les deux cas, les magistrats se livrent à une analyse stricte des motifs invoqués pour justifier ou non la rupture du contrat de travail ; il en ressort que la prise d'acte et le licenciement pour faute sont proches. Chaque partie au contrat de travail est, ainsi, en mesure de reprocher la mauvaise exécution dudit contrat à son cocontractant. La prise d'acte n'est alors que le pendant nécessaire du licenciement pour faute, entraînant des effets similaires.

À partir de là, il est possible d'étendre la comparaison du licenciement pour faute avec la prise d'acte en admettant la distinction initiative/imputabilité.

Dans un arrêt relatif à la prise d'acte, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, du 11 janvier 2012, a énoncé qu'« *une clause de dédit-formation ne peut être mise en œuvre lorsque la rupture du contrat de travail est imputable à l'employeur* »[823]. Faut-il, alors, limiter cet attendu à la seule prise d'acte ? Si certains le pensent, l'attendu de principe est toutefois déconnecté de toute référence à la prise d'acte, la Chambre sociale visant uniquement l'imputabilité de la rupture à l'employeur ; cela nous laisse penser qu'une application plus large est envisageable. La question est donc de savoir quels autres mécanismes peuvent être concernés.

[821] G. COUTURIER et J.-E. RAY, *Autolicenciement : dérives et revirement*, Dr. soc. 2003, p. 817.

[822] Cela fut un temps le cas, lorsque la chambre sociale se livrait à une analyse trop légère des motifs invoqués par le salarié pour justifier la prise d'acte (cass. soc., 26 septembre 2002, n° 00-41823).

[823] Cass. Soc., 11 janvier 2012, n° 10-15481.

559. - Les différentes fautes. La faute simple ou grave résulte de la mauvaise exécution du contrat de travail. À l'inverse, la faute lourde sous-entend l'intention de nuire du salarié[824]. Si l'intention de causer un dommage à l'employeur est démontrée, peut-on réellement encore ne pas imputer la rupture au salarié ? La décision inverse nous apparait dépourvue de logique ; par ailleurs, elle n'est pas cohérente avec le régime de la prise d'acte. Ce régime repose sur l'acceptation, par la jurisprudence, des reproches faits par le salarié à son employeur, faits qui empêchent la poursuite de la relation de travail. Cette idée d'impossibilité de poursuite de la relation de travail se retrouvant dans l'idée de la faute grave - *a fortiori* lourde -, cela relie de manière certaine les deux régimes.

560. - Autonomie inversée du régime. C'est à partir des arrêts du 25 juin 2003, que la prise d'acte s'est vue dotée d'un régime propre. Tout du moins, la prise d'acte a-t-elle été sécurisée dans son application, puisque son régime emprunte à la fois au régime de la démission, et du licenciement.

Pour se fonder, donc, la Chambre sociale de la Cour de cassation a su emprunter au licenciement son régime, pour l'appliquer à la prise d'acte. Il n'apparaîtrait alors pas anormal, que cette même chambre tienne le raisonnement antagoniste : appliquer au licenciement le régime de la prise d'acte.

Un autre élément est à prendre en compte. La formation que le salarié est éventuellement obligé à rembourser présente un coût normalement élevé pour l'entreprise, et, *a fortiori*, proportionnellement plus élevé pour le salarié, compte tenu de ses moyens financiers. Or, dans le cadre d'une faute lourde ou grave, les sommes que « perd » le salarié licencié peuvent présenter également une somme conséquente. De fait, refuser l'application de clause de dédit-formation revient à permettre à un salarié de calculer ce qu'il doit à son employeur, s'il démissionne, ou au contraire ce qu'il perd s'il provoque son licenciement pour faute. Le professeur F. Canut envisage d'ailleurs cette hypothèse d'abus[825]. Les situations envisageables sont donc les suivantes :

[824] Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-42210.

[825] F. CANUT, *op. cit.*

- le salarié démissionne. Il doit rembourser un certain montant à son employeur en vertu de la clause de dédit-formation. Il perd également son droit à l'assurance chômage.

- le salarié commet une faute sérieuse ; le licenciement est envisageable, tout en respectant un préavis. Il perd certaines indemnités, mais n'aurait pas à rembourser le dédit à son employeur.

- le salarié est licencié pour faute grave ; celle-ci rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Mais la faute reprochée n'est pas intentionnelle, ce qui pourrait permettre de ne pas exécuter la clause de dédit-formation ;

- le salarié commet une faute lourde. Il a voulu causer un préjudice à son employeur. La rupture lui est imputable du fait de l'intention de nuire. Le salarié perd diverses indemnités et doit rembourser le dédit à son employeur.

Le salarié peut, ainsi, préférer causer son licenciement. Car le salarié perd certaines indemnités, mais « en échange », celui-ci a le droit de percevoir des allocations chômage et certaines indemnités. À l'inverse, si le salarié démissionne, il doit à la fois verser un dédit à l'employeur, et perd de la même manière son droit aux allocations chômage[826], sans avoir le droit à certaines indemnités propres au licenciement.

Pour éviter tout risque d'abus, et afin de garantir une certaine logique juridique aux raisonnements entrepris par la Chambre sociale depuis de nombreuses années, il convient de retenir, de manière certaine, la troisième solution : condamner le salarié ayant volontairement nui à son employeur à verser le dédit prévu par la clause, et lui faire perdre le bénéfice des différentes indemnités. Retenir également le cas de la faute grave, si cela peut paraitre sévère pour l'employeur, semble l'être encore plus pour le salarié, ce qui nous amène à écarter l'hypothèse[827]. *A fortiori*, le même raisonnement est possible en ce qui concerne la faute sérieuse.

[826] Mais il faut sans doute ne pas occulter le fait qu'un salarié, qui démissionne, le fait, car il a déjà retrouvé un emploi.

[827] Peut-être faut-il envisager de prendre en compte la faute grave, si celle-ci est constituée d'une multitude de faits accumulés, car le salarié pourrait être tenté de se faire licencier en accumulant de multiples fautes. Dans ce cas précis, le salarié peut se douter qu'un licenciement peut, à terme, être envisagé.

Ainsi, au contraire de ce qui est prétendu, l'analyse du licenciement pour faute comme étant un mécanisme, dont l'imputabilité peut peser sur le salarié, permet de limiter le risque d'abus dans l'utilisation des mécanismes de rupture du contrat de travail. Pendant longtemps la démission était l'unique possibilité de rompe le contrat pour le salarié ; la prise d'acte est venue rééquilibrer le modèle contractuel de la rupture. Désormais, un équilibre est en mesure d'être trouvé et il convient de le prendre en compte dans l'ensemble du droit de la rupture du contrat de travail. Il ne s'agit donc pas de détruire cet équilibre en déresponsabilisant le salarié. L'autolicenciement était craint il y a quelques années, il ne faut pas, à nouveau, laisser surgir ce spectre. C'est pourtant ce qui pourrait advenir, s'il on acceptait certains raisonnements.

Un dernier élément abonde dans ce sens. La faute grave, et *a fortiori* la faute lourde, ne permettent pas le maintien du salarié dans l'entreprise. Or, on ne peut pas en même temps imputer la rupture à l'employeur et considérer que le maintien du salarié dans l'entreprise est impossible. La chambre sociale reste, d'ailleurs, sévère à l'encontre de l'employeur qui tarderait à licencier un salarié commettant ce type de faute, révélant que l'employeur n'était pas « forcé » de le licencier[828]. Admettre la logique de cette jurisprudence, c'est également admettre que l'employeur a, certes, l'initiative de la rupture, mais l'initiative est forcée par le comportement du salarié.

561. - Outre les incertitudes entourant le contenu et l'efficacité des clauses de dédit-formation, il faut retenir que ces clauses ne semblent viser que les salariés qualifiés, voire hautement qualifiés. Cela exclut les autres salariés, qui bénéficient généralement d'une adaptation à leur poste de travail ou de formation destinée à entretenir leur capacité d'emploi. Mais rares sont ceux qui, étant peu qualifiés originairement, bénéficieront d'une formation à haute qualification, ce qui les exclue de ce mécanisme de stabilité de l'emploi. S'ils sont plus « libres » de leur mobilité externe, leur mobilité professionnelle stagne. La sécurisation du régime des clauses de dédit-formation pourrait être un facteur ouvrant plus largement au salarié

[828] Cass. soc., 24 novembre 2010, n° 09-40928, note F. DUMONT, *Délai restreint et procédure de licenciement pour faute grave*, JCO S, 2011, n° 7-8, 1081.

V. J. MOULY et J. SAVATIER, *Droit disciplinaire*, 207, Rép. Dalloz. Trav., 2015.

des formations plus diplômantes, à tout le moins plus valorisantes, permettant ainsi de sécuriser les parcours professionnels.

II. Des mécanismes au profit des salariés les plus qualifiés

562. - Mécanismes contractuels. Ce constat est souvent rapporté : la mobilité ne profiterait généralement qu'aux salariés les plus qualifiés. Tout du moins, la mobilité choisie[829]. Plus précisément, c'est donc la maitrise de leur mobilité, que possèdent les salariés les plus qualifiés. Les clauses de dédit-formation, ou encore les clauses de garantie d'emploi permettent cette maitrise.

563. - Outil contractuel. D'une certaine manière, le contrat de travail à durée déterminée peut être également un facteur de stabilité, pour la durée prévue au contrat[830]. Il apparait que c'est la durée - légale - de ce contrat, qui en fait un contrat précaire. Autoriser des contrats à durée déterminée de plus de dix-huit mois pourrait ainsi stabiliser une partie de l'emploi, le régime strict attaché à sa rupture empêchant, vraisemblablement, d'abuser de tels contrats longue durée.

C'est ainsi que la loi du 25 juin 2008 a instauré provisoirement des contrats à durée déterminée dits « à objet défini », d'une durée maximum de trois ans, que la loi du 20 décembre 2014 a pérennisé[831]. Mais cette consécration n'existe que pour les ingénieurs et les cadres[832]. C'est donc un indice illustrant que les contrats *a priori* précaires sont susceptibles de moins l'être au profit des salariés les plus qualifiés, que des autres catégories professionnelles. Relevons toutefois la possibilité de rupture anticipée au bout de dix-huit mois, puis à chaque

[829] V. M. LEMOINE et É. WASMER, *Les mobilités des salariés - Rompre avec la logique d'une flexibilité inégalitaire ; permettre à chacun de construire ses parcours professionnels en toute sécurité et en toute liberté*, Rapport remis à Monsieur L. WAUQUIEZ, secrétaire d'État chargé de l'Emploi, 2010.

[830] J. SAVATIER, *Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi*, Dr. soc., 1991, p. 413.

[831] Afin d'avoir recours à ce type de contrat à objet défini, il faut qu'un accord de branche étendu ou un accord d'entreprise prévoit cette possibilité (C. trav., art., L. 1242-2, 6°).

[832] C. trav., art. L. 1242-2, 6°.

date anniversaire du contrat de travail, pour un motif réel et sérieux ; ces possibilités de rupture enlèvent, hélas, un intérêt certain au régime classique du contrat de travail à durée déterminée[833]. Malgré dix-huit mois de travail assurés pour le salarié, les possibilités de rompre ce contrat l'inscrivent donc plutôt dans la notion de parcours professionnel[834], à la sécurisation toute relative. Cela montre bien l'enjeu principal, qui est de sécuriser les transitions, et non l'emploi.

À l'inverse, les salariés les moins qualifiés bénéficient, au mieux, d'accords donnant-donnant, ou des nouveaux accords de maintien de l'emploi. Mais ces accords conclus en période de restructuration ne laissent que peu d'espoir quant à une réelle garantie d'emploi. De plus, ces ombres de garanties d'emploi ne sont pas outils de négociation, mais objets de ladite négociation ; les salariés n'obtiennent donc cette faveur qu'en renonçant à certains avantages, notamment leur niveau de rémunération, ce qui n'autorise que peu la comparaison avec les clauses de garanties d'emploi évoquées.

Si les salariés les plus qualifiés sont également concernés par ces accords donnant-donnant, les salariés les moins qualifiés et moins rémunérés le sont donc aussi ; mais étant déjà fragilisés dans l'emploi, l'accord ne leur apporte que peu d'intérêt, si ce n'est l'espoir de conserver leur emploi[835].

564. - D'un constat d'incertitude, il ressort que le contrôle du juge en matière de mobilité externe demeure inévitable. Le fait que ce soit généralement les plus qualifiés qui maitrisent leur mobilité rend ce contrôle encore plus indispensable pour les salariés les plus fragiles dans l'emploi.

---

[833] C. trav., art. L. 1242-12-1, 7°.

[834] G. COUTURIER, *Le contrat de projet*, Dr. soc., 2008, p. 300.

[835] Cass. soc., 30 mai 2000, n° 97-43191. En cas d'accord de maintien de l'emploi, les salariés bénéficiant d'une clause de garantie d'emploi mais refusant l'application de l'accord, semblent conserver le bénéfice de la clause. En effet, la jurisprudence a admis que la clause de garantie d'emploi produisait ses effets, même en cas de licenciement économique.

Section 2. L'INDISPENSABLE CONTRÔLE DE LA MOBILITÉ EXTERNE

565. - Outil d'encadrement des parcours professionnel, le contrôle de la mobilité externe est un facteur important de sécurisation de ces parcours. Outre les licenciements pour motif personnel, le contrôle est d'autant plus important pour les salariés les moins qualifiés, qui sont, sans doute, les plus exposés à des licenciements économiques, mais surtout les plus exposés à rester en marge de l'emploi, en raison de leur manque de qualification.

De manière classique, le juge judiciaire est le juge du droit du travail, mais le législateur, en 2013, a apporté des modifications au contrôle des grands licenciements économiques, désormais soumis à un contrôle préalable de l'Administration (§ 1). Pour le reste, le juge judiciaire continue d'être juge des parcours professionnels (§ 2).

§ 1. L'encadrement *a priori* des grands licenciements économiques

566. - Absence de comité d'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise, c'est-à-dire dans les entreprises de petite dimension, le droit du travail allège la procédure de licenciement économique ; le contrôle préalable de l'Administration est notamment absent des petits licenciements collectifs ; l'Administration reste, toutefois, informée *a posteriori* d'éventuels licenciements économiques.

567. - Petits licenciements collectifs. Lors de la procédure de licenciement économique collectif de moins de dix salariés, le rôle de l'autorité administrative est extrêmement limité. En effet, l'article L. 1233-19 du Code du travail ne prévoit qu'une notification *a posteriori* des licenciements prononcés à l'autorité administrative.

568. - Grands licenciements collectifs. Le rôle de l'Administration grandit en cas de licenciement de dix salariés et plus, dans une même période de trente jours. L'employeur doit communiquer à l'autorité administrative les mêmes informations que celles remises aux représentants du personnel ; c'est donc une information *a priori* qui est faite au profit de

l'autorité administrative. L'information porte notamment sur les mesures de reclassement envisagées[836]. Si cela ne constitue pas un plan de sauvegarde de l'emploi, le contenu de ce document en est toutefois assez proche ; il est notamment à rapprocher du plan de sauvegarde de l'emploi élaboré unilatéralement par l'employeur et remis à l'autorité administrative.

569. - Est également remis à l'autorité administrative le procès-verbal de la réunion d'information-consultation, qui est communiqué à l'issue de la réunion, que cela concerne un petit ou un grand licenciement collectif.

570. - Intérêt du rôle de l'Administration en l'absence de comité d'entreprise. Si l'intérêt d'informer l'Administration *a posteriori* semble restreint, une telle communication permet, lors d'un petit licenciement collectif, de contrôler le nombre de licenciements, et ainsi éviter un contournement du droit du licenciement économique propre aux entreprises ayant un comité d'entreprise.

En cas de grand licenciement collectif, le fait qu'il y ait une remise du document, à l'autorité administrative, de manière préalable, renforce l'impression d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Cela permet à l'autorité administrative de faire des remarques à l'employeur, notamment sur la bonne tenue de la procédure ou le contenu des aides au reclassement. L'employeur reste, cependant, libre de suivre les remarques de l'Administration, même s'il est tenu d'y répondre.

L'avis n'ayant aucune force contraignante, il n'existe pas de contentieux administratif dans les entreprises dépourvues de comité d'entreprise ; c'est donc le juge judiciaire qui aura à se prononcer sur l'ensemble du contentieux des petits licenciements économiques ou dans les entreprises de moins de cinquante salariés.

571. - En présence d'un comité d'entreprise. Le rôle de l'autorité administrative croît encore dans les entreprises de cinquante salariés et plus, sans pour autant revenir à un régime d'autorisation préalable, qui avait cours jusqu'en 1986.

[836] C. trav., art. L. 1233-32.

S'il ressemble, à certains égards, au contrôle effectué dans le cas d'un grand licenciement collectif dans une entreprise de moins de cinquante salariés, le droit du travail réajuste le contrôle de l'administration à hauteur de l'obligation qui incombe à une entreprise de plus de cinquante salariés. En effet, le droit du travail considère, à juste titre, que, plus l'entreprise est de dimension importante, plus sa responsabilité est grande en matière de sauvegarde de l'emploi. D'où, une obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, et de le contrôler strictement.

572. - Plan. Depuis la loi du 14 juin 2013, l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi peut répondre à deux logiques différentes. Tout d'abord, l'édification unilatérale du plan de sauvegarde de l'emploi, ou plutôt suivre l'air du temps en suivant une procédure négociée avec les syndicats (I). Du choix effectué par l'employeur découle la nature du contrôle de l'autorité administrative (II).

I. L'élaboration alternative du plan de sauvegarde de l'emploi

573. - Élaboration unilatérale du plan de sauvegarde de l'emploi. La loi du 14 juin 2013 doit davantage permettre l'élaboration des plans de sauvegarde de l'emploi de manière « intelligente ». Pour cela, est laissée une place importante à la DIRECCTE, qui peut devenir « partenaire des partenaires sociaux ». L'employeur qui envisage de licencier, sachant qu'il devra passer par l'Administration, pourrait, bien en amont, contacter l'Administration afin d'établir, pas à pas, un plan de sauvegarde qui sera homologué ou validé[837]. Cela pourra se passer ainsi dans le meilleur des cas, si l'employeur profite des nouveautés que la loi du 14 juin 2013 a apportées.

La difficulté est toutefois d'anticiper les difficultés ou les mutations technologiques de manière à construire un plan de sauvegarde de l'emploi cohérent, qui sauvegarde réellement l'emploi. Le délai, court, de deux mois dans lequel les institutions représentatives du personnel

[837] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Éditions Liaisons, 2013/2014, 22° édition, p. 348.

peuvent déposer un recours devant le tribunal administratif peut permettre de sécuriser la procédure de sauvegarde de l'emploi. Mais l'idéal reste qu'employeur et syndicats négocient le contenu du plan de sauvegarde.

574. - Négociation du plan de sauvegarde de l'emploi. La négociation d'un plan de sauvegarde n'est pas forcément une nouveauté de la loi du 14 juin 2013[838], il n'y a donc pas véritablement de rupture. Mais l'esprit de la loi de sécurisation de l'emploi est de renvoyer à la négociation un certain nombre de thèmes - maintien de l'emploi, mobilité interne, et donc les plans de sauvegarde de l'emploi – dans un souci de légitimer les décisions prises. Le contrôle de l'autorité administrative pourrait pourtant être de nature à minimiser la légitimité, du moins la force, des syndicats.

Si une certaine utopie prétend que la négociation se fait d'égal à égal[839], l'employeur reste titulaire du pouvoir de gestion de l'entreprise, ce qui, *a priori*, laisse les syndicats dans une situation d'infériorité. La loi ramène finalement certains « idéologues » de l'égalité à la réalité, en prévoyant des garde-fous, notamment un contrôle de l'administration. Ce n'est pas tant enlever leur légitimité aux syndicats, que de soumettre le résultat de la négociation à un contrôle : l'esprit de la loi relative à la sécurisation de l'emploi n'est pas d'instaurer un climat de suspicion vis-à-vis des syndicats, bien au contraire, puisqu'elle étend le domaine de la négociation. Cela peut se confirmer par la différence de contrôle effectué par l'autorité administrative, selon que le plan de sauvegarde de l'emploi est négocié ou établi unilatéralement.

[838] Cass. soc., 9 octobre 2007, n° 06-41286. Les accords de méthode, créés par la loi du 3 janvier 2003, avait permis d'anticiper sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, chose qui n'est plus possible depuis la loi du 14 juin 2013.

[839] J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail*, Dr. soc., 2013, p. 17 : « *Le droit conventionnel peut apporter une contribution décisive à la mise en œuvre de l'arsenal protecteur du droit social. Tout d'abord, l'accord collectif peut plus aisément faire (seul) la loi des parties (sous-entendu que le contrat individuel de travail) dans la mesure où l'équilibre des pouvoirs y est très accessible en raison de l'indépendance des organisations syndicales et des moyens (tel le droit de grève) de la préserver* ».

II. La vérification impérative du plan de sauvegarde de l'emploi

575. - Quel que soit le processus d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi retenu, le Code du travail lui prévoit un contenu minimum (A), qui est donc soumis à un premier contrôle avant sa mise en œuvre. L'étendue de ce contrôle peut varier, selon, justement, l'origine négociée ou unilatérale du plan (B).

A. Le contenu invariant du plan de sauvegarde de l'emploi

576. - Plan de reclassement. L'obligation de reclassement est l'obligation principale de tout licenciement économique. Lorsque doit être établi un plan de sauvegarde de l'emploi, ce dernier doit préparer cette obligation de reclassement, à travers un plan du même nom. Ce plan n'est donc qu'une composante du plan de sauvegarde de l'emploi[840], malgré, parfois, des confusions. Celle-ci est cependant logique puisque la seule « vraie » solution pour sauvegarder l'emploi est justement de le sauvegarder, et donc de reclasser les salariés, en interne.

Dans le cadre du projet soumis à l'autorité administrative, l'employeur doit donc établir une première liste d'emplois disponibles. La recherche de reclassement se faisant cependant sur la durée de mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi, la première liste ne peut être exhaustive, et doit être complétée au fur et à mesure que des postes deviennent éventuellement disponibles.

577. - Autres mesures de sauvegarde de l'emploi. Les clauses du plan de sauvegarde de l'emploi ne peuvent être énumérées du fait du quasi silence du Code du travail. Le reclassement interne est l'obligation principale, mais il peut aussi prévoir la réduction des heures

[840] A. MARTINON, *Les clauses générales du PSE*, JCP S, n° 19, 7 mai 2013, 1206.

supplémentaires, la mise en chômage partiel ou encore la mise en place d'actions de formation[841].

Par ailleurs, des mesures d'aides au reclassement externe sont inévitables, notamment la proposition, aux salariés menacés de licenciement, du contrat de sécurisation professionnelle ou d'un congé de mobilité ou de reclassement. Mais d'une manière générale, l'employeur est libre de proposer ce qu'il entend, même si certaines clauses du plan de sauvegarde de l'emploi sont « *bienvenues* »[842].

578. - L'adéquation du plan de sauvegarde de l'emploi avec les moyens de l'entreprise ou du groupe. L'obligation pour l'employeur de conformer le plan de sauvegarde de l'emploi aux moyens de l'entreprise est générale, que le plan de sauvegarde soit négocié ou unilatéral.

Cette exigence de proportionnalité est normale compte tenu des conséquences sur l'emploi. À une entreprise bénéficiaire - en cas d'anticipation des difficultés économiques -, il sera demandé plus qu'à une entreprise en liquidation judiciaire. Paradoxalement, ce sont les entreprises, qui sont le moins en difficulté, mais qui licencient, qui peuvent se permettre de licencier « éthiquement ».

Par contre, le contrôle du respect de cette obligation ne semble se faire qu'en cas de plan de sauvegarde de l'emploi unilatéral, comme le prévoit l'article L. 1233-57-3 du Code du travail. Cela peut paraitre logique, si l'on présuppose la force des syndicats à imposer et contrôler cette proportionnalité. Dans les faits, l'on peut penser, et souhaiter, que l'autorité administrative conserve un contrôle certain du contenu, quelle que soit la forme d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi.

À l'inverse donc, il semble que le plan de sauvegarde négocié bénéficie d'une présomption de validité du fait de son caractère consensuel[843].

---

[841] *Ibid*.

[842] *Ibid*.

[843] C. trav., art. 1233-57-2.

B. L'étendue variable du contrôle

579. - La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a permis un important saut en avant, en (ré)introduisant un contrôle administratif préalable aux grand licenciements collectifs, dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Si certains comparent ce contrôle à l'ancienne autorisation administrative de licenciement, il n'en est rien. L'administration ne contrôle plus le motif du licenciement depuis 1986, qui reste du domaine judiciaire. C'est encore le cas aujourd'hui, où la juridiction prud'homale est compétente pour les litiges relatifs au contrat de travail.

La loi du 14 juin 2013 n'instaure donc pas un changement de juridiction quant au contrôle des licenciements économiques, mais elle met en place une procédure de validation ou d'homologation *a priori*, afin de limiter les conflits qui interviendraient *a posteriori*. Il revient donc à l'autorité administrative de contrôler préalablement le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les mesures de mobilité interne et externe.

580. - Validation ou homologation. Le législateur a choisi de différencier les contrôles, selon le mode d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi.

Au plan de sauvegarde de l'emploi négocié, la « simple » validation ; au plan unilatéral, l'homologation. L'Administration du travail se penchera logiquement davantage sur un plan de sauvegarde défini unilatéralement par l'employeur, que si les syndicats l'ont âprement négocié. Les délais prévus sont d'ailleurs le reflet de l'étendue du contrôle : la décision de validation – contrôle restreint – doit être rendue dans les quinze jours, alors que la décision d'homologation – contrôle étendu – doit être rendue dans les vingt-et-un jours. Un délai plus long est ainsi prévu pour un contrôle – on peut le penser - plus étendu.

581. - La décision de validation. L'article L. 1233-57-2 du Code du travail fixe l'étendue du contrôle exercé par l'autorité administrative. La lecture de l'article montre que ce contrôle est restreint, se cantonnant à la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise et du CHSCT, au respect des conditions de validité de l'accord majoritaire, et à la présence d'un plan de reclassement interne et externe. La loi du 31 juillet 2014 a apporté un élément

supplémentaire au contrôle avec la vérification de la mise en œuvre effective de diverses obligations en cas de fermeture d'établissement[844].

Concernant le plan de reclassement, il est seulement dit que l'autorité administrative doit vérifier la présence de ces mesures, laissant finalement le contrôle du plan aux acteurs de la négociation ayant donné lieu à un accord majoritaire, normalement gage d'une grande légitimité.

L'autorité administrative devra, par exemple, vérifier que le plan de sauvegarde de l'emploi aide véritablement au reclassement et ne se contente pas d'importantes indemnités de licenciement. Comme pour les départs volontaires, la pression des salariés pour partir avec d'importantes indemnités peut amener les syndicats à négocier un accord juridiquement juste, mais socialement injuste, car ne prévoyant rien de concret pour sauvegarder l'emploi. De manière plus pragmatique, et pour peu qu'employeur et Administration s'en donnent les moyens, un effort de communication *a priori* peut éviter cet écueil. La légitimité, pour peu qu'elle existe, de la mobilité externe s'en trouvera préservée. À défaut, la mobilité externe ne sera qu'un simple licenciement, « sec » comme il était dit auparavant.

582. - La décision d'homologation. Concernant un plan de sauvegarde de l'emploi défini unilatéralement par l'employeur, le contrôle du contenu du plan se doit d'être étendu. Pour autant, il existe une base commune avec le contrôle restreint, notamment le respect de la procédure d'information-consultations du comité d'entreprise et du CHSCT, les obligations particulières en cas de fermeture d'établissement, et le plan de reclassement. Seule est logiquement absente l'obligation de respect des conditions de validité de l'accord majoritaire, le plan étant ici unilatéral.

L'article L. 1233-57-3 du Code du travail développe le contrôle que doit opérer plus spécifiquement l'autorité administrative. Il est en fait assez semblable au contrôle d'un plan négocié, mais ce sont les « filtres » que pose le Code du travail, qui viennent étendre le contrôle de l'Administration. Le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi donc ainsi être apprécié à

[844] C. trav., art. L. 1233-57-9 à L. 1233-57-16, L. 1233-57-19 et L. 1233-57-20. Ex. : information du comité d'entreprise en cas de fermeture d'établissement ainsi que sa justification économique, possibilité de reprise de l'établissement par les salariés, notification à l'autorité administrative du projet de fermeture d'établissement, etc.

travers les prismes des moyens dont dispose l'entreprise, l'unité économique et sociale, ou le groupe, mais aussi de la juste adéquation entre l'étendue des mesures mises en œuvre et l'ampleur du projet de licenciement, et enfin de l'effort de formation et d'adaptation développé par l'entreprise.

L'Administration fait, ici, ce que les syndicats doivent faire en cas de négociation, imposer à l'employeur qu'il se donne les moyens de sauvegarder l'emploi. En outre, l'Administration doit vérifier que le plan de sauvegarde prévoit bien les mesures contractuelles d'accompagnement, telles que le contrat de sécurisation professionnelle ou le congé de reclassement.

583. - À propos de la différence de contrôle. Si le Code du travail développe de manière plus exhaustive le contrôle d'un plan de sauvegarde de l'emploi unilatéral, la doctrine s'est posée la question de savoir si le contrôle est pour autant réellement différent. En effet, une partie de la doctrine ne semble voir ici que des mots en prévoyant un contrôle différent selon le processus d'élaboration du plan[845]. Selon certains, le délai plus court prévu pour le contrôle restreint laisse penser que l'homologation sera tacite, ce qui sera le cas si aucune réponse n'a été formulée dans le délai de quinze jours. À l'inverse, d'autres auteurs soutiennent que le plan, négocié ou unilatéral, aura été élaboré en concertation, même officieuse, avec l'autorité administrative et parfois même certains syndicats[846]. Cela laisse donc penser que le délai sera, dans la plupart des cas, largement suffisant pour valider un document souvent déjà vu et revu.

La présence de l'autorité administrative dès le début de la procédure, et tout au long de celle-ci, est souhaitable, et implicitement envisagée. Le Code du travail prévoit ainsi la notification du projet de licenciement au plus tôt le lendemain de la date prévue pour la réunion des représentants du personnel[847]. La notification doit par ailleurs contenir notamment la convocation, l'ordre du jour et la tenue de ladite réunion. L'article L. 1233-48 du Code du travail prévoit encore que toute information transmise aux représentants du personnel lors des convocations aux réunions est « simultanément » transmise à l'autorité administrative. Le Code

[845] G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 28° éd. 2014, pp. 546 à 548.

[846] J.-E. RAY, *op. cit.*

[847] C. trav., art. L. 1233-46.

du travail organise donc de fait une concertation (indirecte) entre l'employeur, les salariés et l'autorité administrative, qui doit permettre aux salariés de ne pas/plus être exclus du monde du travail sans aucune chance d'y revenir.

Ce quasi partenariat avec l'autorité compétente peut, par ailleurs, être accentué par la mise en place de la base de données économiques et sociales, notamment si elle est informatisée. Le résultat devrait alors être un faible taux de contentieux, de manière à accroitre la sécurisation des parcours professionnels, par un contrôle en amont de la rupture du contrat de travail[848].

Dans tous les cas, l'employeur ne peut licencier avant l'issue de la procédure, car la sanction encourue est la nullité des licenciements. Sanction que, justement, la loi de sécurisation de l'emploi a voulu éviter en instaurant le contrôle préalable par l'autorité administrative[849].

584. - La mise en œuvre des mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi, ainsi préalablement contrôlées par l'autorité administrative, doit permettre au juge judiciaire de se consacrer au contrôle de la mise en œuvre de ces mesures, mais aussi à la cause justificative des ruptures, notamment si les mesures se sont avérées insuffisamment efficaces.

[848] JCP S, n° 6, 11 février 2014, act. 73. Selon des données récentes, il semble que le nombre de contestations d'un plan de sauvegarde de l'emploi soit minime – moins de 5% pour le deuxième semestre 2014 -, ce qui laisse présager une certaine efficacité de la réforme. Ce faible taux de contestation des décisions validant les plans de sauvegarde est indispensable à la sécurisation de l'emploi ; dans le cas contraire, la situation serait identique à la précédente, à savoir attendre des années avant de savoir si les licenciements qui ont été prononcés sont validés ou annulés.

Afin d'éviter une trop longue incertitude, l'article L. 1235-7-1 du Code du travail prévoit des délais : le tribunal administratif a trois mois pour statuer sur la contestation du plan de sauvegarde de l'emploi. Si à l'issue du délai aucune décision n'a été rendue, la Cour d'appel est saisie, ayant elle-même trois mois pour statuer. Si cette dernière n'a pas statué à l'issue des trois mois, le Conseil d'État est saisi. Dans le « pire » des cas, la juridiction administrative suprême est saisie au bout de six mois. Cependant aucun délai n'est prévu pour que cette dernière statue. Pour éviter un tel processus, l'employeur doit donc anticiper les difficultés économiques et les restructurations subséquentes ; à l'inverse, une attente de six mois avant de pouvoir réellement agir afin d'endiguer les difficultés pourrait condamner l'entreprise.

[849] C. trav., art. L. 1235-11. En cas d'impossibilité de réintégrer les salariés, ou en cas de refus du salarié de réintégrer l'entreprise, le Code du travail prévoit des indemnités supérieures à celles prévue en cas de défaut de cause réelle et sérieuse : au moins douze mois de salaires.

§ 2. Le contrôle *a posteriori* de la mobilité externe

585. - Aux critiques du dépouillement des compétences du juge judiciaire, des auteurs répondent en justifiant les bienfaits de la réforme, selon deux points de vue. D'une part, un contrôle préalable doit permettre de sécuriser la procédure des grands licenciements collectifs, en prévenant en amont d'éventuels manquements au droit du travail ; d'autre part, qui mieux que l'Administration du travail peut suivre, surveiller et conseiller les acteurs de la vie de l'entreprise ? En plus de désengorger les tribunaux judiciaires, le travail est confié à une autorité « compétente » en la matière[850].

Mais ce transfert de compétence n'est pas total. Le juge judiciaire conserve son monopole en ce qui concerne les licenciements de moindre importance (I) ; l'objectif étant de confier au juge administratif uniquement certaines procédures aux conséquences lourdes dans le but de « sécuriser » le parcours professionnel (II).

I. Le contrôle partagé des licenciements économiques

586. - Si le contentieux propre à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi a été transféré à l'Administration, le juge judiciaire n'est pas absent du droit du licenciement économique. Il conserve une place importante dans les procédures où un plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas prévu (A), et son rôle est maintenu au stade de la vérification du motif économique (B) comme de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi (C).

[850] J.-E. RAY, *op. cit.*, pp. 343-344.

A. Le contrôle judiciaires de certains licenciements économiques

587. - Outre le contrôle des licenciements individuels pour motif économique, la présence du juge judiciaire est permanente dans les procédures de grand licenciement collectif, à l'exception des procédures de licenciement collectif de plus de dix salariés sur une même période de trente jours, dans les entreprises de plus de cinquante salariés.

Il revient donc au juge judiciaire les licenciements économiques individuels, et ceux de moins de dix salariés dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Il lui revient également tous les licenciements économiques survenus dans les entreprises de moins de cinquante salariés.

La crainte d'une partie de la doctrine est une différence de jurisprudence en raison de l'éparpillement du contentieux propre aux licenciements économiques[851] ; cette crainte est sans aucun doute fondée, et il appartiendra de veiller à l'évolution de la jurisprudence, et d'inviter, éventuellement, le législateur à agir.

Toutefois, le risque est limité. En effet, l'Administration n'a en charge que le contrôle des grands licenciements économiques dans les entreprises de cinquante salariés et plus, donc uniquement ceux concernés par un plan de sauvegarde de l'emploi, et potentiellement, par l'annulation ultérieure des licenciements prononcés[852]. Les licenciements injustifiés n'entrant pas dans le giron d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ne pouvant être sanctionnés que d'un défaut de cause réelle et sérieuse, il ne sert à rien de contrôler en amont la procédure.

La différence de régime se justifie donc par la différence de sanction. Il n'apparait donc pas nécessaire de prolonger l'évolution entamée avec la loi du 14 juin 2013, ni de revenir sur cette évolution. C'est alors au juge judiciaire de récupérer le contentieux du licenciement économique, notamment celui de sa justification.

[851] G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 28° éd. 2014, p. 554.

[852] C. trav., art. L. 1235-10.

B. Le contrôle nécessaire du motif économique

588. - Une mobilité subie. Le licenciement économique se distingue des autres types de licenciements par son caractère totalement détaché de la personne concernée par le licenciement. C'est en cela que le licenciement est subi : l'initiative est réservée à l'employeur sans que l'imputabilité puisse se porter sur le salarié.

Il faut retenir que le but premier du droit du travail est la sauvegarde de l'emploi ; ainsi le licenciement doit rester exceptionnel dans sa mise en œuvre. La raison est que « *le licenciement pour motif économique est un acte socialement grave* »[853]. Pourtant, si l'employeur veut assurer la survie de son activité économique, et donc d'un maximum d'emplois, ce dernier n'est pas totalement libre de ses choix. Réduire le coût de l'emploi est la solution la plus efficace en cas de baisse importante de la charge de travail. Si l'employeur est libre de ses choix de gestion, il n'est pas libre de faire ce qu'il veut ; ses choix doivent toujours répondre à une justification.

C'est pour cette raison que le droit du licenciement économique s'est développé au fil du temps jusqu'à devenir très contraignant. La complexité de la procédure, si elle n'empêche pas l'employeur de procéder aux licenciements, permet en revanche de vérifier l'absence d'abus, et ainsi d'allouer des dommages-intérêts aux salariés lésés. Normalement non assorti d'une réintégration, le contrôle du motif économique s'inscrit on ne peut plus dans la notion de parcours professionnel ; il n'ouvre droit qu'à réparation. Le salarié est donc forcé « d'aller de l'avant ».

589. - La cause justificative du licenciement pour motif économique. Outre le motif qui est laissé à l'appréciation de l'employeur, ce dernier doit être justifié par une cause réelle et sérieuse, autrement dit un motif économique suffisamment grave.

Cette cause justificative doit être des difficultés économiques ou des mutations technologiques, ou encore une nécessité de sauvegarder la compétitivité. Ce dernier motif a été introduit par la jurisprudence grâce à l'adverbe « notamment » figurant à l'article L. 1233-3 du

[853] P. LOKIEC, Droit *du travail*, Tome 1, Les relations individuelles de travail, Thémis droit, PUF, 2011, p. 254.

Code du travail[854]. Toujours est-il que l'employeur est confronté à une contrainte économique qu'il ne maitrise pas et à laquelle il doit faire face.

Pour éviter la contrainte économique, il est donc nécessaire de prévoir en amont les difficultés à venir pour l'entreprise. C'est dans cette optique que doit s'effectuer la négociation collective sur la GPEC. Si celle-ci se révèle inefficace, l'employeur peut licencier, en veillant toujours à ce que le motif économique soit caractérisé.

590. - Les difficultés économiques. Les licenciements économiques interviennent le plus souvent en cas de difficultés économiques. Mais le contrôle du juge judiciaire est strict ; la simple baisse du chiffre d'affaires n'est pas une cause sérieuse, même si elle illustre un ralentissement de l'économie de l'entreprise[855].

Concernant un groupe de sociétés, l'appréciation des difficultés économiques se fait au niveau du secteur d'activité du groupe[856]. Cette appréciation très large des difficultés économiques est critiquée par certains, notamment du fait qu'il est toujours très compliqué, pour un employeur, de connaitre la santé financière de tout un secteur du groupe.

591. - Périmètre des difficultés économiques. Cette critique de la mise en cause du groupe à tout niveau du licenciement économique est récurrente. Un premier assouplissement a été réalisé par la loi du 6 aout 2015, qui a fait du reclassement international une exception, puisque c'est désormais au salarié de demander à l'employeur les éventuelles offres de reclassement à l'étranger[857]. En écartant les entités du groupe à l'international pour le reclassement, c'est donc, peut-être, le début d'une évolution de la circonscription du licenciement économique à la seule entreprise en difficulté ; les conséquences ne seraient, sans doute, pas très différentes, puisque même si le licenciement est jugé infondé au regard de la santé économique du secteur du groupe, c'est *in fine* la société employeur qui devra indemniser les salariés licenciés, et non pas le groupe. À une société déjà en difficulté, s'ajoutent d'autres difficultés. L'appréciation très

[854] Cass. soc., 11 janvier 2006, *Pages Jaunes*, n° 05-40977.

[855] Cass. soc., 6 juillet 1999, n° 97-41036**.**

[856] Cass. soc., 5 avril 1995, *Vidéocolor*, n° 93-42.690.

[857] C. trav., art. L. 1233-4-1.

extensive des difficultés économiques ne permet donc pas d'atteindre les autres responsables, si responsables il y a, mais seulement d'indemniser les salariés.

592. - Les mutations technologiques. En l'absence de difficulté économique, l'employeur peut toutefois être autorisé à licencier pour motif économique. L'employeur gérant l'entreprise et le processus de création de valeurs, il peut, ainsi, être amené à introduire de nouvelles technologies peut-être moins coûteuses en termes d'emploi. La justification du licenciement sera toutefois soumise au respect de l'obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leur poste de travail.

593. - La sauvegarde de la compétitivité. Autre aspect du licenciement économique comme outil gestionnaire, l'employeur peut anticiper des difficultés à venir, afin de sauvegarder la compétitivité, et donc l'activité économique. L'arrêt *pages jaunes*, du 11 janvier 2006, illustre, ainsi, ce que doit être l'anticipation dans la gestion de l'emploi et des compétences.

En l'espèce, l'employeur avait entre autre proposé au comité d'entreprise le projet de modification de neuf-cent trente conseillers commerciaux. Si la cour d'appel avait invalidé les licenciements, la chambre sociale de la Cour de cassation a validé le raisonnement de l'employeur : « *la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, et que répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement* »[858].

Ce motif jurisprudentiel est sans doute celui qui caractérise le mieux le pouvoir de gestion de l'employeur. Mais ce type de mobilité n'est autorisé que pour devancer des difficultés et ainsi éviter des licenciements en plus grand nombre. De fait, l'employeur ne fait qu'anticiper des problèmes, qu'il aurait eu ultérieurement.

594. - Mais la volonté d'anticiper des difficultés économiques à venir n'exonère pas l'employeur de son obligation de rechercher un reclassement pour les salariés menacés de

[858] Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 05-40977, *Pages Jaunes*.

licenciement, ou d'assurer leur réinsertion professionnelle à l'extérieur de l'entreprise. Cette obligation est du ressort du juge judiciaire.

C. Le contrôle de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi

595. - Si le motif économique est bien présent, le juge judiciaire peut se consacrer à la vérification de la bonne exécution, par l'employeur, de son obligation de reclassement, et, plus largement, de son obligation de sauvegarde de l'emploi.

596. - Égalité de traitement. En présence d'un plan de sauvegarde de l'emploi, le rôle du juge judiciaire est limité. Le plan de sauvegarde de l'emploi ayant été contrôlé de manière *a priori*, seules les conséquences du plan peuvent être contrôlées par le juge prud'homal. De fait, un certain nombre de contentieux a disparu en raison du contrôle de l'autorité administrative ; c'est notamment le cas du contentieux de l'égalité de traitement dans un plan de sauvegarde de l'emploi[859]. Logiquement, une fois le plan de sauvegarde de l'emploi homologué ou validé, le juge judicaire ne doit pas pouvoir vérifier le respecter de l'égalité de traitement, *a fortiori* si le plan a été négocié entre l'employeur et les partenaires sociaux.

597. - Le contrôle du reclassement. Le juge judiciaire va intervenir plus certainement sur la mise en œuvre concrète des mesures de reclassement. L'obligation de l'employeur étant l'obligation essentielle en matière de sauvegarde de l'emploi, il est indispensable que l'obligation ne se limite pas à des apparences, mais que l'employeur respecte efficacement ses engagements. Mais le plan de reclassement ayant été contrôlé en amont, seule sa bonne exécution peut être vérifiée par le juge judiciaire.

Il revient à l'employeur de prouver que tous les efforts ont été faits pour reclasser le salarié. Il lui appartient de tout mettre en œuvre afin de trouver un poste aux salariés menacés de

[859] Cass. soc., 23 octobre 2013, n° 12-23457, note GRANGÉ et GUICHARD, *Plan de sauvegarde de l'emploi : quel présent et devenir pour l'égalité de traitement ?*, JCP S, n° 3, 2014, 1029.

licenciement ; mais cette obligation n'étant que de moyen « renforcé »[860], le juge ne doit pas attendre forcément un résultat positif. Le juge judiciaire doit apprécier les efforts fournis, par l'employeur, pour satisfaire à cette obligation. Le défaut de reclassement n'est donc pas, en tant que tel, fautif. Sera alors vérifiée, notamment, la manière dont l'employeur a proposé les postes disponibles à fin de reclassement - de manière écrite et précise, aux termes de l'article L. 1233-4 du Code du travail -, mais aussi leur caractère loyal, c'est-à-dire une offre de reclassement dans un poste similaire.

Un manquement de l'employeur peut par exemple être caractérisé si, peu après les licenciements, l'employeur embauche des salariés à des postes qui auraient pu être proposés aux salariés licenciés[861]. C'est aussi le cas lorsque l'employeur ne propose pas, au titre du reclassement, un poste qui aurait, déjà, été proposé dans le cadre d'une modification du contrat de travail[862].

Outre le reclassement à l'intérieur de l'entreprise ou du groupe, l'employeur doit prévoir des mesures destinées à limiter les effets des licenciements. Cela oblige logiquement l'employeur à mettre en œuvre ce qui a été prévu dans le plan de sauvegarde de l'emploi et qui a été validé ou homologué. Le salarié peut alors invoquer les mesures prévues mais non exécutées devant le juge judiciaire. Le contrôle de ce juge peut alors être très étendu, notamment si l'employeur a pris des engagements dans un accord collectif, et cela au détriment, parfois de la sécurité juridique.

598. - Le contrôle administratif préalable n'enlève donc pas tout intérêt au droit du licenciement économique. Bien au contraire, la séparation des deux contrôles respecte le nouveau paradigme du parcours professionnel.

Plutôt que de privilégier la réintégration des salariés, le droit positif du licenciement économique privilégie l'indemnisation. Ce choix illustre parfaitement l'idée d'un parcours

[860] B. LARDY-PÉLISSIER, *L'obligation de reclassement*, D., 1998, p. 399.

[861] Cass. soc., 26 octobre 1995, n° 92-41471.

[862] Cass. soc., 25 novembre 2009, n° 08-42755.

professionnel, qui n'est envisageable que si le salarié est mobile ; d'où le choix de sécuriser la mobilité externe, en espérant que la sécurisation du parcours équilibre le tout.

II. La sécurisation recherchée des licenciements

599. - Justification de la séparation des contrôles. Il y a des situations « illégales », qui demandent une réponse claire qui est l'annulation rétroactive de l'acte, tel un licenciement discriminatoire[863], ou des licenciements économiques réalisés en méconnaissance de l'obligation d'établir un plan de reclassement[864].

À l'inverse, la liberté d'entreprendre permet à l'employeur de procéder à des licenciements, à condition de respecter les règles de fond et de forme.

Là où la doctrine diverge, c'est à propos de la cause du licenciement. Elle doit être réelle et sérieuse ; selon certains, même si la cause n'est pas suffisamment « sérieuse », elle n'en serait pas moins « réelle ». Un tel raisonnement revient à confondre « motif » et « raison » économique. Hasardeux, cela n'en est pas moins tentant ; à partir du moment où la loi qualifie abstraitement d'économique des licenciements - dans les accords de maintien de l'emploi ou de mobilité interne, il n'y a qu'un pas pour arriver à l'assouplissement de l'appréciation d'un tel motif.

600. - Différenciation des sanctions. Contrairement à un « mauvais » plan de sauvegarde de l'emploi, qui justifie l'annulation de l'ensemble de la procédure et les actes subséquents, et donc également les licenciements même en présence d'une cause réelle et sérieuse, le défaut de motif, lui, n'est pas à même de lier l'ensemble du contentieux. Des mesures de sauvegarde de

[863] C. trav., art. L. 1132-4.

[864] C. trav., art. L. 1235-10.

l'emploi peuvent exister alors même que les licenciements sont injustifiés, et n'auraient donc pas dû être prononcés. L'arrêt du 3 mai 2012 *Viveo* a parfaitement expliqué ce raisonnement[865].

Idéalement, un plan de sauvegarde de l'emploi est, non pas celui qui limite le nombre de licenciement, mais celui qui les évite. L'on ne peut comprendre la sanction accompagnant le plan de sauvegarde de l'emploi sans prendre en considération cette affirmation. Il est donc normal de séparer la validité du plan, qui est parfait s'il évite tout licenciement, des licenciements qui seraient réellement effectués, mais injustement.

La justification du plan est donc indépendante de la justification du licenciement, car l'un peut exister sans l'autre. Le plan de sauvegarde de l'emploi est, de manière très juste dans l'esprit des juges, un outil de gestion de l'emploi et des compétences.

L'homologation/validation, en amont du plan de sauvegarde de l'emploi, garantit aux salariés, même licenciés injustement, de bénéficier des différentes aides prévues par le plan, ce qui, dans l'esprit du législateur, sécurise la mobilité externe du salarié.

601. - Conclusion du chapitre. Si le contrôle du juge judiciaire apparait, pour certains, tardif, il faut toutefois relever qu'il est encore présent, alors que certains proposent parfois d'effectuer, également concernant le motif du licenciement, un contrôle *a priori*. Il faut souligner, à ce propos, le glissement opéré par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, avec l'éviction d'office du juge judiciaire, pour contrôler le motif économique, en cas de refus d'application, par un salarié, d'un accord de mobilité interne ou de maintien de l'emploi.

Hors ces cas, le rôle du juge judiciaire reste certain. Au mieux, il sanctionne un employeur négligeant ; à tout le moins, il doit jouer un rôle préventif en incitant l'employeur à la vigilance et à l'anticipation des difficultés économiques.

De plus, le retour à un contrôle préalable du motif du licenciement, s'il semble à même de sécuriser l'employeur, n'est pas forcément ce que ce dernier recherche. Dans une optique de

[865] Cass. soc., 3 mai 2012, n° 11-20741, Viveo, note E. DOCKÈS, *Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Viveo*, Dr. soc., 2012, p. 606 ; note F. GÉA, *La problématique Viveo : au législateur de reprendre la main*, RDT, 2012, p. 608.

flexibilité, le contrôle *a posteriori* du motif économique permet à l'employeur de licencier, moyennant l'indemnisation des salariés, à hauteur de six mois de salaires minimum. Cela rejoint la volonté de certains de plafonner les indemnités de licenciements[866], permettant un traitement économique des situations juridiques.

Mais introduire un contrôle *a priori* du motif économique bloquerait l'employeur dans sa restructuration, ce qui n'est pas dans la logique des réformes actuelles du droit du travail français[867]. À l'inverse, un contrôle préalable de la procédure, en l'état du droit positif, permet d'éviter l'annulation ultérieure des licenciements, et donc des réintégrations, ce qui, pour certains, est la gageure d'une plus grande sécurisation des parcours professionnels.

[866] Plafonnement de l'indemnisation que prévoyait la loi du 6 aout 2015, avant de voir la disposition en question déclarée inconstitutionnelle par la décision du 5 aout 2015.

V. notamment A. BUGADA, *Plafonnement de l'indemnité de licenciement : focus sur l'inconstitutionnalité de l'article 266*, JCP E, n° 38, 17 Septembre 2015, 1441.

[867] J.-E. RAY, *op. cit.*, p. 330. En Allemagne, le comité d'établissement possède un droit de *veto* pour éviter les grands licenciements collectifs.

CONCLUSION DU TITRE II

602. - Malgré leur existence, les différents mécanismes formant un cadre à la mobilité externe des salariés ne sont pas parfaits. Les aménagements conventionnels du contrat de travail demeurent une voie intéressante, mais perfectible. Il revient donc au législateur de mieux définir certains aspects du cadre de cette mobilité. Quant au contrôle du juge, il apparait, certes, salvateur pour le salarié ; mais le louable contrôle préalable des grands licenciements collectifs cache une volonté de favoriser « le départ » des salariés, de l'entreprise, et « sur » leur parcours professionnel, ceci en limitant les risques, pour l'entreprise, d'une multitude de réintégrations en cas d'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi. L'aspect individuel du traitement de la mobilité externe apparait donc clairement, à travers la diminution des litiges collectifs du travail.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

603. - Après avoir observé des indices en faveur d'un impératif de mobilité au sein de l'entreprise, et après avoir décelé dans la situation des demandeurs d'emploi une exigence de mobilité de plus en plus accrue, était posée l'hypothèse d'un impératif de mobilité du salarié dépassant l'entreprise. L'étude de certaines réformes du droit du travail a permis de mettre en exergue la situation de plus en plus particulière des salariés, placés en position d'infériorité, non plus seulement face à l'employeur, mais aussi face à la collectivité des travailleurs ; ceci en raison des conséquences d'un éventuel refus, de leur part, de se soumettre à un statut collectif, alors que, jusqu'à présent, le statut du salarié s'insérait dans le contrat individuel de travail[868].

Cette facilitation de la mobilité opère un changement radical de paradigme. Les salariés les plus mobiles, sur le marché de l'emploi, sont, en réalité, ceux qui sont le moins mobiles de manière traditionnelle. Ce sont en effet les salariés les plus qualifiés qui sont généralement les plus mobiles géographiquement. Les mesures prises par le législateur pour contrôler et sécuriser le parcours professionnel de chaque salarié s'avèrent indispensables, même s'il apparait que ces mesures ne se contentent pas de sécuriser le parcours, elles l'encouragent, le force, en sécurisant l'entreprise.

[868] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, ESSAIS - DÉBATS, 2ème éd., 1994, p. 30 et s.

CONCLUSION GÉNÉRALE

604. - « *Dans le droit moderne, au contraire, le travailleur est incorporé dans l'entreprise, il tend à ne pouvoir en être détaché sans un juste motif* »[869]. Ce phénomène décrit par P. Durand et A. Rouast est-il encore d'actualité ? Datant, de 1948, cette affirmation s'est trouvée renforcée par la loi du 13juillet 1973 sur le licenciement. L'employeur doit désormais justifier le licenciement par l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Mais les exemples des accords de mobilité interne et de maintien de l'emploi, montrent que ce contrôle semble pouvoir être « évacué » par certains types d'accords collectifs[870].

Cette évolution du droit du licenciement s'inscrit dans une logique certaine de flexibilisation de la relation de travail.

605. - Mobilité sur le marché de l'entreprise. Dans une première approche, la mobilité s'inscrit normalement dans le contrat de travail, notamment à travers une clause de mobilité géographique[871]. Incorporée au contrat, la mobilité découle alors de l'exécution normale du contrat de travail. Il en est de même concernant le secteur géographique, qui présume un simple changement des conditions de travail, ne modifiant donc pas le contrat. L'intervention des droits

[869] A. ROUAST et P. DURAND, *Précis de législation industrielle (droit du travail)*, Dalloz, 3ème éd., 1948, *in 13 Paradoxes du droit du travail*, Sem. soc. Lamy (Suppl.), 10 octobre 2011, n° 1508, p. 197.

[870] *Supra n° 343 et s.*

[871] *Supra n° 136 et s.*

fondamentaux a, néanmoins, diminué l'efficacité des prévisions contractuelles, que cela concerne les clauses de mobilité ou de domiciliation[872].

La mobilité professionnelle est également inscrite au contrat de travail. L'obligation d'adaptation du salarié à son poste de travail en est l'archétype[873]. Le contrat de travail peut, par ailleurs, encadrer la mobilité professionnelle, avec les clauses de dédit-formation[874].

Contrat de travail et mobilité apparaissent donc liés. Mais si, pendant un temps, le contrat de travail était un socle intangible, qui avait confisqué son pouvoir à l'employeur[875], l'évolution du droit du travail a rétabli l'employeur dans son statut « dominant ». Plus encore, une connexion s'est opérée entre la mobilité sur le « marché interne » à l'entreprise, et celle sur le « marché du travail », naturellement externe.

606. - Mobilité sur le marché de l'emploi. Cette évolution de la mobilité est visible dans les formes atypiques d'emploi, telles que les groupements d'employeurs[876], le travail temporaire[877], ou encore le portage salarial[878], mécanismes dans lesquels le lien employeur/salarié reste flou. Elle est aussi visible dans le traitement réservé aux demandeurs d'emploi quant à leur mobilité géographique ou professionnelle[879].

Un basculement est perceptible, vers une systématisation de la mobilité. Ceci, à travers des mécanismes légaux et conventionnels : la mise en œuvre d'accord collectif conduisant au licenciement d'abord[880], le contrôle préalable des PSE ensuite. Mais c'est surtout le contrôle

[872] *Supra n° 152 et s.*

[873] *Supra n° 460 et s.*

[874] *Spra 542 et s.*

[875] B. BOUBLI, *Que reste-t-il de l'âge d'or de la chambre sociale ?*, JCP S, n° 41, 7 octobre 2014, 1381.

[876] *Supra n° 210 et s.*

[877] *Supra 201 et s.*

[878] *Supra n° 206 et s.*

[879] *Supra n° 266 et s., 273 et s.*

[880] *Supra n° 332.*

préalable qui doit retenir l'attention. Il permet, en effet, de sécuriser en amont la procédure, et donc d'éviter des réintégrations de salariés[881]. Cela « valide » donc les choix de l'employeur.

607. - Impératif de mobilité. Ce n'est pas une obligation légale, les mécanismes étudiés nécessitent le consentement du salarié, qui n'est pas « obligé » par la seule existence de l'accord collectif. Mais les conséquences d'un refus sont telles, que l'on est bien en présence d'un impératif. Notion non forcément juridique, mais caractérisant une « force », une contrainte imposée au le salarié.

Comme le propose un auteur, le licenciement est la faculté de résiliation unilatérale conférée à l'employeur et propre au contrat à durée indéterminée ; les indemnités de licenciement sont alors l'équilibre trouvé, par le législateur, entre l'obligation de stabilité et la liberté d'entreprendre[882]. Si l'auteur soutient que l'employeur met en jeu sa responsabilité contractuelle en cas de défaut de cause réelle et sérieuse, la justification législative préalable des licenciements par différentes lois va dans le sens de la sécurisation de l'employeur[883], puisqu'elle écarte une possible responsabilité contractuelle de ce dernier.

608. - Sécurisation de l'entreprise. En justifiant préalablement ces licenciements, le législateur tend donc à légitimer la notion de parcours professionnel. Car un parcours ne peut se concevoir qu'à condition qu'il se construise étape par étape. Or, la notion de stabilité apparait antinomique de celle de parcours professionnel, comme la notion de mobilité apparaissait incompatible avec la notion de droit[884].

La facilitation des licenciements, et plus globalement de la rupture du contrat de travail, apparait donc nécessaire à la réalisation d'un parcours qui serait sinon figé, qui ne serait finalement pas un parcours. Si l'on peut soutenir qu'un parcours s'inscrivant uniquement dans le cadre d'une mobilité professionnelle est encore possible, la réalité semble montrer que la mobilité externe et/ou géographique est un passage obligé pour le salarié[885]. De manière

---

[881] *Supra n° 602.*

[882] A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de Thèse, volume 48, 2005, p. 24.

[883] *Supra n° 440.*

[884] *Supra 1 et s.*

[885] *Supra n° 224.*

prémonitoire, le professeur J.-E. Ray avait, dès 1989, lors d'un colloque portant sur « *le nouveau droit de la mobilité* » annoncé un salarié « *mobile ou exclu* »[886]. La loi de sécurisation de l'emploi, du 14 juin 2013, semble avoir validé cette prédiction.

609. - Sécurisation du parcours professionnel. En raison de cette évolution, le contrôle du juge apparait comme une nécessité[887]. Notamment parce que les salariés les moins qualifiés sont ceux menacés de priorités, mais aussi les plus fragiles sur le marché de l'emploi. Pour ce faire, au-delà du contrôle du juge parfois battu en brèche, le professeur Gaudu proposait de « *compenser une instabilité* de facto *excessive par de nouvelles sécurités d'un "*droit des transitions*"* »[888]. Ces nouveaux droits sont censés atténuer les effets néfastes d'un licenciement, jusqu'à en faire une étape normale du parcours professionnel. En droit positif, une expression des propositions du professeur Gaudu peut être identifiée d'abord dans le compte personnel de formation (CPF) utilisable à tout moment - dans et hors de l'entreprise -, ensuite dans l'aide au retour à l'emploi « rechargeable », enfin dans le maintien, durant un an, de la mutuelle santé souscrite par le précédant employeur.

*
* *

610. - Nous nous posions la question, en ouverture de cette conclusion, de l'actualité des propos de P. Durand et A. Rouast sur le droit du travail ; il en est d'autres, tirés du même ouvrage, qui le sont assurément : « *L'Économie libérale acceptait une grande mobilité dans l'emploi de main-d'œuvre. Parce qu'elle considérait le travail comme une marchandise, il pouvait lui paraître souhaitable que la main-d'œuvre se déplaçât selon les besoins du marché* »[889]. Les modes atypiques d'emploi[890] confirment sans doute ces propos ; le droit applicable au contrat de travail à durée indéterminée suit sans doute également cette voie, tout comme les récentes mesures assurant les transitions professionnelles. Mais un impératif non

[886] J.-E. RAY, *La mobilité du salarié, aspects individuels*, Dr. soc., juin 1989, p. 432.

[887] *Supra n° 565 et s.*

[888] F. GAUDU, *De la flexibilité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité*, Formation Emploi, janvier-mars 2008, n° 101, p. 71.

[889] A. ROUAST et P. DURAND, *op. cit.*

[890] *Supra n° 215 et s., 244 et s.*

juridique, peut-être une « quasi-obligation » de mobilité, ne devrait pas pouvoir renverser une obligation de stabilité, « *essence du droit* »[891].

[891] G. LYON-CAEN, *La mobilité, vue de haut*, Dr. soc., juin 1989, p. 430.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

G. AUZERO et E. DOCKÈS,
Droit du travail, Dalloz, Précis, 28° éd. 2014.

C. BASSOMPIERRE et G. GUÉRY,
Droit européen et international du travail, LGDJ-Montchrestien, Gualino, 2002.

F. DUQUESNE,
Droit du travail, Lextenso-Gualino, Master Pro, 1ère éd., 2010.

J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX,
Droit civil, les obligations - 3. Le rapport d'obligation, Dalloz, Sirey, 7ème éd.

F. GAUDU (mise à jour par R. VATINET),
Droit du travail, Dalloz, Cours, 5ème éd., 2013.

S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS, M. DEL SOL,
Droit social européen et international, PUF, Thémis droit, 2010.

C. LARROUMET et A. AYNÈS,
TRAITÉ DE DROIT CIVIL, *tome 1 - Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. CORPUS DROIT PRIVÉ, 6ème éd., 2013.

P. LOKIEC,
Droit du travail, Tome 1, Les relations individuelles de travail, PUF, Thémis, 2011.

A. MAZEAUD,
Droit du travail, LGDJ, Lextenso éditions, Domat, 9ème éd., 2014.

J. MOULY,
Droit du travail, Bréal, Lexifac – Droit, 7ème éd., 2014.

N. OLSZAK,
Histoire du droit du travail, Economica, coll. CORPUS HISTOIRE DU DROIT, 2011.

F. PETIT et D. BAUGARD,
Droit de l'Emploi, Lextenso-Gualino, Master Pro, 2010.

D. ROUSSEAU, L. FRICOTTÉ, M. d'ORNANO, et F. SATGÉ,
Mémo social, Groupe Liaisons, 2013.

J.-E. RAY,
Droit du travail, droit vivant, collection Droit vivant, Éditions Liaisons, 22° éd., 2014.
La mobilité du salarié, collection Droit vivant, Éditions Liaisons, 2014.

B. TEYSSIÉ,
Droit européen du travail, Manuel, Litec, 4° éd. 2010.
Droit du travail - Relations collectives, LexisNexis, 8ème éd., 2012.

B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON,
Droit du travail - Relations individuelles, LexisNexis, 3ème éd., 2014.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

C. AUDREN, N. MATHEY et A. VERGNE (dir.),
Raymond Saleilles et au-delà, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013.

G. CORNU,
Vocabulaire Juridique, PUF, Quadrige - Dicos Poche, 2011.

F. GAUDU, (Mélanges en l'honneur de)
Droit du travail - Emploi - Entreprise, IRJS Éditions, 2014.

L. GRATTON,
Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 104, 2011.

P. IRIBARNE (d'),
Le chômage paradoxal, PUF, Économie en liberté, 1990.

E. LAMBERT,
Les effets des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme - Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, coll. Organisation internationale et Relations internationales, 1999.

C. LAURENT-BOUTOT,

La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, [En ligne], 2006.

T. LECOMTE,
Le commerce sera équitable, éd. Eyrolles, 2° édition, 2007.

G. LYON-CAEN,
Le droit du travail. Une technique réversible, Dalloz, 1995.

A. MARTINON,
Essai sur la stabilité du contrat de travail, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de Thèse, volume 48, 2005.

M. MAUDET-BENDAHAN,
La mobilité géographique des travailleurs salariés au sein de l'Union Européenne, LGDJ, Bibliothèque de droit social, tome 57, 2012.

Y. PALAZZESCHI
Introduction à une sociologie de la formation, Anthologie de textes français1944 – 1994, Les pratiques constituantes les modèles : Volume 1, L'Harmattan.

A. SUPIOT,
Critique du droit du travail, PUF, Quadrige, ESSAIS - DÉBATS, 2ème éd., 1994.
Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Points, Essais, 2009.
L'esprit de Philadelphie - la justice sociale face au marché total, Seuil, 2010.

B. TEYSSIÉ (dir.),
La cause en droit du travail, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2013.

G. VINCENT (dir.),
L'avenir de l'Europe sociale - Solidarités, droits et protections sociales, L'Harmattan, Questions contemporaines, 2007.

III. ÉTUDES, RAPPORTS

J. ATTALI (sous la présidence de),
Rapport de la commission pour la libération de la croissance française, 2008.

Y. AUBRÉE,
Contrat de travail (*Clauses particulières*), 99 et s., Rép. Dalloz Trav., 2015.

E. BALDONI, F. FRANCAVILLA, L. MENCARINI et E. RECCHI,
La mobilité géographique et la mobilité des travailleurs dans l'Union européenne, projet « *Données empiriques sur la mobilité géographique et la mobilité des travailleurs dans l'Union*

européenne », soumission N. VT/2005/0107, DG emploi, affaires sociales et égalité des chances, juin 2006.

M.-J. GOMEZ-MUSTEL,
Formation professionnelle continue (*Plan de formation*), 89, Rép. Dalloz Trav., 2015.
Formation professionnelle continue, 99, Rép. Dalloz Trav., 2015.

H. JAYET,
Mobilité professionnelle et mobilité géographique en France entre 1976 et 1980, *Espace, populations, sociétés*, 1988-3. *La population face à l'emploi - Population and work opportunities*.

M. LEMOINE et É. WASMER,
Les mobilités des salariés - Rompre avec la logique d'une flexibilité inégalitaire ; permettre à chacun de construire ses parcours professionnels en toute sécurité et en toute liberté, Rapport remis à Monsieur L. WAUQUIEZ, secrétaire d'État chargé de l'Emploi, 2010.

S. MAILLARD-PINON,
Contrat de travail : modification, 11-12, Rép. Dalloz Trav., 2015.
Contrat de travail : modification (*mobilité dans le secteur géographique*), 118, Rép. Dalloz Trav., 2015.

A. MAZEAUD,
Transferts d'entreprise (Aspects individuels), 153, Rép. Dalloz Trav., 2014.

J. MOULY et J. SAVATIER,
Droit disciplinaire, 207, Rép. Dalloz. Trav., 2015.

J.-F. PAULIN,
Licenciement pour motif économique (*Procédure*), 103, Rép. Dalloz Trav., 2015.

N. PERRUCHOT
Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur le financement des syndicats de salariés et d'employeurs, 2011.

F. PETIT,
Comité d'entreprise (*plan de formation*), 113, Rép. Dalloz Trav., 2015.

A. SUPIOT (dir.),
Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Rapport pour la Commission européenne, 1998.

IV. ARTICLES

J.-F. AKANDJI-KOMBÉ,

Un nouvel horizon pour le droit à l'emploi : le droit à la vie privée, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 301.

T. AMOSSÉ,
Interne u externe, deux visages de la mobilité professionnelle, INSEE, n° 921, septembre 2003.

P.-H. ANTONMATTEI,
Les éléments du contrat de travail, Dr. soc., 1999, p. 330.
GPEC et licenciement pour motif : économique le temps des confusions judiciaires, Dr. soc., 2007, p. 289.
Le licenciement pour trouble objectif, Dr. soc., 2012, p. 10.
Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère !, Dr. soc., 2012, p. 672.
Les nouvelles frontières de la négociation collective (à propos des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail après l'ANI du 11 janvier 2013), Dr. soc., 2013, p. 241.
GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négocier, Dr. Soc., 2013, p. 791.
L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer !, Dr. soc., 2013, p. 794.

G. AUZERO,
Le but lucratif dans les opérations de prêt de main-d'œuvre, Dr. soc., février 2012, p. 115.

J.-C. BARBIER,
« Un seul lit pour deux rêves » - *Six ans après, que reste-t-il de la « flexicurité » ?*, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 37.

G. BARGAIN et M. FERRACI,
Le CDI intérimaire : outil de sécurisation ou de flexibilité ?, RDT, septembre 2013

J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE,
Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail, Dr. soc., 2013, p. 17.

S. BÉAL,
La mobilité interne : un outil de GPEC, JCP S, n° 44, 29 octobre 2013, 1428.

J.-S. BERGÉ ET R. LOLJEEH,
Dits et non-dits d'une recherche systématique de jurisprudence sur les bases de données, *RTD* eur., 2012/2.

J. BICHOT,
L'effet Matthieu revisité, Dr. soc., 2002, p. 575.

G. BORENFREUND,
La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires, Dr. soc., 1990, p. 626.
Le nouveau régime de la représentativité syndicale, RDT, 2008, p. 712.
Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne – De l'ANI u 11 janvier de 2013 à la loi, RDT, 2013, p. 316.

G. BORENFREUND et M.-A SOURIAC,
Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective, Dr. soc., 2003, p. 72.

B. BOUBLI,
Sécurisation des parcours professionnels et mobilité des salariés, LPA, 8 février 2007, n° 29, p. 25.
Que reste-t-il de l'âge d'or de la chambre sociale ?, JCP S, n° 41, 7 octobre 201 4, 1381.

D. BOULMIER,
Le remplacement définitif du salarié malade : une exigence incertaine dans la durée, Dr. soc., n° 11, novembre 2011.

A. BUGADA,
Plafonnement de l'indemnité de licenciement : focus sur l'inconstitutionnalité de l'article 266, JCP E, n° 38, 17 Septembre 2015, 1441.
Adoption définitive de la loi Macron : mesures sociales, JCP S, n° 31-35, 4 août 2015, act. 297.

P. CAHUC et F. KRAMARZ,
Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une Sécurité sociale professionnelle, *in Le droit du travail confronté à l'économie* (dir. A. JAMMEAUD), Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005.

F. CANUT,
Le secteur géographique, Dr. soc., 2011, p. 923.
Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation ?, Dr. Ouvr., janvier 2012, n° 762.
Le contexte européen de la flexicurité, Dr. soc., 2014, p. 668.
Durée du travail et convention de forfait, *in La négociation de la force de travail* (dir. F. PETIT), Éd. Univ. D'Avignon, 2015, p. 71.
La mesure des flexibilités du droit du travail - Partie II les techniques et les vecteurs de flexibilité, Sem. soc. Lamy (Suppl.), 2015, n° 1680.
Les accords de maintien de l'emploi : l'heure d'un premier bilan, Cah. soc., 01 janvier 2015 n° 270, p. 47.
Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels, Cah. soc. 1er mars 2015, n° 272, p. 168.

A. CASADO,
L'obligation de reclassement après la loi du 18 mai 2010, JCP S, n°1, 11 janvier 2011, 1001.

L. CASAUX-LABRUNÉE,
Vie privée des salariés et vie de l'entreprise, Dr. soc., avril 2012, p. 331.

J.-F. CESARO,
La consultation des représentants du personnel relative au PSE, JCP S, 7 mai 2013, 1204.

Y. CHAGNY,
Une négociation pour les restructurations : la GPEC, Dr. soc., 2008, p. 72.

P. CHASSANY et T. COATIVY,
Loi relative à la sécurisation de l'emploi : identification des entreprises et groupes de plus de 1000 salariés, JCP S, n° 51, 17 décembre 2013, 1484.

T. CHAUDRON,
Les tiers employeurs, ou comment conjuguer compétitivité et responsabilité dans la France du XXIème siècle, rapport à Monsieur Brice HORTEFEUX, ministre du Travail, des Relations Sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, février 2009.

D. CHENU,
Rupture du contrat, *in La cause en droit du travail* (dir. B. TEYSSIÉ), Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2013.

J.-D. COMBREXELLE,
Droit du travail et emploi, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 31.
Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014, JCP S, n° 16-17, 22 avril 2014, 1156.
De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale, JCP G, n° 8, 23 février 2015, doctr. 235.

P. COURSIER,
Quelle généralisation pour quelle couverture complémentaire santé ?, JCP S n° 26, 25 juin 2013, 1268.

G. COUTURIER,
La rémunération, élément essentiel du contrat de travail, Dr. soc., 1998, p. 523.
Le contrat de projet, Dr. soc., 2008, p. 300.

G. COUTURIER et A. SUPIOT,
Le droit du travail, mort ou vif ?, *in 13 Paradoxes du droit du travail*, Sem. soc. Lamy (Supplément), 10 octobre 2011, n° 1508, p. 269.

I. DAUGAREILH,
Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités, Dr. soc., 1996, p. 128.

M. DESPAX,
L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples, D. soc., 1994, p. 243.

B. DONDERO et T. JEANTET,
Faut-il encourager le rachat des entreprises par leurs salariés ?, RDT 2014, p. 10.

E. DOCKÈS,
Un accord donnant, donnant, donnant, donnant…, Dr. soc., 2008, p. 280.

W. DROSS,

L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ?, *in Critique et usage des concepts en droit*, Cah. de méthodologie juridique n°26, octobre 2012, PUAM, pp.2229-2235, 2012.

P. DURAND,
Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle, Dr. soc., 1952, p. 437.

E. DURLACH
Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit du licenciement économique, RDT, 2007, p. 440.

F. DUQUESNE,
Les clauses de garantie d'emploi dans les contrats à durée indéterminée, JCP G, n° 7, 15 février 1995, II 22379.

M.-C. ESCANDE VARNIOL,
Mobilité internationale des travailleurs, entre pouvoir et responsabilité de l'employeur, RDT 2015, p. 47.

A. FABRE,
Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation, RDT 2013, p. 184.
De l'usage des dispositifs de mobilité dans les accords collectifs, Cah. soc., 1er janvier 2015, n° 270, p. 55.

M. FABRE-MAGNAN,
Le contrat de travail défini par son objet, *in Le travail en perspectives* (dir. A. SUPIOT), LGDJ, Coll. "Droit et société", 1998, pp. 101-124.
Le forçage du consentement du salarié, Dr. ouvr., juillet 2012, n° 768.

R. FAMILY,
La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, D., 2013, p. 1558.

F. FAVENNEC-HÉRY,
Restructurations : le rôle de la négociation collective, Dr. soc., 2004, p. 279.
L'accord de GPEC : un objet pluriel et une portée relative, Gaz. Pal., 14 aout 2007, n° 226, p. 15.
La GPEC : l'environnement juridique, Dr. soc., 2007, p. 1068.
Sécurisation de l'emploi : encore un effort !, Sem. soc. Lamy, 2013, n° 1575.
La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ?, Dr. Soc., 2007, 1105.
Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ?, Sem. soc. Lamy, 2012, n° 1534.
Les variables de la mobilité, JCP S, n° 11, 18 mars 2014, 1104.

A. FIORENTINO,
La liberté religieuse sur les lieux de travail : approche comparative des systèmes américain et britannique, *in DROITS D'ICI / DROITS D'AILLEURS*, RDT 2013, p. 649.

B. FOURNIER et H. GUYOT,
Le télétravail, JCP S, n° 7, 15 février 2011, 1072.

Y. FROMONT,
L'avenir des clauses de mobilité, Dr. soc., 2011, p. 919.

J.-Y. FROUIN,
Droit du travail, droit du contrat et droit de l'emploi, Sem. Soc. Lamy (Supplément), 10 octobre 2011, n° 1508, p. 192.

F. GAUDU,
L'organisation juridique du marché du travail, Dr. soc., 1992, p. 941.
Du statut de l'emploi au statut de l'actif, Dr. soc., 1995, p. 535.
Les notions d'emploi en droit, Dr. soc., 1996, p. 569.
Libéralisation des marchés et droit du travail, Dr. soc., 2006, p. 505.
La « sécurité sociale professionnelle *» : un seul lit pour deux rêves ?*, Dr. soc., 2007, p. 393.
De la flexibilité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité, Formation Emploi, janvier-mars 2008, n° 101, p. 71.
L'accord sur la « modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail ?, Dr. soc., 2008, p. 267.
L'avenir du droit du travail, *in 13 Paradoxes du droit du travail*, Sem. soc. Lamy (Suppl.), 10 octobre 2011, n° 1508, p. 275.

F. GÉA,
Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi, Dr. soc., 2013, p. 210.
Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'Ani du 11 janvier 2013, Sem. soc. Lamy, 2013, n° 1569.
Équivoques sur l'ordre des licenciements, Dr. soc., 2013, p. 830.
Pouvoir et responsabilité en droit du travail, communication au Collège de France (Paris) Colloque organisé par A. Supiot sur l'actualité du droit de l'entreprise, 13 juin 2014.

F. GÉA et M.-F. MAZARS,
Contrat de travail et normes collectives, Actes des Rencontres de la chambre sociale 2012, BICC, 1er oct. 2012, no 768, thème n° 3.

M.-J. GOMEZ-MUSTEL,
Les enjeux de l'obligation d'adaptation, Dr. soc., 2004, p. 499.

F. GUIOMARD,
La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion, RDT, 2013, p. 616.

Y. GOURIN,
Panorama du travail illégal, Cah. de droit de l'entreprise n° 2, Mars 2008, p. 24.

P. GUILLOUX

Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi, Dr. soc., 1990, p. 818.

H. GUYOT,
Le financement du dialogue social : acte 1, le financement du paritarisme, JCP S n° 14, 3 avril 2012, 1146.

C. HANNOUN,
La communauté de travail et la création de valeur financière, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS, 2014, p. 281.

J.-Y. HOCQUET,
Mutations technologiques et mobilité, Dr. soc., juin 1989, p. 474

J.-C. JAVILLIER,
Aspects collectifs de la mobilité du personnel, Dr. soc., juin 1989, p. 445.

A. JEAMMAUD,
Libertés et pouvoir. Un double paradoxe et un paradoxe apparent, Sem. soc. Lamy (Supplément), 10 octobre 2011, n° 1508, p. 137.

A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT,
Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi, Dr. soc., 2001, p. 417.
L'incertain droit à l'emploi, Travail, genre et société, 1999/2, n° 2, pp. 29-45.

A. JOBERT
La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales, Dr. soc., 2013, p. 332.

D. JOURDAN,
Plan de départs volontaires et réductions d'effectifs, JCP S, n° 48, 30 novembre 2010, 1506.

A. LACABARATS,
Le licenciement pour motif économique dans les groupes de sociétés, JCP S, n° 46, 12 novembre 2013, 1436.

B. LARDY-PÉLISSIER,
L'obligation de reclassement, D., 1998, p. 399.

J.-P. LE CROM,
Le livret ouvrier : entre assujettissement et reconnaissance de soi, *in Du droit du travail aux droits de l'humanité. Etudes offertes à Philippe-Jean Hesse* (dir. Y. LE GALL, D. GAURIER, P.-Y. LEGAL), PUR, 2005, pp.91-100.

M. LE FRIANT et A. JEAMMAUD,
Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective *» ?*, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 133.

H.-J. LEGRAND,
Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » : entre deux « frontières » de la négociation collective ?, Dr. soc., 2013, p. 245.

G. LOISEAU,
La loi sécurisation de l'emploi et le licenciement économique, Cah. soc., 1er juillet 2013, n° 254, p. 314.
Délais de consultation du comité d'entreprise et base de données économiques et sociales : mode d'emploi, Cah. soc., 01 décembre 2013, n° 258, p. 507.
Rupture conventionnelle : la désunion libre, JCP S, n° 28, 15 Juillet 2014, 1301.
La rupture conventionnelle, indépendante et exclusive, JCP S, n° 46, 11 Novembre 2014, 1436.
La rupture conventionnelle au régime du droit commun, JCP S, n° 8-9, 25 février 2014, 1078.

G. LOISEAU et A. MARTINON,
Tailler les branches, Cah. soc., 1 juin 2014, n° 264, p. 343.

P. LOKIEC,
Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique, Dr. soc., 2008, p. 1238.
L'ANI à l'épreuve du droit international et européen, RDT, 2013, p. 202.
L'évitement du licenciement pour motif économique, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 95.

P. LOKIEC et J. PORTA,
Droit du travail : relations individuelles de travail, D., 2013, p. 1026.

J.-M. LUTTRINGER,
Le compte personnel de formation : genèse, droit positif, socio-dynamique, Dr. soc., 2014, p. 972.

A. LYON-CAEN,
De la mobilité des salariés à l'intérieur de la Communauté européenne, Dr. soc., juin 1989, p. 467.
L'emploi comme objet de négociation, Dr. soc., 1998, p. 316.
Contrat et/ou emploi : composition ou recomposition, *in 13 Paradoxes du droit du travail*, Sem. soc. Lamy, 10 octobre 2011, n° 1508.
Le droit sans l'entreprise, RDT, 2013, p. 748.

G. LYON-CAEN,
Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail, Dr. Ouvr., décembre 1950, *in* Dr. Ouvr., février 2004, p. 52.
La bataille truquée de la flexibilité, Dr. soc., décembre 1985, p. 804.
La mobilité, vue de haut, Dr. soc., juin 1989, p. 430.
Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée, Dr. Ouvr., février 2004, p. 49.

P. LYON-CAEN,

L'application par la France des Conventions internationales du travail, Droits fondamentaux n° 8, janvier 2010.

N. MAGGI-GERMAIN,
La capacité du salarié à occuper un emploi, Dr. soc., 2009, p. 1234.
Le compte personnel de formation, Dr. soc., 2013, 687.
Le compte personnel de formation, Cah. soc., 1er févier 2015, n° 271, p. 124.

E. MALINVAUD,
Les causes de la montée du chômage en France, Revue Française d'Économie, vol. 1, n° 1, 1986, p. 50.

J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY,
Les droits de l'homme salarié de l'entreprise identitaire, D., 2011, p. 1637.

A. MARTINON,
La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, Dr. soc., 6 Juin 2011, p. 613.
Les clauses générales du PSE, JCP S, n° 19, 7 mai 2013, 1206.
L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage des responsabilités ?, JCP S, n° 25, 18 juin 2013, 1263.
Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence, JCP S, 2014, 1107.

A. MAZIÈRES,
Aspects individuels du transfert conventionnel de contrat de travail lors d'un changement de prestataire de services, Le Droit Ouvrier, septembre 2011, n° 758, p. 544.

J.-M. MIR,
Notion et fonction de l'outil de gestion : anticiper la mobilité, JCP S, n° 11, 18 mars 2014, 1103.

N. MOIZARD,
Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise, Dr. soc., 2008, p. 693.

M. MORAND et E. DOCKES,
Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ?, RDT, 2007, p. 144.

M.-L. MORIN,
Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise, *in Le travail en perspective* (dir. A. Supiot), LGDJ, 1998, p. 125.
Effectif de l'entreprise (suite) : le Charte européenne des droits fondamentaux peut-elle avoir un effet direct ? (à propos d'un renvoi à la Cour de Justice de l'Union européenne, Cass. soc. 11 avril 2012, PBR), Dr. Ouvr., novembre 2012, n° 772.

P. MORVAN,
L'obligation irréelle de reclassement « extérieur » et les commissions paritaires de l'emploi fantômes, JCP S, 2009, 1235.

Le consentement des salariés dans le plan de sauvegarde de l'emploi, Dr. soc., 6 Juin 2011, p. 632.

P. MORVAN et J. GRANGÉ,
Le plan de reclassement, JCP S, n° 19, 7 mai 2013, p. 1208.

J. MOULY,
Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés à l'aune des jurisprudences judiciaire et administrative – Légitime divergence d'appréciation ou contrariété de jurisprudence ?, Dr. soc., n° 11, novembre 2011.
Entre formation professionnelle et emploi : les clauses de dédit-formation, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 107.

P.-H. MOUSSERON,
La fidélisation du personnel, Dr. soc., juin 1989, p. 479.

F. MULLER,
L'affaire Flamanville : détachement ou fraude sociale ?, Dr. soc., juillet-août 2012, n° 7-8, p. 675.

C. NIVARD
L'effet direct de la charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises, RDLF 2012, chron. n°28.

E. PATAUT,
Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés, aspects de droit international privé et de droit de l'Union européenne, RDT 2011, p. 14.
Détachement et fraude à la loi, RDT 2014, p. 23.

L. PECAUT-RIVOLIER et F. PETIT,
Le redéploiement des forces syndicales, enjeux et mesures de l'audience électorale, Droit social, 12 Décembre 2010, p. 1168.

S. PELICIER-LOEVENBRUCK, S. DOUGADOS et G. FREREJACQUES,
Sécurisation de l'emploi et formation professionnelle, JCP S, n° 28, 9 juillet 2013, 1289.

E. PESKINE,
Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités, RDT, 2013, p. 168.

F. PETIT,
Sur les clauses de garantie d'emploi, Dr. soc., 2000, p. 80.
Un syndicat peut-il être plus représentatif qu'un autre ?, Recueil Dalloz 2013, p. 1733.
L'insaisissable droit à l'emploi, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 63.
Les clauses et accords de mobilité, *in La négociation de la force de travail* (dir. F. PETIT), Éd. Univ. D'Avignon, 2015, p. 83.

C. PETTITI,

L'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et la protection du domicile du salarié, Travail et Protections sociale, avril 1999.

J.-E. RAY,
La mobilité du droit de la mobilité, Dr. soc., juin 1989, p. 429.
La mobilité du salarié, aspects individuels, Dr. soc., juin 1989, p. 432.
Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ?, Dr. soc., 2011, p. 909.
Légaliser le télétravail : une bonne idée ?, Dr. soc., mai 2012, p. 443.
Protéger l'information, aujourd'hui et demain, Dr. soc., 2013, p. 111.
De la négociation collective interne au dialogue sociétal externe, Dr. soc., 2013, p. 261.
Travail et emploi dans vingt ans, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 119.
Actualités des TIC - Tous connectés, partout, tout le temps ?, Dr. soc., 2015, p. 516.

P. RÉMY,
La décentralisation de la négociation collective en Allemagne sous l'angle de la représentation, Dr. soc., 1997, p. 1015.
Quel droit social européen ? Propos irrévérencieux sur un objet surestimé dans l'enseignement universitaire, *in Droit du travail Emploi Entreprise, in Mélanges F. Gaudu,* IRJS Éditions, 2014, p. 185.

P. RODIÈRE,
Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective, RTD eur., 2008, p. 47.

P. ROZEC
La participation des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés, JCP S, Juin 2013, 1273.

A. SEIFERT,
L'emploi décent - le débat sur un salaire minimum en Allemagne, *in Mélanges F. Gaudu*, IRJS Éditions, 2014, p. 47.

N. SEVIN (de) et F. ZUNZ,
La GPEC n'est pas toujours une réponse adaptée aux problèmes de sureffectif, Sem. soc. Lamy, 9 oct. 2006, p. 10.

B. SIAU,
La mobilité professionnelle, Dr. soc., 2011, p. 883.

B. SILHOL,
La propriété de l'emploi : genèse d'une notion doctrinale, RDT, 2012, p. 24.

M.-A. SOURIAC et M. MORAND,
Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ?, RDT, 2012, p. 194.

A. SUPIOT,
Pourquoi un droit du travail ?, Dr. soc., 1990, p. 485.
Du bon usage des lois en matière d'emploi, Dr. soc., 1997, p. 229.
Revisiter les droit d'actions collective, Dr. soc., 2001, p. 687.

Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, Dr. soc., janvier 2003, p. 59.
La valeur de la parole donnée, à propos des chômeurs « recalculés », Dr. soc. 2004, p. 541.
Le droit du travail bradé sur le « marché des normes *»*, Dr. soc., 2005, p. 1087.

A. TEISSIER,
Le congé de mobilité, Gazette du Palais, 14 août 2007, n° 226, p. 32.

B. TEYSSIÉ,
A propos de l'adaptation négociée des effectifs de l'entreprise, Dr. soc., 6 Juin 2011, p. 611.
Un nouveau droit du travail ?, JCP S, n° 26, 30 juin 2015, 1234.

P.-E. TIXIER,
Les mutations de la négociation collective. Le cas de la France, Négociations, 2007/2, n° 8, p. 186.

S. TOURNAUX,
Le chemin tortueux de la mobilité volontaire sécurisée, Dr. soc., 2013, p. 713.

Q. URBAN,
Le juge et le parcours professionnelle du salarié dans le groupe, Petites affiches, 21 avril 2005, n° 79, p. 23.

I. VACARIE,
La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés, Dr. soc., juin 1989, p. 462.

C. VARIN,
Rupture d'une période probatoire et obligation de réintégration, JCP S, n° 6, 8 février 2011, 1055.

R. VATINET,
La mise à disposition de salariés, Droit social, Juin 2011, p. 656.

M. VERICEL,
Le rapport Bailly sur le travail le dimanche : simplification limitée et subsistance es inégalités, RDT 2014, p. 51.

P.-Y. VERKINDT,
L'adaptation négociée des effectifs : une œuvre palimpseste (Conclusion), Droit social, 6 Juin 2011, p. 670.
La collectivité de travail ou « La belle inconnue *»*, Dr. soc., 2012, p. 1006.
Les mobilités, JCP S, n° 25, 2013, 1261.

A.-M. VONTHRON, C. LAGABRIELLE et D. POUCHARD,
Le maintien en formation professionnelle qualifiante : effets de déterminants motivationnels, cognitifs et sociaux, revues.org, OSP – L'orientation scolaire et professionnelle, 2007, pp. 401-420.

P. WAQUET,

Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir, RDT, 2006, p. 304.

J.-P. WILLEMS,
De la professionnalisation au droit de la compétence, Dr. soc., 2004, p. 509.

Ch. WILLMANN,
Le chômeur contractant, Dr. soc., 2001, p. 384.
Dix ans de politiques de l'emploi : trop de réformes, pas (assez) de résultats, JCP S, n° 26, 30 juin 2015, 1246.

V. NOTES

P. ADAM,
La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains, RDT, 2011, p. 116

J.-K. ADOM,
L'obligation de reclassement et les groupes de dimension internationale, D., 1999, p. 310.

M.-C. AMAUGER-LATTES,
Une convention collective peut imposer une obligation de mobilité aux salariés qui ne peut cependant s'appliquer à ceux dont le contrat est antérieur, D. 2002, p. 3115.
Rapatriement et reclassement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère au sein de la société mère : l'interprétation large d'un texte restrictif, RDT, 2009, p. 29.

P.-H. ANTONMATTEI,
Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la flexisécurité à la française, D. 2013, p. 577.
T. AUBERT-MONPEYSSEN,
Valeur juridique d'un accord de maintien de l'emploi, D., 1998, p. 480.
Trouble objectif dans l'entreprise » et libertés collectives du salarié, RDT, 2007, p. 586.

G. AUZERO,
Obligation d'information de l'employeur et clause de dédit-formation, RDT, 2007, p. 450.
La mise en œuvre de la clause de mobilité appréciée à l'aune des droits fondamentaux du salarié, RDT, 2008, p. 731.
Violation d'une clause de garantie d'emploi et licenciement sans cause réelle et sérieuse, RDT, 2009, p. 32.
Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés - Illustration de l'ineffectivité de la règle de droit, Sem. soc. Lamy, 2009, 1416.
Les clauses de "mobilité" intragroupes condamnées, RDT, 2009, p. 647.
Validité et exécution d'une clause de non-concurrence, RDT, 2014, p. 32.

I. AYACHE-REVAH et S. LANGOT,
La clause de mobilité sous haute surveillance, JCP E, 2009, p. 2153.

S. BÉAL et A. FERREIRA,
La modification temporaire du lieu de travail, JCP S n° 38, septembre 2010, p. 1366.

H. BLAISE,
Contrat de travail. Modification des conditions de travail par l'employeur. Exercice de son pouvoir de direction. Refus. Faute grave, Dr. soc., 1996, p. 976.

B. BOSSU,
Recherche d'emploi et obligation de loyauté, JCP S, 2010, p. 1229.

F. CANUT,
Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail : la Cour de cassation maintient le cap, RDT 2010, p. 725.
La modification de la cadence de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail, RDT 2011, p. 119.

M. CASTRONOVO,
Une clarification de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, RDT, 2010, p. 712.

J.-F. CESARO et E. PESKINE,
Le coemploi sur la sellette *?*, RDT, 2014, p. 661.

F. CHAMPEAUX,
L'accord de méthode n'absorbe pas le PSE, Sem. soc. Lamy, 9 février 2009, n° 1386, p. 11.

K. CHATZILAOU,
La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval, RDT, 2014, p. 160.

G. COUTURIER,
Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullité des licenciements, Dr. soc., 1997, p. 256.
La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi, Dr. soc., 1998, p. 375.
Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique – Sur l'arrêt Viveo, Droit social, 2012, p. 600

G. COUTURIER et A. PERULLI,
Droit des contrats et droit du travail (2° partie), RDT, 2007, p. 407.

G. COUTURIER et J.-E. RAY,
Autolicenciement : dérives et revirement, Dr. soc. 2003, p. 817.

M. DÉFOSSEZ,
L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois, D., 1992, p. 390.

M. DEL SOL et E. DOCKÈS
Faut-il libéraliser le prêt de main d'œuvre ?, RDT, 2009, p. 625.

E. DOCKÈS,
Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Viveo, Dr. soc., 2012, p. 606.

L. DRIGUEZ,
Consécration judiciaire de l'obligation de consultation du comité d'entreprise sur les projets de licenciements économiques en période d'observation d'un redressement judiciaire, RDT 2014, p. 37.

A. DUMERY
La confirmation d'un contrôle accru de la Cour de cassation sur les clauses de mobilité, RDT, 2009, p. 300.

F. DUMONT,
L'adhésion à une CRP ne prive pas le salarié d'une indemnisation pour licenciement irrégulier, JCP S, n° 37, 10 septembre 2013, 1344.

J.-J. DUPEYROUX,
Un nouveau droit du travail et de l'emploi ?, Dr. soc., 2005, p. 1081.

R. ENCINAS DE MUNAGORRI,
Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs, RTD civ., 2004, p. 594.

M.-C. ESCANDE-VARNIOL,
Un déplacement éloigné mais temporaire peut être imposé au salarié, D. 2003, p. 1659.

A. FABRE,
L'obligation d'adaptation à la croisée des chemins : entre autonomie et diversification, RDT, 2008, p. 33.
L'application du PARE anticipé à la résiliation amiable pour motif économique, RDT, 2009, p. 165.
Un plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas à prévoir de mesures de reclassement interne en cas de départs volontaires, RDT, 2009, p. 380.
Les plans de départs volontaires à l'épreuve du principe d'égalité de traitement : un nouveau signe de soumission au droit du licenciement pour motif économique ?, RDT, 2010, p. 580.
Les plans de départs volontaires et le délicat problème de sélection des candidats, RDT, 2011, p. 437.
L'application des critères d'ordre de licenciement au niveau de l'entreprise : le choix de la solidarité, RDT, 2013, p. 559.
L'extension de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique, RDT, 2013, p. 752.
La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce - Au-delà des arrêts Sofarec, RDT, 2014, p. 672.
Le contrat de sécurisation professionnelle devant la Cour de cassation ou le changement dans la continuité, RDT, 2015, p. 328.

M. FAIVRE-PICON,

Congé de formation d'un représentant du personnel, Dr. Ouvr., septembre 2012, n° 770.

F. FAVENNEC-HÉRY,
PDV, PSE, PDR : un plan chasse l'autre, Dr. soc., 2010, p. 1164.

W. FRAISSE,
Travailleur frontalier : conditions d'attribution des prestations chômage, Dalloz Actualité, 12 février 2014.

J.-Y. FROUIN,
Mutation géographique occasionnelle au-delà des limites d'un même secteur géographique ou d'une clause de mobilité géographique : condition de validité, RDT, 2010, p. 226.

A. GARDIN,
Arrêt Correia contre Maison départementale de la famille, cass. soc., 28 février 2012, n° 10-18308, Le Droit Ouvrier, juillet 2012, n° 768, p. 502.
Libre choix du domicile et exigence de l'assureur : la justification de la restriction en débat, RDT 2010, p. 37.

F. GÉA,
GPEC vs. PSE : fin de partie, RDT, 2009, p. 715.
Groupe de sociétés et responsabilité - Les implicites et le non-dit de l'arrêt Flodor, RDT, 2010, p. 230.
La Chambre sociale et le volontariat. A propos de l'arrêt Renault, RDT, 2010, p. 704.
Point de contestation de la cause économique en cas de rupture amiable, RDT, 2012, p. 220.
La problématique Viveo : au législateur de reprendre la main, RDT, 2012, p. 608.
La nullité de la procédure de licenciement collectif affecte-t-elle la procédure de consultation du CE sur la décision économique ?, RDT 2013, p. 704.
La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise, Dr. soc., 2013, p. 717.

B. GÉNIAUT,
Justification de la prise d'acte de rupture : manquements antérieurs à la prise d'acte mais inconnus du salarié, RDT 2013, p. 763.

J. GHESTIN,
La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, JCP G, n° 37, 9 septembre 2013, 929.

J. GRANGÉ et R. GUICHARD,
Plan de sauvegarde de l'emploi : quel présent et devenir pour l'égalité de traitement ?, JCP S, n° 3, 21 janvier 2014, 1029.

M. GRÉVY,
Le juge, ce gêneur…, RDT, 2013, p. 173.

F. HÉAS,

Licenciement économique et exigences conventionnelles de reclassement, RDT, 2008, p. 529.

D. JACOTOT
L'interdiction de conclure un contrat de joueur professionnel avec un club autre que celui qui a assuré la formation du joueur, RDT 2007, p. 377.

M. KOCHER,
Le coemploi à l'âge de raison, RDT, 2014, p. 625

J. KRIVINE ET S. GUEDES DA COSTA,
Que peut-on attendre du juge administratif dans le contentieux des plans de sauvegarde de l'emploi ?, RDT, 2015, p. 438.

J.-P. LABORDE,
Perplexité, Dr. soc., 2015, p. 569.

B. LARDY-PELISSIER,
Clause de mobilité : nouvel appel à réflexion, RDT, 2008, p. 174.

S. LAULOM,
L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010, RDT, 2011, p. 298.
Le comité européen des droits sociaux condamne la jurisprudence Laval, Sem. Soc. Lamy, 03/02/2014, n° 1616.

J.-C. Le DUIGOU,
Quelle « sécurité sociale professionnelle » ?, Dr. soc., 2011, p ; 1300.

Y. LEROY,
Ruptures conventionnelles non homologuées et droit du licenciement économiques, RDT 2013, p. 764.

J.-P. LHERNOULD,
Effet utile de l'expérience professionnelle acquise dans un Etat de l'Union européenne, JCP S, 22 Mars 2011, p. 1131.

G. LOISEAU,
Groupes de sociétés et reclassement des salariés, Dr. Ouvr., avril 2010, p. 214.
Les départs volontaires : des plans sans reclassement, JCP S, n° 46, 16 novembre 2010, 1483.
L'âge d'or du CHSCT : une information suffisante pour un avis utile, JCP S, n° 47, 19 novembre 2013, 1447.
Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle, JCP S, n° 29, 22 juillet 2014, 1311.
Un vent de liberté souffle sur les clauses de mobilité, RDC, 31 mars 2015, n° 1, p. 121.

P. LOKIEC,
La modification du contrat de travail, les leçons du droit anglais, RDT, 2006, p.
Le double visage du plan de départs volontaires, Sem. Soc. Lamy, 2 février 2012, n° 1524.
L'affaire Viveo, D., 2012, p. 1277.

La face cachée des accords de mobilité interne, Sem. Soc. Lamy, 3 juin 2013, n° 1587.

A. LYON-CAEN,
Négociation collective. Obligation annuelle. Cadre ou niveau lorsque l'entreprise comporte plusieurs établissements. Article L. 132-27 du code du travail, RSC, 1991, p. 369.
Le plan social et la nullité des licenciements économiques, D., 1997, p. 171
Rupture amiable du contrat lors d'un licenciement économique, D., 2004, p. 389.
Question d'intérêt social, RDT 2013, p. 735.
Mobilité à l'Espagnol, RDT, 2013, p. 69.
Deux Europe, RDT 2014, p. 1.

P. LYON-CAEN,
Les conséquences de la « prise d'acte » par l'employeur d'une démission équivoque, Dr. soc., 2003, p. 814.

A. MARTINON,
Autonomie des conventions en cas de mobilité internationale, JCP S, n° 50, 14 décembre 2010, 1538.
Sanction en cas de violation des modalités de la mobilité temporaire, JCP S n° 50, 14 décembre 2010, 1539.
Sur l'obligation de reclassement en cas de mise en œuvre d'un plan d départs volontaires, JCP S, n° 41, 8 octobre 2013, 1399.
Licenciement économique de moins de 10 salariés : la compétence subsidiaire des délégués du personnel, JCP S, n° 42, 15 octobre 2013, 1409.
Les mystères du détachement, Cah. soc., 1 novembre 2013, n° 257, p. 457.

C. MATHIEU,
Vers une clarification de la distinction entre vie personnelle et vie professionnelle ?, RDT, 2009, p. 657.
Suspension du permis de conduire du salarié et notion de trouble objectif, RDT 2014, p. 43.

P. MORVAN,
Plans de départs volontaires, JCP S, n° 38, 17 septembre 2013, 1361.
Extension contractuelle du périmètre de reclassement, JCP S, n° 50, 10 décembre 2013, 1478.

C. NEAU-LEDUC,
Clause de mobilité : nullité des clauses organisant la mobilité des salariés au sein d'un même groupe ou d'une même unité économique et sociale, Revue des contrats, 1 janvier 2010, n° 1, p. 151.

V. NIVELLES,
Le dilemme du détachement de travailleurs, JSL, 07/01/2014, n° 357.

N. NORD
Contrat de travail : détermination du juge compétent et de la loi applicable, JCP S, 2010, p. 1179.

I. OMARJEE,

La violation par l'employeur d'un engagement unilatéral en matière d'emploi, D., 2004, p. 2395.

Y. PAGNERRE,
Spécificités de la mise à disposition d'un salarié auprès d'une filiale étrangère, JCP S, 24 Mai 2011, p. 1257.

F.-J. PANSIER,
Validité des clauses de dédit-formation, Cahiers sociaux, 1 avril 2004, n° 159, p. 170.
Clause de mobilité L'Oréal - parce qu'elle ne vaut rien, Cah. soc., 1 avril 2012, n° 240, p. 118.

T. PASQUIER,
Du plan de départs volontaires sans licenciement à l'absence de plan de reclassement, D., 2011, 1246 (I. C).

J. PÉLISSIER,
La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié, D., 2003, p. 2396.
Clause de mobilité : du contrôle des conditions d'exercice au contrôle des conditions de validité, RDT, 2006, p. 313.

H. PESCHAUD,
La résistance du contrat de travail à la flexibilité collective, Petites affiches, 16 mars 2011 n° 53, p. 10.

E. PESKINE,
Le portage salarial : une sécurisation inaboutie, RDT, 2010, p. 292.
L'appréciation des conditions imposant l'établissement d'un PSE : nouvelle terre d'élection pour l'UES ?, RDT, 2011, p. 112.
Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités, RDT, 2013, p. 168.

O. PICQUEREY et B. DEHAENE,
La loi de sécurisation de l'emploi et mobilité - Mobilité souhaitée et mobilité imposée : quelle sécurisation ?, Cah. soc., 1 juillet 2013, n° 254, p. 293.

J. PORTA,
Droit du travail (*Exécution du contrat de travail*), D., 2008, p. 442.

R. QUENAUDON (de),
Mise en œuvre d'une clause de mobilité et discipline, RDT, 2009, p. 107.

C. RADÉ,
L'objet de la clause de dédit-formation doit être déterminé avec précision, Revue des contrats, 1 juillet 2004, n° 3, p. 720.

B. REYNÈS,

Les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur d'un groupe de sociétés y compris au sein des filiales étrangères, D., 1999, p. 177.
L'effet de la requalifiions des CDD : la reprise intégrale de l'ancienneté en CDI, RDT 2014, p. 35.

J. ROCHFELD,
Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique *»*, RDC, 1 avril 2005, n° 2, p. 257.
Le refus de la qualification contractuelle du PARE : la fin de l'hypothèse du « contrat pédagogique *»*, RDC, 1er octobre 2007, n° 4, p. 1085.

V. ROULET,
Affectation du salarié hors du secteur habituel ou contractuel d'activité et modification du contrat de travail, JCP S, 2010, p. 1148.

B. SAINTOURENS,
La clause de mobilité d'un salarié au sein de toute société d'un groupe est nulle, Petites affiches, 4 mars 2010, n° 45, p. 9.

J. SAVATIER,
Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi, Dr. soc., 1991, p. 413.
Licenciement collectif. Comité d'entreprise. Distinction de la consultation sur les mesures de nature à affecter les effectifs (art. L. 432-1) et de celle sur l'ordre des licenciements (art. L. 321-1-1), Dr. soc., 1997, p. 105.
L'engagement de ne pas licencier certains salariés souscrits par un employeur dans une convention d'allocations spéciales FNE, Dr. soc., 1999, p. 677.
Formation professionnelle. Clause de dédit-formation. Conditions de validité, Droit social 2002, p. 902.
Contrat de travail. Lieu de travail. Portée des mentions du contrat. Distinction de la modification du contrat et de la modification des conditions de travail, Dr. soc., 2003, p. 884.
Lieu du travail. Clause de mobilité. Conditions de licéité. Effets du refus par le salarié du nouveau lieu de travail, Dr. soc. 2008, p. 498.

L. SÉBILLE,
Mobilité géographique du salarié : impact des conventions et accords collectifs, JCP S, n° 7, 15 février 2011, 1077.

Y. SERRA,
Tsunami *sur la clause de non concurrence en droit du travail*, D. 2002, p. 2491.

F. SIGNORETTO,
La suspension d'un projet de réorganisation en l'absence de l'avis éclairé du comité d'entreprise : avant et après la loi de « sécurisation de l'emploi », RDT 2013, p. 775.

J. SIROT,
Clause de dédit-formation, prise d'acte, et imputabilité de la rupture, Dalloz actualité, 30 janvier 2012.

A. STOCKI,
Les sanctions pénales de la négociation collective sur la GPEC, JCP S, 10 Mai 2011, p. 1226.

H. TISSANDIER,
Transfert d'entreprise et groupe de sociétés : la reconnaissance de "l'employeur non contractuel", RDT, 2011, p. 35.

R. VATINET,
Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio, Dr. soc., 2002, p. 949.

M. VERICEL,
Droits et devoirs des demandeurs d'emploi, RDT, 2009, p. 101.

J.-P. WILLEMS,
La loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, JCP S, 1ier Décembre 2009, p. 1543.

P. WAQUET,
Licenciement économique : sauvegarde de la compétitivité, RDT. 2007, p. 312.
Précisions sur le régime de la clause de garantie d'emploi, D., 2007, p. 3107.
Notion de secteur d'activité et obligation de reclassement en matière de licenciement économique, RDT, 2009, p. 306.

VI. OBSERVATIONS

G. AUZERO,
Obs. sous cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-16647, *Obligation d'information de l'employeur et clause de dédit-formation*, RDT, 2007, p. 450.

A. BAILLOUX,
Obs. sous cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42188 à 99-42189 99-42190, D., 2001, p. 2170.

J. BARTHÉLÉMY,
Obs. sous cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, Dr. soc. 2011, p.151.

B. BOSSU,
Obs. sous cass. soc., 28 mai 2008, n° n° 06-46009, n° 06-46011, et n° 06-46013, *L'extension du périmètre du reclassement par voie conventionnelle*, JCP S, n° 47, 2008, 1597.

A. BUGADA,
Obs. sous cass. soc., 25 mai 2005, n° 04-45794, D., 2005, p. 2454.

F. CANUT,

Obs. sous cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-15481, Dr. soc., 2012, p. 420.
Obs. sous cass. soc., 23 octobre 2013, n° 11-16032, Dr. soc., 2014, p. 77.
Obs. sous cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, RDT, 2010, p.725.

G. COUTURIER,
Obs. sous cass. soc., 26 nov. 1996, n° 93-44811, Dr. soc., 1997, p. 103.
Obs. sous cass. soc. 19 février 1997, n° 94-45286, Dr. soc., 1997, p. 432.
Obs. sous cass. soc., 6 mai 1997, n° 93-41581, Dr. soc., 1997, p. 969.
Obs. sous cass. soc., 21 novembre 2006, n° 05-40656, Dr. soc., 2007, p. 114.

A. FABRE,
Obs. sous cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40950, RDT, 2008, p. 33.
Obs. sous cass. soc. 17 mars 2015, n° 13-24.303 et 13-24.305, *Saisine de la commission territoriale de l'emploi en cas de grand licenciement économique : en quoi consiste l'obligation de l'employeur ?*, RDT, 2008, p. 331.

F. FAVENNEC et G. COUTURIER,
Obs. sous cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-43712, Dr. soc., 1997, p. 740.

B. GAURIAU,
Obs. sous cass. soc., 4 mars 2008, n° 06-45221, *Clause pénale et clause de garantie d'emploi*, Dr. soc., 2008, p. 704.

G. LOISEAU,
Obs. sous cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-16687 et 13-16688, *Un vent de liberté souffle sur les clauses de mobilité*, RDC, 31 mars 2015, n° 1, p. 121.

J. ICARD,
Obs. sous cass. soc. 9 juillet 2014, n° 13-11906, *La mention du « territoire français » comme zone géographique d'application de la clause de mobilité*, Cah. soc., 2014, 563.

B. INÈS,
Obs. sous cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-26941, *Le contrat de sécurisation professionnelle : première précaution*, Dall. Act., 2 avril 2015.

A. LYON-CAEN,
Obs. sous cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41634, D., 1992, p. 294.

S. MAILLARD-PINON,
Obs. sous cass. soc., 27 janvier 2015, n° 13-14773, *Quand la confiance accordée aux syndicats se fait au détriment des salariés*, LPA, 17 avril 2015, n° 77, p. 8.

J. MESTRE,
Obs. sous cass. com. 31 mars 1992, n° 90-13113 et cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41634, *Expovit*, *Une bonne foi décidément très exigeante*, RTD civ., 1992, p. 760.

J. MOULY,
Obs. sous cass. soc. 23 février 2005, n° 04-45463, Dr. soc. 2005, p. 576.

Obs. sous cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-11906, *Validité d'une clause de mobilité géographique prévue pour la France entière*, Dr. soc., 2014, p. 857.

L. PECAUT-RIVOLIER,

Obs. sous cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-69485, 09-69486, 09-69487, 09-69488 et 09-69489, Dr. soc., 2011, p. 105.

C. RADÉ,

Obs. sous cass. soc., 10 octobre 2002, n° 00-42906, Dr. soc., 2002, p. 1158.

J.-E. RAY,

Obs. sous cass. soc., 1er avril 1997, n° 95-45284, Dr. soc., 1997, p. 646.
Obs. sous cass. soc., 30 septembre 2997, n° 95-43187, Dr. soc., 1997, p. 1094.
Obs. sous cass. soc., 22 février 1995, n° n° 93-43404, Dr. soc., 1995, p. 389.

B. REYNÈS,

Obs. sous cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42188 à 99-42189 99-42190, *Limite à l'obligation de formation de l'employeur*, D., 2001, p ; 3010.

J. SAVATIER,

Obs. sous cass. soc., 14 juin 2000, n° 98-42882, Dr. soc., 2000, p. 1026.
Obs. sous cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42909, Dr. soc., 2002, p. 902.
Obs. sous cass. soc., 20 février 2008, n° 06-44867 et 06-44894, Dr. soc., 2008, p. 614.
Obs. sous cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40950, Dr. soc., 2008, p. 126.

INDEX

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accord de maintien de l'emploi, 414

Accord de mobilité interne

- articulation avec clause de mobilité, 347 et s.
- articulation avec mobilité de mission, 349
- aspect géographique, 344 et s.
- aspect professionnel, 342, 354 (refus du salarié)
- groupe, 350
- licenciement, 355
- périmètre géographique, 345 et s.
- zone d'emploi, 352 et s.

B

Base de données économiques et sociales, 363 et s.

C

Carnet de circulation, 6

Clause de dédit-formation

- conditions, 543
- définition, 542
- dépassement de l'obligation de formation, 552 et s.
- frais engagés par l'employeur, 547 et s.
- rupture du contrat de travail, 544 et s.

Clause de domiciliation, 165 et s.

Clause de garantie d'emploi, 538

Clause de mobilité, 122

- abus de l'employeur, 151
- convention collective, 140, 321
- effets, 142
- intérêt, 136 et s., 141 et s.
- mise en œuvre, 152, et s.
- périmètre, 145 et s.
- refus du salarié, 150, 157 et s.

Clause de non-concurrence, 541

Communauté de travail,

- dépassement du contrat, 423
- efficacité de l'instrumentalisation, 438 et s.
- instrumentalisation, 426
- intérêt, 422
- opposition du salarié à la ~, 424 et s.
- source, 419, 420 et s.

Compte personnel de formation (CPF), 469, 472

Congé

- individuel de formation, 473

- de mobilité, 384, 524

- de reclassement, 522 et s.

Contrat de sécurisation professionnelle, 520

Contrat de travail

- contenu, 112 et s.

Conseil de l'Europe, 56 et s.

- Code européen de sécurité sociale, 96

- comité européen des droits sociaux, 72, 307

- Convention européenne de sécurité sociale, 82 et s., 88 et s

- égalité de traitement, 68

- charte sociale européenne, 65 et s., 71

- convention EDH, 58 et s.

- effets des décisions en droit interne, 64

- libre choix du domicile, 62,

- liberté syndicale, 61

D

Décontractualisation, 335

Déjudiciarisation, 337

Demandeurs d'emploi, 248 et s.

- aide à la mobilité, 252 et s.

- conditions d'octroi des aides à la mobilité, 254 et s.

- compte personnel de formation, 279 et s.

- contractualisation, 291 et s., 299 et s.

- impératif de mobilité, 285 et s., 294

- mobilité professionnelle, 273, 290

- offre raisonnable d'emploi, 267 et s.

- suivi, 258 et s.

- vie familiale, 270

Détachement, 100 et s., 105 et s.

Droit à la formation, 467 et s.

- contrat de professionnalisation, 470

Droit applicable, 98 et s., 104 et s.

E

Emploi

- discours sur ~, 410 et s.

- définition, 402, 418 et s.

- marché, 409

- utilisation jurisprudentielle, 417

- valeur, 415 et s.

Expatriation, 105

F

Formation professionnelle

- conseil de l'Europe, 67 et s.

- capacité à se former, 453 et s.

- choix des formations, 474

- environnement personnel, 458

- finalité, 479 et s., 484

- initiative, 459 et s.

- intérêt, 448 et s. (pour le salarié), 451 et s. (pour l'employeur)

- offres

- orientation, 481 et s.

G

GPEC, 340 et s., 356 et s.

Groupement d'employeurs, 210 et s.

- égalité de traitement, 226

- garanties pour le salarié, 224

H

Homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, 582 et s.

I

Impératif, 27

L

Liberté d'établissement, 44

Liberté de circulation, 35 et s.

Libre choix du domicile, 163 et s.

Libre prestation de service, 36 et s.

Licenciement économique, 566 et s.

- contrôle du motif économique, 588 et s.

- contrôle judiciaire, 585 et s.

- intérêt du contrôle de l'Administration, 570

- périmètre des difficultés économiques, 591

- sanctions, 600

Livret

- de circulation, 6

- ouvrier, 5

- professionnel maritime, 7

M

Marchandage, 235 et s.

Mobilité, 18, 31

- choisie, 15

- définition, 8 et s.,

- de mission, 115 et s., 125, 127 et s.

- droit comparé, 26

- externe, 14, 25

- géographique, 12,

- interne, 14, 24

- professionnelle, 13

- temporaire, 135

- volontaire sécurisée, 526 et s.

Modification du contrat de travail, 11, 139, 406 et s.

N

Négociation collective, 28, 321 et s.

- accord de méthode, 361 et s.

- GPEC, 340 et s.

- articulation avec le contrat, 323

- intérêt, 325 et s.
- intérêt psychologique, 332
- négociation dérogatoire, 324
- CHSCT, 333

O

Obligation d'adaptation, 462
- prérogatives de l'employeur, 488
- refus du salarié, 487

Obligation d'entretien de la capacité d'emploi, 463 et s.

Obligation de reclassement
- dans la branche professionnelle, 509, et s.
- engagement de l'employeur, 515 et s.
- groupe de sociétés, 500 et s.
- obligation légale, 491 et s.
- refus de reclassement, 495
- sanction, 510 et s.

OIT, 73 et s.
- harmonisation, 79
- respect des normes en France, 78, 80
- égalité de traitement, 75

P

Parcours professionnel, 445 et s.
- maintien de certains droits, 531 et s.
- sécurisation, 489, 528 et s., 533
- tuilage des situations, 518 et s.

Périmètre des licenciements

Plan de départs volontaires, 386 et s.
- désignation des candidats, 390 et s.
- sauvegarde de l'emploi, 412
- engagement de ne pas licencier, 396 et s.
- incitation au départ, 389
- obligation de reclassement, 388
- périmètre d'application, 391 et s.
- reclassement externe, 399

Plan de reclassement, 493 et s., 576
- lien avec accord de mobilité interne, 498
- périmètre d'application, 494
- sécurisation du ~, 496

Plan de sauvegarde de l'emploi
- adéquation aux moyens de l'entreprises, 578
- contenu, 368 et s., 576 et s.
- contrôle, 575 et s., 579 et s.
- égalité de traitement, 596
- élaboration, 573 et s.
- moment de la négociation, 373 et s.
- plan de reclassement, 576, 597 (contrôle judiciaire)

Portage salarial, 204, 206 et s.

Prêt de main-d'œuvre
- concurrence, 193 et s.
- consentement du salarié, 229 et s.
- contexte, 175
- frais de gestion, 181 et s.
- frais professionnels, 185 et s.
- garantie pour le salarié prêté, 184, 223
- licenciement, 231 et s.

- lucrativité, 178 et s.

Procéduralisation, 335 et s.

Professions réglementées, 41 et s.

Q

Qualification (reconnaissance des), 39 et s.,

- intérêt, 46

- régime, 42, 47, 49

R

Rachat d'entreprise (maintien des contrats de travail), 539

Responsabilité

- de l'entreprise

- des partenaires sociaux, 430

- du groupe de sociétés, 504 et s.

- du salarié, 429, 431 et s., 436, 485

Rupture conventionnelle, 379 et s.

S

Secteur géographique, 129 et s.

Sécurisation

- de l'emploi

- de l'entreprise

Sentiment d'efficacité personnelle, 455 et s.

- difficulté à se former, 456

Sous-traitance, 199

Stabilité

- des Hommes, 4

- du contrat de travail, 3 et s., 10

- du droit, 1 et s.,

Subordination, 16

T

Tiers employeur, 198 et s.

- consentement du salarié, 229 et s.

- intérêt, 216 et s.

Travail temporaire, 201 et s.

- « CDI intérimaire », 203

- institutions représentatives du personnel, 225

- instrumentalisation du salarié, 241 et s., 244 et s.

U

Union européenne

- charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 33

- contexte, 20 et s.

- coordination des régimes de sécurité sociale, 84 et s.

- demandeurs d'emploi, 246 et s.

- harmonisation, 51

- impératif, 305

- négociation collective, 55

- travailleurs transfrontaliers, 86

V

Validation du plan de sauvegarde de l'emploi, 581, 583

Vie personnelle et familiale, 69

- clause de mobilité, 153 et s., 158, 161 et s.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

I. L'éclatement de la notion de mobilité 5

II. L'émergence de la notion de mobilité 13

III. Vers un impératif de mobilité 17

PARTIE I LES MANIFESTATIONS DE LA MOBILITÉ 21

Titre I LES APPLICATIONS TRADITIONNELLES DE LA MOBILITÉ 22

Chapitre 1 Les dynamiques internationales de la mobilité 23

Section 1. LA MOBILITÉ ENCOURAGÉE 24

§ 1. Le droit de circuler dans l'Union européenne 25

I. Le principe nécessaire de libre prestation de service 25

II. Un principe rendu effectif par la reconnaissance des qualifications professionnelles 27

§ 2. Les droits applicables au travailleur circulant 34

I. L'harmonisation nécessaire des législations au sein de l'Union européenne 35

II. L'efficacité du droit du Conseil de l'Europe 38

A. L'intérêt de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit du travail 38

B. La spécificité de la Charte sociale européenne en droit du travail 43

1. La multiplicité des droits 44

2. Le respect des droits 47

III. Des *minima* posés par l'Organisation Internationale du Travail 50

A. L'effet escompté du droit de l'OIT, une mobilité favorisée 51

B. L'effet relevé du droit de l'OIT, une sécurité à nuancer 54

Section 2. LA MOBILITE AMENAGÉE 57

§ 1. L'objectif de coordonner les législations de sécurité sociale 58

I. Une coordination par l'Union européenne 60

II. Une coordination par le Conseil de l'Europe 62

A. La Convention européenne de sécurité sociale 62

B. Le Code européen de sécurité sociale 66

§ 2. La nécessité de déterminer le droit applicable au salarié mobile 67

I. Le droit applicable à la relation de travail 67

II. Le statut social applicable au salarié 71

Chapitre 2 Les mécanismes nationaux de la mobilité 76

Section 1. LA MOBILITÉ IMPOSÉE 76

§ 1. La mobilité de mission, une mobilité dépassant le contrat 78
I. Le contrat, fondement de la mobilité de mission 79
A. La mobilité, identité de certains métiers 79
B. La mobilité sécurisée par une clause contractuelle ? 81
II. le contrat, support insuffisant à la sécurisation de la mobilité de mission 85
A. La négociation collective, facteur de sécurisation de la mobilité de mission 85
B. La négociation collective, facteur d'extension des prérogatives patronales 87
§ 2. La mobilité dans un même secteur géographique, une mobilité ignorant le contrat 88
I. Une mobilité forcée par la notion de secteur géographique 88
II. Une mobilité étendant le pouvoir disciplinaire de l'employeur 90
Section 2. LA MOBILITÉ ANTICIPÉE 92
§ 1. La clause de mobilité, outil d'incorporation du pouvoir patronal au contrat 92
I. Un pouvoir étendu 93
A. Un pouvoir de modification du lieu de travail 93
B. Un pouvoir de pacification des rapports de travail 96
II. Un pouvoir conditionné 97
A. Une condition portant sur le périmètre géographique de la clause 97
B. Une condition portant sur les conditions de mise en œuvre de la clause 100
§ 2. La clause de mobilité, outil d'incorporation du pouvoir patronal remis en cause 101
I. Une remise en cause résultant du droit à une vie personnelle et familiale 102
A. L'exigence de subjectivisation de la mobilité 102
B. Les écueils résultant de la subjectivisation de la mobilité 107
II. Une remise en cause résultant du droit au libre choix de son domicile 109
A. L'intérêt attendu des clauses de domiciliation 109
B. L'intérêt négligeable des clauses de domiciliation 113

Titre II LES DÉVELOPPEMENTS CORROMPUS DE LA MOBILITE 118
Chapitre 1 L'instrumentalisation de la mobilité 120
Section 1. LES EXPRESSIONS DE L'INSTRUMENTALISATION DE LA MOBILITÉ 121
§ 1. Une instrumentalisation freinée 121
I. Le cadre existant du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif 121
A. L'encadrement nécessaire de la mobilité juridique 122
B. L'encadrement aléatoire des frais professionnels 132
II. Le cadre perfectible du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif 137
A. Un contexte concurrentiel problématique 137
B. Le contexte économique du recours au prêt à définir 140
§ 2. Une instrumentalisée avérée 142
I. Les formes de prêts à but lucratif, une instrumentalisation économique de la mobilité 143
II. Les groupements d'employeurs, une instrumentalisation utile de la mobilité 151

Section 2. LES RAISONS DE L'INSTRUMENTALISATION 154
§ 1. L'utilité de l'instrumentalisation 154
I. Une instrumentalisation efficace 154
II. Des garanties effectives 158
A. Des garanties individuelles 158
B. Des garanties collectives 159
§ 2. Les risques de l'instrumentalisation 162
I. Des risques juridiques 162
A. La réalité du consentement du salarié 162
B. Le risque de marchandage 166
II. Des risques extra-juridiques 170
A. Le particularisme de la relation tripartite 171
B. Le risque de « réification » du salarié 172
Chapitre 2 L'élaboration d'un impératif de mobilité sur le marché du travail 176
Section 1. LA MOBILITÉ DES DEMANDEURS D'EMPLOI, REFLET D'UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ 177
§ 1. L'incitation à la mobilité géographique des demandeurs d'emploi 178
I. Des aides à la mobilité géographique 178
A. Des aides diversifiées 179
1. Des aides à la mobilité quotidienne 179
2. L'absence d'aide explicite au déménagement 180
B. Des aides conditionnées 181
1. Les conditions liées à la situation du demandeur d'emploi 182
2. Les conditions liées aux besoins du demandeur d'emploi 184
II. Une exigence de mobilité géographique 185
A. Une exigence de mobilité encadrée 186
B. Une exigence limitée à la mobilité géographique ? 189
§ 2. L'incitation à la mobilité professionnelle des demandeurs d'emploi 189
I. Le projet personnalisé d'accès à l'emploi, une mobilité professionnelle orientée 190
A. Des formation théorique 190
B. Des formation en alternance 192
II. Le compte personnel de formation, une mobilité professionnelle réorganisée 192
Section 2. LA MOBILITÉ DES DEMANDEURS D'EMPLOI, TENTATIVE DE SYSTÉMATISATION DE LA MOBILITÉ 194
§ 1. La gestion « managériale » des demandeurs d'emploi par la mobilité 195
I. La logique de la demande de mobilité 196
A. La mobilité actuelle des demandeurs d'emploi 196
B. Prospective sur la mobilité des demandeurs d'emploi 197
II. La contractualisation de la recherche d'emploi 199

A. Le contenu de la relation Pôle-emploi/demandeur d'emploi 199
B. L'effet de la contractualisation sur le demandeur d'emploi 204
§ 2. L'émergence d'un impératif de mobilité 206
I. Un principe posé par la systématisation de la mobilité 207
A. Un principe de liberté amenant à un impératif de mobilité 208
B. Le contrepoids salvateur du Conseil de l'Europe 209
II. L'influence d'un impératif de mobilité en droit interne 211
A. Le constat de l'influence du principe de mobilité en droit interne 211
B. La critique de l'influence du principe de mobilité en droit interne 212

PARTIE II LA RECONNAISSANCE D'UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ 217

Titre I UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ ORGANISÉ COLLECTIVEMENT 218
Chapitre 1 L'utilisation du collectif, moyen de négocier la mobilité 219
Section 1. L'INTÉRÊT DE LA NÉGOCIATION 220
§ 1. Le niveau adéquat de négociation 220
§ 2. L'intérêt croissant de la négociation 223
I. La négociation, source d'efficacité 223
II. La négociation, source de sécurité 229
Section 2. LA DIVERSITÉ DE LA NÉGOCIATION 231
§ 1. La négociation « à froid » de la mobilité externe 232
I. Présentation de la négociation « à froid » 232
II. Interrogations la négociation « à froid » 239
§ 2. La négociation « à tiède » de la mobilité externe 244
§ 3. La négociation « à chaud » de la mobilité externe 246
I. La mobilité externe, vers moins d'unilatéralisme 247
A. La négociation de la procédure de licenciement économique 247
1. La procédure de consultation 247
2. Les moyens d'information 248
B. La négociation du contenu de la mobilité externe 251
1. La possibilité de négocier 251
2. Le moment de la négociation 254
II. La mobilité externe, vers plus de consensualisme 257
A. Les départs volontaires organisés individuellement 258
1. La rupture conventionnelle 258
2. Le congé de mobilité 263
B. Les départs volontaires organisés collectivement 265

1. Le contenu du plan de départs volontaires 265
2. La désignation des candidats souhaités 269
3. Les suites données au plan de départs volontaires 274
Chapitre 2 L'instrumentalisation du collectif, moyen d'imposer la mobilité 279
Section 1. UN COLLECTIF DÉFINI PAR LA NOTION D'EMPLOI 280
§ 1. L'essor de la notion d'emploi 280
I. L'objectif certain de maintien de l'emploi 281
A. Le maintien unilatéral de l'emploi 281
B. La négociation instrumentalisée de la sauvegarde de l'emploi 284
II. La valeur incertaine du droit à l'emploi 289
§ 2. L'apport de la notion d'emploi : la collectivité de travail 293
I. Émergence de la collectivité 293
II. Discussion sur la collectivité 297
Section 2. UN COLLECTIF INSTRUMENTALISÉ PAR LA NOTION D'EMPLOI 300
§ 1. Une instrumentalisation par la mise en cause du salarié 300
I. L'hypothétique responsabilité du salarié 300
II. Une impossibilité juridique à justifier la responsabilité du salarié 303
III. Une impossibilité dogmatique à justifier une responsabilité 305
§ 2. Une instrumentalisation efficace ? 307
I. Une sécurisation de l'emploi en question 307
II. La sécurisation de l'entreprise 308

Titre II UN IMPÉRATIF DE MOBILITÉ APPLIQUÉ INDIVIDUELLEMENT 313
Chapitre 1 La construction du parcours professionnel 315
Section 1. LES FONDATIONS DU PARCOURS 316
§ 1. Les prérequis nécessaires à la formation 316
I. L'intérêt de se former 316
A. Une nécessité 317
B. Un intérêt 318
II. La capacité à se former 319
A. La motivation du salarié 320
B. L'environnement du salarié 324
§ 2. L'initiative de la formation 325
I. Les obligations de l'employeur 325
A. L'adaptation nécessaire du salarié à son poste de travail : obligation de résultat 326
B. L'exigence complémentaire de formation du salarié : obligation de moyen 327
II. Les droits du salarié 331
A. Le contenu des droits 331
1. Un droit à la formation orienté 331

2. Un droit à la formation diversifié 335
B. La finalité des droits 337
III. Les pouvoirs de l'employeur 341
Section 2. LA SÉCURISATION DU PARCOURS 343
§ 1. L'évitement de la mobilité externe 344
I. Les tentatives nécessaires de reclassement interne 344
A. L'obligation légale de reclassement interne à l'entreprise 345
B. Le rôle incertain du groupe dans le licenciement collectif 350
1. L'éventuel reclassement dans le groupe de sociétés 351
2. L'éventuelle responsabilité du groupe de sociétés 353
II. Les tentations excessives du reclassement externe 357
A. Le reclassement « intrabranche » 357
B. L'engagement de l'employeur en matière de reclassement 361
§ 2. L'accompagnement vers la mobilité externe 364
I. Le « tuilage » des situations 364
A. Les vecteurs de transition 365
1. Une transition retardée 365
2. Une transition préparée 369
B. Les facteurs de sécurisation 370
II. Le maintien de certains droits sociaux 372
Chapitre 2 L'encadrement du parcours professionnel 377
Section 1. LA NÉCESSAIRE MAITRISE DE LA MOBILITÉ EXTERNE 377
§ 1. Des mécanismes de stabilisation de l'emploi 378
I. La garantie de conserver son emploi 378
II. L'obligation de conserver son emploi 380
§ 2. Des mécanismes à l'efficacité incertaine 383
I. Des mécanismes peu encadrés 383
A. La difficile détermination des frais engagés par l'employeur 384
1. L'incertitude du critère lié au coût de la formation 384
2. L'intérêt du critère lié à la nature de la formation 387
B. L'influence de l'imputabilité de la rupture sur l'obligation de remboursement 389
II. Des mécanismes au profit des salariés les plus qualifiés 395
Section 2. L'INDISPENSABLE CONTRÔLE DE LA MOBILITÉ EXTERNE 397
§ 1. L'encadrement *a priori* des grands licenciements économiques 397
I. L'élaboration alternative du plan de sauvegarde de l'emploi 399
II. La vérification impérative du plan de sauvegarde de l'emploi 401
A. Le contenu invariant du plan de sauvegarde de l'emploi 401
B. L'étendue variable du contrôle 403
§ 2. Le contrôle *a posteriori* de la mobilité externe 407

I. Le contrôle partagé des licenciements économiques 407
A. Le contrôle judiciaires de certains licenciements économiques 408
B. Le contrôle nécessaire du motif économique..... 409
C. Le contrôle de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi..... 412
II. La sécurisation recherchée des licenciements 414

CONCLUSION GÉNÉRALE..... 419

BIBLIOGRAPHIE..... 424

INDEX 450

TABLE DES MATIÈRES..... 456

Vu et permis d'imprimer

Avignon, le

L'administrateur provisoire de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse,

Jean-François BONASTRE