



AVIS DE Mme BERRIAT, AVOCATE GENERALE

Arrêt n°1137 du 2 décembre 2020

Pourvoi n° W1911986 à E1911994

Décision attaquée : 23 octobre 2018 de la cour d'appel de Nîmes

M. A... X... et autres

C/

la société Ineo Infracom

Rappel des faits et de la procédure

Inéo Infracom est une filiale d'Engie spécialisée dans les réseaux filaires à très haut débit, la vidéo-surveillance, la radio-communication, les équipements routiers et ferroviaires, l'interphonie et le contrôle d'accès. Ses clients sont l'Etat, des collectivités territoriales, des opérateurs de télécommunication ou de transports, des équipementiers, des bailleurs sociaux et des gestionnaires de patrimoine. Elle emploie plus de 1000 salariés, répartis sur 35 établissements, organisés en agences pilotant des centres de travaux.

Au cours de l'année 2013, la société a perdu le contrat "Cartocible" passé avec France Télécom pour le raccordement de ses abonnés du Gard et de la Lozère, auquel étaient affectés 82 salariés. L'employeur a tout d'abord proposé à ces derniers des affectations temporaires en grand déplacement et transféré le centre de travaux depuis les locaux nîmois de France Télécom vers un nouveau local à Nîmes. Plusieurs salariés ont refusé ces modifications et saisi le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire.

Le 29 juillet 2013, la société a conclu un accord de mobilité avec quatre organisations syndicales représentatives (CFDT, CFE-CGC, CGT et CFTC).

Les salariés qui ont refusé les propositions de poste découlant de cet accord, licenciés en application de l'article L. 2242-23 du code du travail, ont saisi le conseil de prud'hommes pour ajouter à leur action initiale une demande subsidiaire tendant à voir juger leur licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Par jugement du 24 octobre 2016, cette juridiction a dit que la résiliation judiciaire s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné la société à indemniser les salariés. En revanche, la cour d'appel les a entièrement déboutés par arrêts du 23 octobre 2018.

Les salariés se sont pourvus contre cette décision et présentent deux moyens, qui reprochent à l'arrêt de les avoir déboutés de leurs demandes en formulant des critiques d'inégale pertinence.

Discussion

Avant la loi du 14 juin 2013, dont l'article L. 2242-23 relatif aux accords de mobilité est issu, un nouveau lieu de travail pouvait être imposé au salarié dans deux hypothèses : lorsqu'il était situé dans le même secteur géographique que l'ancien, ou lorsque le salarié était soumis à une clause de mobilité prévue par son contrat de travail ou sa convention collective. Le salarié refusant la mise en oeuvre de cette clause de mobilité pouvait faire l'objet d'une sanction allant jusqu'au licenciement pour faute grave.

En l'absence de clause de mobilité, la mutation du salarié hors de son secteur géographique n'intervenait qu'avec son accord. Si la proposition de mutation reposait sur un motif économique, l'employeur avait la possibilité, en cas de refus, de procéder au licenciement du salarié pour un motif économique.

La loi du 14 juin 2013 a rompu avec cette situation en créant la faculté pour les partenaires sociaux de négocier "à froid" des accords de mobilité permettant d'anticiper sur les besoins d'évolution de l'entreprise dans un contexte économique mouvant.

« Les conditions de cette mobilité sont définies « dans le cadre de mesures collectives d'organisation sans projet de licenciement ». Cette précision est destinée à éviter que la négociation sur la mobilité prenne place dans un contexte général de restructuration de l'entreprise : autrement dit, la négociation sur la mobilité interne est une négociation « à froid », qui ne doit pas être le corollaire d'un projet plus vaste de restructuration de l'entreprise, qui prévoirait une suppression de postes ou encore des licenciements. On notera à cet égard que la formulation retenue par l'accord est différente, puisque l'accord parle de « mesures collectives d'organisation courantes dans l'entreprise, ne comportant pas de réduction d'effectifs ». Cette formulation a l'avantage d'être plus précise : en effet, à partir du moment où il est question d'organisation courante, tout projet de restructuration est écarté ; en outre, ces mesures ne doivent pas comporter de réduction d'effectifs : autrement dit, non seulement, les projets de licenciements sont exclus, mais également les plans de départs volontaires ou encore les mises en retraite anticipée. Votre rapporteur suggère donc de revenir à la formulation choisie par l'accord sur ce point.

L'adoption de mesures de mobilité interne « à chaud », dans le cadre d'un projet de restructuration lié à un contexte économique difficile pour l'entreprise, fait l'objet d'autres dispositions, spécifiquement prévues à l'article 13 du projet de loi, qui procède à la refonte de la procédure de licenciement économique¹. L'élaboration des plans de sauvegarde de l'emploi a ainsi été entièrement réformée et leur contenu soumis à la validation ou l'homologation par l'administration.

Il ressort clairement des débats parlementaires que ces deux dispositifs relevaient de situations distinctes : l'accord de mobilité répondait au souhait de favoriser l'anticipation et l'accompagnement négociés des mutations économiques et se traduisait par le retour des parlementaires à une rédaction dans laquelle il intervenait *« dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction*

¹ Extrait du rapport au nom de la commission des affaires sociales à l'Assemblée nationale.

d'effectifs" tandis que le plan de sauvegarde de l'emploi organisait les licenciements collectifs pour motif économique.

Les cinq premières branches du premier moyen ne sont pas de nature à entraîner la cassation.

Les deux premières soutiennent que la société avait l'obligation de mettre en oeuvre un plan de sauvegarde de l'emploi. Or la première branche manque en fait car les salariés, dont on ignore s'ils étaient plus de dix, n'ont pas été licenciés pour s'être opposés à leur affectation temporaire en grand déplacement, mais en raison de leur refus de voir appliquer les stipulations prévues par l'accord de mobilité.

La deuxième branche ne peut être retenue parce que l'article L. 2242-23 énonce que dans ces circonstances, les salariés se voient appliquer la procédure de licenciement individuel pour un motif économique, exclusif de tout plan de sauvegarde de l'emploi.

La troisième branche, qui soutient que le rattachement administratif à une nouvelle adresse située dans la même ville constitue une modification du contrat de travail, n'est manifestement pas sérieuse.

Les quatrième et cinquième branches reprochent indûment à la cour d'avoir omis de répondre aux conclusions, ce qu'elle a pourtant fait de façon pertinente et circonstanciée, notamment pour écarter le grief tiré de l'absence de respect du délai de prévenance.

Il reste donc à examiner les critiques exposées dans la huitième branche du premier moyen relative à l'application de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 et celles qui portent sur le contrôle par le juge de l'accord de mobilité et de ses conséquences, présentées par les sixième et septième branches du premier moyen et par le second moyen.

La huitième branche du premier moyen, subsidiaire, soutient qu'en application de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, le refus de mutation ne pouvait entraîner la rupture des contrats de travail sans consultation préalable des représentants du personnel. Elle reproche à la cour d'appel de s'être bornée à affirmer que l'accord de mobilité du 29 juillet 2013 était valide, sans avoir répondu aux conclusions d'appel sur ce point, et ainsi d'avoir violé l'article 455 du code de procédure civile.

Cependant la cour a répondu à ces conclusions par le paragraphe suivant *"Enfin, l'employeur n'apparaît pas avoir méconnu les dispositions des articles L. 1233-61 et suivants du code du travail relatives au plan de sauvegarde de l'emploi et des articles 1 et 2 de la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, celles-ci n'ayant pas vocation à s'appliquer en l'absence de licenciement collectif."*

Compte tenu de la rédaction du moyen, je vous propose donc d'écarter cette branche.

Toutefois, si le moyen avait porté sur le fond plutôt que sur l'application de l'article 455 du code de procédure civile, l'hésitation aurait été permise. En effet, l'article 2 de la directive 98/59 ne se limite pas à prévoir que les IRP sont consultées au cours de la procédure de licenciement. Il indique à la fois le but

des consultations, les informations devant être communiquées et les données transmises à l'autorité publique compétente².

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé, à propos de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises que *“L'article 1er, paragraphe 1, sous a), de la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés prévu à cette disposition”*³. Il ressort donc de cet arrêt que la Cour veille à ce que l'ensemble des travailleurs susceptibles d'être visés par un licenciement collectif soient inclus dans le champ d'application de la directive 98/59.

Elle a réaffirmé cette exigence dans une décision du 11 novembre 2015, en précisant qu' *“aux termes du considérant 8 de cette directive, il convient, pour le calcul du nombre de licenciements prévus dans la définition des licenciements collectifs, d'assimiler aux licenciements d'autres formes de cessation du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur, pour autant que les «licenciements» sont au moins au nombre de cinq”*. Et elle juge que *“La directive 98/59 doit être interprétée en ce sens que le fait pour un employeur de procéder, unilatéralement et au détriment du travailleur, à une modification substantielle des éléments essentiels de son contrat de travail pour des motifs non inhérents à la personne de ce travailleur relève de la notion de «licenciement», visée à l'article 1er, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de cette directive.”* Le licenciement d'un salarié refusant la modification de son contrat de travail imposée par l'employeur rendrait donc nécessaire la consultation des représentants des travailleurs au sens de la directive 98/59. En serait-il de même si la modification résultait d'un accord passé entre partenaires sociaux ?

Comme l'indique le rapport, la doctrine est partagée sur la compatibilité de la procédure de licenciement prévue à l'article L. 2242-23 du code du travail avec la directive 98/59.

Certains commentateurs relèvent que les accords sont conclus avec des représentants du personnel informés de la situation de l'entreprise et comportent des mesures d'accompagnement, parmi lesquelles

² L'article 2 de la convention n° 158 prévoit que *“1. Lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord.
2. Les consultations portent au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés.
Les États membres peuvent prévoir que les représentants des travailleurs pourront faire appel à des experts, conformément aux législations et/ou pratiques nationales.
3. Afin de permettre aux représentants des travailleurs de formuler des propositions constructives, l'employeur est tenu, en temps utile au cours des consultations:
a) de leur fournir tous renseignements utiles et b) de leur communiquer, en tout cas, par écrit:
i) les motifs du projet de licenciement;
ii) le nombre et les catégories des travailleurs à licencier;
iii) le nombre et les catégories des travailleurs habituellement employés;
iv) la période au cours de laquelle il est envisagé d'effectuer les licenciements;
v) les critères envisagés pour le choix des travailleurs à licencier dans la mesure où les législations et/ou pratiques nationales en attribuent la compétence à l'employeur;
vi) la méthode de calcul envisagée pour toute indemnité éventuelle de licenciement autre que celle découlant des législations et/ou pratiques nationales.*

L'employeur est tenu de transmettre à l'autorité publique compétente au moins une copie des éléments de la communication écrite prévus au premier alinéa, points b) i) a v) (...).”

³ C-385/05 du 18 janvier 2007.

figurent des mesures de reclassement externe. Ils en déduisent la conformité du droit national à la directive⁴.

D'autres au contraire doutent que la consultation des signataires de l'accord puisse valoir consultation sur un projet de licenciement collectif, notamment parce que les informations communiquées aux organisations syndicales lors de la négociation ne correspondraient pas à celles exigées au point 3 de l'article 2 de la directive⁵.

Ils observent notamment que selon la jurisprudence de la CJCE **“la logique de [l'article 2] est que l'employeur fournisse aux représentants des travailleurs les informations pertinentes tout au long des consultations. Une souplesse est indispensable, étant donné, d'une part, que ces renseignements peuvent ne devenir disponibles qu'à des moments différents du processus de consultation, ce qui implique que l'employeur a la possibilité et l'obligation de les compléter au cours de ce processus. D'autre part, l'objectif de cette obligation de l'employeur est de permettre aux représentants des travailleurs de participer au processus de consultation aussi complètement et effectivement que possible, et, pour ce faire, toutes nouvelles informations pertinentes doivent être fournies jusqu'au dernier moment dudit processus”**⁶. Par conséquent, la consultation des représentants des travailleurs au cours de la négociation d'un accord de mobilité ne satisferait pas aux conditions fixées à l'article 2, parce qu'elle intervient plus d'un mois avant le licenciement et que les informations communiquées ne sont pas mises à jour dans l'intervalle.

D'autres enfin suggèrent que la contradiction entre le mode de licenciement des salariés récalcitrants et la directive 98/59 soit résolu par une interprétation extensive de l'article L. 2242-23 selon laquelle les mesures d'accompagnement intégreraient nécessairement des mesures de reclassement interne et externe⁷. Et en effet, le dernier alinéa de cet article, qui prévoit que le licenciement individuel de ces salariés *“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”* implique l'inclusion dans l'accord de mesures de reclassement externe.

La compatibilité des accords de mobilité avec la directive telle que l'interprète la CJUE demeure cependant incertaine, notamment en raison de l'incomplétude des informations transmises lors de leur négociation et du délai écoulé entre la consultation des IRP et la décision de licencier.

Les débats parlementaires montrent d'ailleurs que la question de la compatibilité du dispositif avec la directive, clairement posée, est restée en suspend⁸.

⁴ E. Wurtz et G. Auzero “Accords de mobilité et accords de maintien dans l'emploi” BICC 15 septembre 2014, spec. P. 35.

⁵ D. Baugard Le droit international et européen dans le processus : prévenir les risques d'inconventionnalité”, Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi; S. Laulom Semaine sociale Lamy, n° 1702, 14 décembre 2015.

⁶ CJCE 10 septembre 2009, affaire C-44/08, paragraphe 53.

⁷ Droit du travail, Précis Dalloz, 28^{ème} édition, 2014, n° 468-4 G. Auzero, E. Dockes.

⁸ “Lors des auditions, certains se sont interrogés sur la conformité de cette disposition avec l'article 13 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur le licenciement et avec la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs, qui posent chacune le principe de la consultation des représentants des travailleurs préalablement à de tels licenciements. Autrement dit, dans quelle mesure la loi peut-elle imposer que la procédure de licenciement collectif ne s'applique pas au licenciement pour motif économique de plusieurs salariés, le licenciement de chacun de ces salariés pour motif économique individuel permettant à l'employeur d'échapper à la consultation des institutions représentatives du personnel ? D'autres considèrent que les éventuels licenciements consécutifs à des refus opposés par des salariés de se voir appliquer l'accord sont le résultat d'un dispositif qui a été entièrement négocié en amont : autrement dit, la place laissée aux « représentants des travailleurs », notion utilisée par la directive communautaire, est jugée par les mêmes plus large qu'elle ne l'est dans le cadre actuel d'un plan de sauvegarde de l'emploi” (Rapport de la commission des affaires sociales de

Si l'hésitation persiste, c'est que l'objectif poursuivi par les partenaires sociaux lors de la négociation d'un accord de mobilité est celui de l'adaptation de l'entreprise à un contexte économique en évolution, non celui d'une réduction des effectifs, exclu sans ambiguïté par la lettre même du texte. L'accord ne peut être conclu pour licencier et la possibilité offerte à l'employeur d'y recourir à l'égard des salariés qui en refusent l'application n'est qu'un pis-aller.

C'est la raison pour laquelle les informations transmises aux organisations syndicales ne se recoupent pas avec celles dont l'article 2 de la directive dresse la liste : il y manque la communication du nombre et des catégories de travailleurs à licencier, la période prévue pour les prononcer et les critères de licenciement, qui n'auraient pas trouvé leur place dans la négociation d'un accord de mobilité.

En d'autres termes, si l'appréciation de la pertinence d'un accord de mobilité et de la suffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi repose sur la communication de données économiques et sociales communes, le déroulement d'une procédure de licenciement et la protection des travailleurs en cas de licenciement collectif, que la directive 98/59 se donne pour objet de renforcer, exigent que des données plus actuelles, plus adéquates et plus précises soient étudiées par les représentants des travailleurs dans le cadre d'une consultation ayant pour objet le projet-même du licenciement.

Avant de régler la question au fond, il aurait sans doute été nécessaire de saisir la CJUE d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité des règles relatives aux accords de mobilité avec la directive 98/59.

Qu'en est-il des moyens portant sur le contrôle du juge ?

Le second moyen soutient que la cour d'appel aurait violé l'article 4 de la Convention n°158 de l'OIT sur le licenciement aux termes duquel *“Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service”*.

Les articles 8 et 9 de la Convention rendent cette stipulation effective en donnant au travailleur le droit de *“recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal”*. Celui-ci est habilité à *“examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié.”* Il n'appartient pas seulement au tribunal de vérifier que la procédure de licenciement a été respectée, mais aussi d'exercer un contrôle sur le fond : *“En cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention **devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, étant entendu que l'étendue de leurs pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement sera définie par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention**”*⁹.

Si la notion de “motif valable” paraît large, la Convention en a cependant fixé les limites en excluant plusieurs motifs illicites, énoncés aux articles 5 et 6¹⁰.

l'Assemblée nationale sur l'article 12 du projet de loi).

⁹ Article 9, paragraphe III de la convention. Les méthodes d'application sont la convention collective, la sentence arbitrale ou la loi. L'article 1^{er} de la convention stipule que *“ Pour autant que l'application de la présente convention n'est pas assurée par voie de conventions collectives, de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, elle devra l'être par voie de législation nationale”*.

¹⁰ Article 5 : *“Ne constituent pas des motifs valables de licenciement, notamment:(a) l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail;(b) le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de*

L'étude d'ensemble des rapports sur la Convention 158 l'a précisée encore en définissant le motif "lié au fonctionnement de l'entreprise" comme celui découlant de "raisons de nature économique, technique, structurelle ou analogues", d'un "excédent de main-d'oeuvre ou de la réduction du nombre de postes pour des motifs d'ordre économique ou technique ou dans les cas fortuits ou de force majeure" et pouvant impliquer une compression des effectifs ou la fermeture de l'entreprise. "Le motif fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service pourrait encore être défini de manière négative comme celui exigé par les besoins économiques, technologiques, structurels ou similaires, mais qui n'est pas inhérent à la personne du salarié, qui n'est donc lié ni à sa conduite, ni à son aptitude. Ce licenciement est parfois assorti de conditions et procédures spécifiques, comme par exemple l'obligation pour l'employeur de prouver que la résiliation du contrat de travail répond aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise lorsqu'il invoque ce motif, la limitation du nombre des travailleurs touchés par ce motif au cours d'une année, ou encore l'obligation de tenir compte des considérations sociales"¹¹.

Ainsi, la notion de licenciement motivé par les nécessités de fonctionnement de l'entreprise est suffisamment précise pour être normative et donc pour imposer un contrôle du juge.

L'applicabilité directe des articles 4, 8 et 9 de la convention n° 158 de l'OIT est reconnue par le Conseil d'Etat depuis son arrêt "nouvelles embauches" du 19 octobre 2005¹² et par votre chambre depuis l'arrêt du 1^{er} juillet 2008, n°07-44-124 P. Par cette décision, vous avez jugé que le contrat « nouvelles embauches » n'entrait pas dans les catégories de contrats pour lesquelles il pouvait être dérogé au dispositif de protection de la Convention¹³ et qu'il ne satisfaisait pas à ses exigences, dans la mesure où il écartait les dispositions générales relatives notamment à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle.

En droit interne, l'adoption de la procédure du licenciement individuel pour motif économique en réponse au refus d'un salarié de voir appliquer un accord de mobilité est en grande partie le résultat d'un choix par défaut. Aux termes de l'article 15 de l'ANI du 11 janvier 2013 ce refus "n'entraîne pas son licenciement pour motif économique. Il s'agit d'un licenciement pour motif personnel ouvrant droit à des mesures de reclassement telles qu'un bilan de compétence ou un abondement du compte personnel de formation." Cependant, le Gouvernement a préféré présenter un projet de loi dans lequel le licenciement reposait sur un motif économique.

Pourquoi cette option a-t-elle finalement prévalu? "C'est d'une part en raison de la différence entre les procédures encadrant une modification pour motif économique et une modification pour motif personnel, et d'autre part, – ce qui est lié – par souci de conformité avec la directive 158 de l'organisation internationale du travail (OIT). Dans le cadre d'un motif économique, l'employeur doit formellement proposer à chaque salarié concerné la modification envisagée par lettre recommandée avec avis de réception, en l'informant de ses nouvelles conditions d'emploi et des éventuelles mesures d'accompagnement proposées, et en lui précisant qu'il dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus. À défaut de réponse dans ce délai, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée.

représentation des travailleurs; (c) le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes; (d) la race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale; (e) l'absence du travail pendant le congé de maternité".

Article 6 : "1. L'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement. 2. La définition de ce qui constitue l'absence temporaire du travail, la mesure dans laquelle un certificat médical sera requis et les limitations possibles dans l'application du paragraphe 1 du présent article seront déterminées conformément aux méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention".

¹¹ Etude d'ensemble des rapports sur la convention n° 158 et la recommandation n° 166, paragraphe 96.

¹² N° 283471,284421,284473,284654,285374.

¹³ L'article 2 de la convention n° 158 exclut du champ d'application de la convention les travailleurs intérimaires, en contrat à durée déterminée ou en période d'essai.

En revanche, dans le cas d'une modification pour motif personnel, l'information du salarié est certes obligatoire, mais elle n'est soumise à aucune condition de forme. L'employeur est néanmoins tenu de laisser au salarié un délai suffisant pour faire connaître son acceptation ou son refus, raisonnablement de quinze jours. Le nouvel article L. 2242-23 précise enfin que le licenciement d'un salarié prononcé en cas de refus de l'application de l'accord à son contrat de travail, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique. Cette rédaction est destinée à exonérer un employeur qui serait amené à licencier plus de dix salariés ayant refusé l'application de l'accord à leur contrat des obligations lui incombant dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique, autrement dit, par la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.¹⁴

Le motif économique d'un tel licenciement semble donc assez formel. Le refus de la modification du contrat de travail étant un droit du salarié, son exercice ne pourrait en aucun cas être la cause du licenciement. La seule cause susceptible d'être mise en avant est donc celle qui fonde la proposition de modification du contrat de travail prévue par l'accord¹⁵.

Or en application des articles 4, 8 et 9 de la Convention, il revient au juge de contrôler le motif du licenciement. Pour que les articles L. 2242-21 à L. 2242-23 soient conformes à la convention n° 158 il faut donc que le juge contrôle l'accord lui-même, à l'origine de la suspension ou de la modification des clauses du contrat de travail, et non le motif formel du licenciement individuel.

Ce mode de contrôle est conforme à votre jurisprudence, qui intègre le contrôle des accords de mobilité. Vous aviez, dans un arrêt du [9 octobre 2019, n° 18-14.872](#), vérifié que la rédaction d'un tel accord était suffisamment précise pour que la salariée qui en avait refusé l'application ait pu prendre sa décision de façon éclairée.

Et dans un arrêt du 4 mars 2020 ([n° 18-19.189 P](#)) vous avez validé une décision qui contrôlait le licenciement d'une salariée ayant refusé l'application d'un accord de mobilité, au regard du contenu de ce dernier.

En l'espèce, la cour d'appel juge que *"ce licenciement n'est pas contraire aux dispositions des articles 4 et 8 de la convention n° 158 de l'OIT, dès lors qu'il est fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise et que le salarié n'a pas été privé de la possibilité de contester en justice la réalité de son motif."*

Elle ne contrôle pas seulement le motif du licenciement individuel selon la procédure à laquelle renvoie l'article L. 2242-23, mais plus globalement l'ensemble du processus ayant mené à cette décision, de la signature de l'accord à la contestation de la décision devant le juge, satisfaisant ainsi aux exigences de la Convention n° 158.

Je vous propose donc d'écarter le second moyen.

Les sixième et septième branches du premier moyen reprochent à la cour d'avoir jugé que l'accord de mobilité conclu à la suite de la perte du marché de France Télécom dans le Gard et la Lozère était valide alors que l'article L. 2242-21 prévoit que de tels accords ne peuvent être négociés et signés que dans le cadre de mesures collectives d'organisation courante, sans projet de réduction d'effectifs.

Pour écarter l'invocation par les salariés du caractère frauduleux de l'accord, la cour d'appel a jugé que *"cet accord signé par la majorité des organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise, suite à la promulgation de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, mentionne*

¹⁴ Rapport au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale.

¹⁵ Mettant fin au contrôle du juge sur le motif individuel du licenciement, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a plus simplement prévu que le salarié refusant l'application d'un accord de performance collective ferait l'objet d'un licenciement reposant *"sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse"*.

expressément qu'il a été négocié en dehors de tout projet de réduction d'effectifs et [que] la fraude invoquée ne peut se déduire des affectations temporaires en grand déplacement proposées aux salariés affectés au marché perdu dans l'attente d'identifier des solutions pérennes, le cas échéant dans le cadre du nouveau dispositif légal de mobilité interne."

En acceptant de se prononcer sur la validité de l'accord, la cour se conforme à votre jurisprudence. Outre les décisions rappelées plus haut, vous avez en effet accepté, à propos des accords sur la réduction du temps de travail, de vous prononcer sur la conformité d'un accord à la loi qui le fonde ([Soc 15 mars 2006, n° 13-48.027 P](#)). Et vous jugez qu'il appartient au juge *"d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif [au] refus, au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail"* ([Soc 15 mars 2006, n°04-41.935 P](#)).

Vous exigez des juridictions de fond qu'elles procèdent à un examen précis de l'accord dont le refus a entraîné le licenciement d'un salarié *"Ayant constaté qu'un accord de modulation ne précisait ni le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, ni les conditions de réduction du délai dans lequel les salariés devaient être prévenus des changements de leurs horaires de travail, ni les contreparties devant leur bénéficier dans cette hypothèse, la cour d'appel en a exactement déduit que ce texte n'étant pas conforme aux exigences de l'article précité du code du travail, le licenciement du salarié motivé par son seul refus d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en oeuvre de la modulation était dépourvu de cause réelle et sérieuse."* ([Soc 23 septembre 2009, n° 07-44.712 P](#))

D'autre part, lors de l'examen de la loi ratifiant les ordonnances de septembre 2017, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos des accords de performance collective que *"la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge"*¹⁶.

Dans un arrêt récent portant sur le travail de nuit, la chambre criminelle a d'ailleurs fait usage du pouvoir de contrôle rappelé par le Conseil constitutionnel en décidant qu'il appartenait au juge d'examiner la conformité d'accords, même présumés valides, pour les écarter s'ils ne respectaient pas le code du travail ([Crim 7 janvier 2020, n°18-83.074 P](#))¹⁷.

Pour vérifier l'opposabilité de l'accord au salarié qui en refuse l'application, il appartient donc nécessairement au juge du fond de s'assurer que l'accord est conforme à la loi en ce qu'il répond aux motifs déterminés par celle-ci.

Dans cette démarche, la loyauté de la négociation doit être vérifiée, non seulement en s'assurant que la procédure de négociation et d'adoption respectait les exigences légales, ce qui n'est pas contesté en

¹⁶ Conseil constitutionnel 21 mars 2018, 2018-761 DC, paragraphe 27.

¹⁷ *"Vu l'article L. 3122-32, devenu L. 3122-1, du code du travail et 593 du code de procédure pénale ; Attendu qu'il résulte du premier de ces textes qu'il ne peut être recouru au travail de nuit que de façon exceptionnelle et en considération de la situation propre à chaque établissement, et seulement lorsqu'il est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou de services d'utilité sociale ; Que l'existence d'une convention collective, dût-elle être présumée valide, ne suffit pas à établir que ces conditions sont réunies ; (...) Attendu que pour infirmer le jugement et relaxer les prévenus du chef de mise en place illégale du travail de nuit dans une entreprise, l'arrêt énonce que celui-ci est autorisé dans les conditions énoncées aux articles L. 3122-1 et 3122-15 du code du travail ; (...) Mais attendu qu'en statuant ainsi, par des motifs ne répondant pas aux exigences des dispositions d'ordre public de l'article L. 3122-32, devenu L. 3122-1 du code du travail, **alors qu'il lui appartenait de mieux contrôler si ces exigences étaient remplies dans le cas de l'établissement en cause, fût-ce en écartant les clauses d'une convention ou accord collectif non conformes, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;** « Attendu que pour relaxer les prévenus du chef d'infractions à la règle du repos dominical dans les commerces de détail alimentaires, l'arrêt énonce que la convention collective précitée prévoit dans son article 5-14 que les établissements pourront être amenés à ouvrir régulièrement ou occasionnellement le dimanche, et à ses articles suivants, les compensations garanties aux salariés concernés ; que le juge ajoute que la loi du 8 août 2016 a souhaité favoriser la conclusion d'accords noués au plus près du terrain et des salariés et réguler ainsi le travail dominical et le travail de nuit dont elle ne fait que rappeler les grands principes généraux et dont l'application sur le terrain doit conserver l'esprit, sous le contrôle des magistrats du fond ; »
Mais attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé ;"*

l'espèce, mais aussi en examinant si les informations contenues dans l'accord sont en adéquation avec son objet. A cet égard le préambule est précieux, et sa précision gage d'une négociation loyale.

En ce qui concerne les accords de mobilité, l'ANI du 11 janvier 2013 stipulait à l'article 15 que *“La mobilité interne s'entend de la mise en oeuvre des mesures collectives d'organisation courantes dans l'entreprise, ne comportant pas de réduction d'effectifs et se traduisant notamment par des changements de poste ou de lieux de travail au sein de la même entreprise”*. Le projet de loi se référait, lui, à des *“mesures collectives d'organisation sans projet de licenciement”*.

Les parlementaires ont préféré la rédaction de l'ANI, qu'ils ont jugée plus précise et mieux à même d'éviter qu'un accord de mobilité soit négocié *“dans un contexte général de **restructuration de l'entreprise assorti de suppression de postes** ou encore de licenciement”*¹⁸. Et le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale a précisé lors du débat public que *“ces accords à froid auront pour objet de définir des règles générales, pas de fermer un établissement ou de demander à 150 salariés de se déplacer d'un établissement à un autre.”* Cette conception d'un accord de mobilité négocié “à froid” se traduit également par l'ajout en première lecture à l'Assemblée de son intégration dans la GPEC.

Le cadre des “mesures collectives d'organisation courante”, si l'on en croit le professeur Morvan, ne conviendrait qu'à une entreprise exerçant son activité sur des sites dispersés (magasins, chantiers) entre lesquels la mobilité géographique des salariés est une pratique “courante”¹⁹. Si l'auteur déplore le caractère restrictif de la formule, il n'en donne pas moins une interprétation parfaitement conciliable avec l'usage de l'accord de mobilité retenue par Inéo Infracom et ses syndicats.

Un autre auteur estime qu'avec l'accord de mobilité il ne s'agit pas de répondre à une situation accidentelle mais plutôt d'un outil pour gérer des contraintes structurelles présentant par nature une certaine récurrence²⁰.

En l'espèce, l'accord qui vous est soumis indique dans son préambule que *“Le dispositif, en ce qu'il favorise la réallocation fonctionnelle et/ou géographique de personnels à effectif constant est apparu aux partenaires sociaux, après information/consultation des instances représentatives du personnel compétentes, comme pouvant répondre aux contraintes de fonctionnement inhérentes à l'activité courante de la société Inéo Infracom confrontée, en fonction de son coeur d'activité régulièrement aux effets induits par des pertes de marchés sur des territoires géographiques peu actifs.”*

Pour une entreprise de plus de 1000 salariés établie dans de nombreux départements, la perte de marchés peut être considérée comme un phénomène récurrent, que compensent les marchés gagnés, les uns et les autres pouvant survenir dans des secteurs géographiques distincts, tout particulièrement lorsque, comme l'indique le préambule, les marchés ont été perdus dans des départements économiquement peu actifs. D'autre part, l'entreprise a engagé les négociations dès que la loi du 14 juin 2013 lui a permis de le faire, pour aboutir à un accord le 29 juillet suivant. Il lui était donc impossible de négocier plus “à froid”.

Le préambule de l'accord ajoute que *“Le processus de réallocation interne à Inéo Infracom des ressources humaines est conçu à effectif constant, chaque salarié concerné ayant de manière absolument garantie un poste d'arrivée. Il est donc acquis que l'accord s'appliquera en dehors de toute suppression de poste”*. Ici le vocabulaire employé paraît impropre, car si les salariés concernés se voient garantir un poste d'arrivée, leur poste de départ est bien supprimé. En revanche, l'absence de suppression d'effectif est acquise.

Or la loi mentionne bien les effectifs et non les postes, ce qui n'aurait guère eu de sens pour des accords ayant pour objet d'accompagner le déplacement d'un nombre important de salariés d'un site à un autre.

16 Rapport en première lecture de la commission des affaires sociales à l'Assemblée.

¹⁹ Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 - Patrick Morvan - La Semaine Juridique Sociale n° 18-19, 6 mai 2014, 1184.

²⁰ La mobilité interne, vecteur d'une véritable GPEC -Sophie Pélicier Loevenbruck et Ghislain Frèrejacques Semaine sociale Lamy, n° 1592, 8 juillet 2013.

C'est pourquoi il me semble que vous pouvez juger, comme la cour d'appel, que cet accord est conforme à la loi du 14 juin 2013, ce qui vous conduira à rejeter aussi les sixième et septième branches du premier moyen.

Avis de rejet.