



RAPPORT DE Mme MARGUERITE, CONSEILLER

**Arrêt n°1137 du 2 décembre 2020
Pourvoi n° W19-11.986 à E 19-11.994**

Décisions attaquées : 23 octobre 2018 de la cour d'appel de Nîmes

**M. A... X... et autres
C/
la société Ineo Infracom**

RAPPORT

comportant des propositions de rejet non
spécialement motivé

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Ineo Infracom a été informée par France Télécom de sa décision de ne pas renouveler le contrat Cartocible dans les départements du Gard et de la Lozère, de sorte que celui-ci s'est achevé fin juin 2013.

Fin juin, l'employeur a proposé aux 82 salariés concernés rattachés à l'agence Sud-Est (62 à Nîmes et 20 à Mende) des affectations temporaires en grand déplacement. En outre, les salariés étaient informés que leur adresse de rattachement administratif changeait au sein de la ville de Nîmes.

Plusieurs salariés ont informé leur employeur qu'ils refusaient ces modifications et ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation de leur contrat de travail.

Le 29 juillet 2013, un accord de mobilité interne a été conclu entre la société Ineo Infracom et plusieurs organisations syndicales représentatives en application de l'article 15 de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

Plusieurs salariés ont refusé les propositions de poste faites dans le cadre de l'application de cet accord.

Ils ont été licenciés en application de l'article L. 2242-23 alinéa 3 du code du travail.

Les salariés ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande subsidiaire de juger leur licenciement nul ou dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 24 octobre 2016, rendu sous la présidence du juge départiteur, le conseil de prud'hommes de Nîmes a:

- prononcé la résiliation judiciaire des contrats de travail à la date des licenciements,
- condamné l'employeur à payer aux salariés des sommes à titre de dommages et intérêts et ordonné la remise des documents sociaux conformes sous astreinte de 100 euros par jour de retard pendant une période de 10 mois,
- débouté les requérants de leurs demandes de dommages et intérêts pour absence de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Sur appel de l'employeur, par des arrêts du 23 octobre 2018, la cour d'appel de Nîmes a:

- infirmé le jugement
- débouté les salariés de l'ensemble de leurs prétentions
- rejeté les demandes en application de l'article 700 du code de procédure civile
- condamné les salariés aux dépens.

Les salariés ont formé un pourvoi en cassation le 11 février 2019 (arrêt signifié le 10 décembre 2018) et déposé un mémoire ampliatif le 11 juin 2019 (demande en application de l'article 700 du CPC: 4 000 euros).

L'employeur a déposé un mémoire en défense le 9 août 2019 (demande en application de l'article 700 du CPC: 3 000 euros) et des observations complémentaires le 30 octobre 2019.

La procédure paraît régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

Le premier moyen de cassation fait grief aux arrêts de débouter les salariés de leurs demandes tendant à voir prononcer la résiliation judiciaire de leurs contrats de travail aux torts de leur employeur, subsidiairement à voir constater la nullité et en tous cas l'absence

de cause réelle et sérieuse des licenciements prononcés et obtenir la condamnation de l'employeur à leur verser diverses sommes à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul et en tous cas sans cause réelle et sérieuse et à titre de dommages et intérêts pour non-respect par l'employeur de son obligation de mettre en œuvre un PSE, et de leurs demandes tendant à obtenir la remise de bulletins de salaire rectifiés, de certificats de travail et d'attestations Pôle emploi, sous astreinte, ainsi que les intérêts aux taux légal à compter de la saisine et une indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile alors

1°/ que « le refus d'au moins dix salariés de la modification de leur contrat de travail pour motif économique conduit l'employeur à envisager le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leurs contrats de travail pour motif économique ; qu'en l'espèce, il était constant et non contesté qu'en suite de la décision de la société France Telecom de ne pas renouveler le contrat Cartocible dans les départements du Gard et de la Lozère, 82 salariés étaient concernés par la fermeture du site du centre de travaux du 5 rue de Narvik à Nîmes au 30 juin 2013 et que plus de dix salariés avaient refusé leur déménagement sur un nouveau site, de sorte que l'employeur avait nécessairement envisagé leur licenciement pour motif économique ; qu'en excluant néanmoins l'obligation de mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, aux motifs inopérants qu'aucune modification du contrat de travail ne pouvait résulter de l'affectation temporaire en grand déplacement des salariés, la cour d'appel a violé l'article L. 1233-25 du code du travail et l'article L. 1233-61 du code du travail dans sa rédaction alors applicable; »

2°/ que « dans une entreprise d'au moins cinquante salariés , lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification de leur contrat de travail par affectation sur un autre site en raison de la fermeture du site sur lequel ils travaillaient et de que de ce fait, leur licenciement est envisagé, l'employeur doit mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi ; qu'en excluant l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, aux seuls motifs qu'aucune modification du contrat de travail ne pouvait résulter d'une affectation temporaire sur un autre site, sans rechercher concrètement, comme elle y était invitée, si compte tenu du refus par plus de dix salariés de leur affectation durable sur un autre secteur géographique, pour des raisons personnelles et familiales, l'employeur n'envisageait pas le licenciement éventuel des salariés dont les contrats de travail ne comportaient pas de clause de mobilité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-25 du code du travail et de l'article L. 1233-61 du code du travail dans sa rédaction alors applicable; »

3°/ que « la modification du lieu de rattachement constitue une modification du lieu de travail qui ne peut être imposée au salarié sans son accord ; qu'en constatant que les salariés avaient été administrativement rattachés à une autre adresse que celle à laquelle ils étaient initialement rattachés, sans en déduire que leurs contrats de travail avaient été modifiés, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction alors applicable à la cause et devenu 1103 du code civil ;»

4°/ que « dans leurs conclusions d'appel (cf. p. 6, production), les salariés faisaient valoir que le changement de lieu de travail dans un secteur géographique différent constituait une modification du contrat de travail et qu'en juin 2013, au jour de la fermeture du centre de

travaux de Nîmes, ils n'avaient encore reçu aucune proposition de mutation, de sorte qu'en les privant de toute attache géographique, sans leur accord, la société Ineo Infracom avait modifié leurs contrats de travail en les privant effectivement de rattachement définitif à un centre de travaux tout en les envoyant effectuer des missions de grands déplacements après la fermeture du centre de travaux de Nîmes ; qu'en rejetant leurs demandes en résiliation des contrats de travail aux torts de l'employeur sans avoir répondu à ces chefs pertinents des conclusions d'appel, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile; »

5°/ que subsidiairement « l'affectation du salarié dans un autre secteur géographique ou en dehors de la zone couverte par sa clause de mobilité ne constitue une modification du contrat de travail lorsque que la mission est motivée par les intérêts de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles et que le salarié est informé dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible ; qu'en constatant que le lieu d'affectation et la durée de la mission n'avaient été communiquées aux salariés que par courriers du 25 juin 2013 pour une prise de fonction dès le 1er juillet 2013 et en en déduisant néanmoins que les salariés avaient bénéficié d'un délai de prévenance suffisant, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 1221-1 du code du travail et 1134 dans sa rédaction applicable au litige et devenu 1103 du code civil ;»

6°/ que « l'accord de mobilité interne ne peut être négocié et signé que dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réductions d'effectifs; qu'en constatant que l'accord de mobilité interne signé le 29 juillet 2013 avait été conclu en suite de la perte du marché de France Telecom concernant le contrat Cartocible dans les départements du Gard et de la Lozère et de la fermeture du site de travaux sis 5 rue de Narvik à Nîmes qui avait entraîné le refus de mutation de plus de dix salariés de ce centre et en en déduisant néanmoins que cet accord de mobilité était valide, la cour d'appel a violé l'article L 2242-41 du code du travail dans sa rédaction alors applicable ;»

7°/ que « l'accord de mobilité interne ne peut être négocié et signé que dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réductions d'effectifs; qu'en se bornant à affirmer que l'accord de mobilité du 29 juillet 2013 était valide, aux seuls motifs que cet accord mentionnait expressément qu'il avait été négocié en dehors de tout projet de réduction d'effectifs et que la fraude invoquée ne pouvait se déduire des affectations temporaires en grand déplacement proposées aux salariés affectés au marché perdu, sans avoir recherché, si, comme le soutenaient les salariés dans leurs conclusions d'appel (cf. p. 4 et 8), l'employeur n'avait pas procédé à la suppression pure et simple des 80 postes de travail sur le site de Nîmes, de sorte que l'accord de mobilité n'avait pas été négocié en dehors de tout projet de réduction d'effectifs, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L 2242-41 du code du travail dans sa rédaction alors applicable ;»

8°/ que subsidiairement « dans leurs conclusions d'appel (cf. p. 9, productions), les salariés faisaient valoir qu'à supposer même que leurs licenciements économiques puissent résulter de la simple application d'un accord de mobilité interne, leur refus de mutation ne pouvait entraîner la rupture de leurs contrats de travail sans consultation préalable des

représentants du personnel, en application de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs ; qu'en se bornant à affirmer que l'accord de mobilité du 29 juillet 2013 était valide, sans avoir répondu à ces chefs pertinents des conclusions d'appel, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.»

Le second moyen de cassation subsidiaire fait grief aux arrêts de débouter les salariés de leurs demandes tendant à voir constater la nullité et en tous cas l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements prononcés et obtenir la condamnation de l'employeur à leur verser diverses sommes à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul et en tous cas sans cause réelle et sérieuse et à titre de dommages et intérêts pour non-respect par l'employeur de son obligation de mettre en œuvre un PSE, et de leurs demandes tendant à obtenir la remise de bulletins de salaire rectifiés, de certificats de travail et d'attestations Pôle emploi, sous astreinte, ainsi que les intérêts aux taux légal à compter de la saisine et une indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile alors que « le juge doit apprécier si le licenciement repose ou non sur une cause réelle et sérieuse ; qu'en retenant que le motif économique du licenciement des salariés était vainement discuté dès lors que le licenciement d'un salarié qui a refusé l'application à son contrat de travail des stipulations d'un accord de mobilité repose sur un motif économique, la cour d'appel, qui a refusé d'apprécier la cause réelle et sérieuse des licenciements a violé l'article 4 de la convention n°158 de l'OIT sur le licenciement, adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- qualification de la notion de mesures collectives d'organisation courantes
- conformité de l'article L. 2242-23 à la directive 98/59/CE
- conformité de l'article L. 2242-23 à l'article 4 de la convention n°158 de l'OIT

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1- Sur l'obligation d'établir un PSE à la suite du refus des salariés de leur affectation temporaire et de leur changement de rattachement administratif (premier moyen: 1^{ère} à 5^{ème} branches)

→ sur les conditions légales imposant à l'employeur d'établir un PSE en cas de refus de modifications du contrat de travail par des salariés

Sur le fondement de l'article L. 321-1-3 du code du travail, la chambre sociale avait jugé que la seule proposition de modification substantielle de leur contrat de travail pour motif économique emportait que les licenciements étaient envisagés et que l'employeur devait mettre en place un plan social s'il faisait cette proposition à plus de 10 salariés (Soc., 3 décembre 1996, pourvoi n° 95-17.352 et 95-20.330, Bulletin 1996, V, n° 411).

Dans les entreprises ou professions visées à l'article L. 321-2 et L. 321-3 du Code du travail où sont occupés habituellement au moins cinquante salariés, les employeurs qui projettent d'y effectuer un licenciement pour motif économique sont tenus, lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, non seulement de réunir et de consulter le comité d'entreprise mais d'établir et mettre en œuvre un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre. En outre, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 321-1 du Code du travail, ces dispositions sont applicables à toute rupture résultant d'une cause économique. Dès lors, ayant relevé que la décision d'une société de transférer son siège social la conduisait à proposer à plus de dix salariés la modification de leur contrat de travail et par suite à envisager leur licenciement ou à tout le moins la rupture de leur contrat de travail pour motif économique, la cour d'appel, qui a constaté que la société avait adressé aux salariés une proposition de modification de leur contrat de travail sans avoir préalablement établi un plan social, en a exactement déduit que la procédure suivie était nulle et de nul effet. (Soc., 6 mars 2001, pourvoi n° 98-46.479, Bulletin civil 2001, V, n° 71).

La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale a modifié l'article L. 321-1-3, recodifié à l'article L. 1233-25 du code du travail :

"Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique".

Il a alors été jugé que : Une cour d'appel, après avoir constaté qu'à la suite du refus de vingt et un salariés de voir modifier leur contrat de travail, l'employeur avait modifié son projet de réorganisation et procédé à une nouvelle consultation des représentants du personnel sur un projet de licenciement économique collectif concernant moins de dix salariés, en a déduit à bon droit qu'il n'était pas tenu, au regard des dispositions de l'article L. 1233-25 du code du travail, de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi. (Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-22.940, Bull. 2018, V, n° 11).

Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires.

L'article "Licenciements économiques consécutifs au refus de modification des contrats de travail pour motif économique : l'éloge du renoncement" de G. Desmoulin et E. Biotti, JSL 2018, n° 450, p. 10 indique:

"Ce faisant, la Cour a fait une interprétation littérale de l'article L. 1233-25 du Code du travail en distinguant ses deux conditions d'application cumulatives. D'une part, au moins 10 refus de modification contractuelle doivent avoir été opposés. D'autre part, le licenciement des salariés doit avoir été envisagé par l'employeur dès le stade de la présentation du projet aux élus et aux salariés.

Cette décision s'inscrit dans le mouvement initié par l'article 73 de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 qui a mis un terme aux jurisprudences Framatome et Majorette selon lesquelles la seule proposition de modification suffisait à déclencher l'obligation pour l'employeur d'élaborer un PSE (L. no 2005-32, 18 janv. 2005, de programmation pour la cohésion sociale ; Cass. soc., 3 déc. 1996, no 95-17352).

Depuis cette loi, l'élaboration d'un PSE n'est requise que dans l'hypothèse où au moins 10 salariés ont fait part à l'employeur de leur refus exprès de voir leur contrat de travail modifié.

Dans cette lignée, la décision commentée ajoute que le seul refus opposé par au moins 10 salariés est insuffisant à contraindre l'employeur à élaborer un PSE. Encore faut-il que le licenciement des salariés soit envisagé. Il s'agit là de la seconde condition prévue par l'article L. 1233-25 du Code du travail. Cette dernière ne saurait se déduire implicitement de la seule proposition de modification suivie du refus d'au moins 10 salariés. Le fait que l'employeur ait envisagé le licenciement des salariés doit donc être démontré pour entraîner l'obligation d'élaboration d'un PSE.

Tel n'était pas le cas en l'espèce : la première consultation des instances ne portait, selon la Cour, que sur le projet de restructuration et non sur un projet de licenciement d'au moins 10 salariés.

Cette décision apparaît logique à plusieurs égards.

D'une part, elle consacre une lecture stricte de l'article L. 1233-25 du Code du travail: la mise en place du PSE suppose que l'employeur qui a proposé les modifications contractuelles se soit non seulement appuyé sur un motif économique mais qu'il ait également envisagé le licenciement des salariés concernés, ce qui ne se déduit pas de la seule existence du projet de restructuration.

Une telle lecture des textes ne soulève pas d'objection en tant que telle mais suppose une particulière précaution de la part des employeurs qui souhaiteraient s'inscrire dans le cadre de cette décision. En effet, la circonstance que l'employeur n'ait pas envisagé des éventuels licenciements en cas de refus semble abolir son pouvoir de licencier, sauf à organiser une nouvelle procédure de consultation.

On notera toutefois qu'en l'espèce, le document qui a été soumis aux instances à l'occasion de la première consultation mentionnait que les salariés qui refuseraient la modification contractuelle seraient concernés par une « éventuelle » mesure de licenciement pour motif économique. Curieusement, cette mention n'a pas empêché la cour d'appel, puis la Cour de cassation, de considérer que la consultation s'était limitée à présenter le projet de restructuration, sans prévoir à ce stade les conséquences des éventuels refus des salariés.

Il n'en demeure pas moins que l'employeur, s'il souhaite bénéficier de cette solution jurisprudentielle et se garder la possibilité de modifier son projet en fonction du nombre de refus opposés, devra à notre sens veiller à ce que le périmètre de la première consultation des instances se limite strictement au projet de réorganisation, sans se prononcer à ce stade sur les conséquences qui seraient tirées des refus des salariés.

D'autre part, cette décision apparaît cohérente sur le plan du respect des prérogatives des instances représentatives du personnel. En effet, deux consultations distinctes ont bien été organisées, une pour chaque projet de restructuration. La Cour confirme ici qu'un employeur demeure libre de réviser ses projets dès lors qu'il respecte ses obligations en matière d'information et de consultation des instances représentatives."

Mais l'article "La jurisprudence Framatome - Majorette : épilogue ?" de H. Ciray, J. Jardonnet, Rev. dr. tr. 2018, p. 290 est plus critique:

"Par son arrêt du 24 janvier 2018 (n° 16-22.940) - appelé à faire l'objet d'une large publication - ne se contentant pas de confirmer l'abandon annoncé de sa jurisprudence, la haute juridiction a jugé que le plan de sauvegarde de l'emploi doit être mis en œuvre, non plus au moment où les modifications sont proposées, ni lorsque ces modifications sont refusées, mais dès lors que l'employeur, prenant acte du nombre de refus, décide du nombre de licenciements qu'il va notifier en jouant sur les effets de seuil. Le législateur n'en demandait pas tant.(...)

En exigeant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi au moment où l'employeur propose aux salariés la modification collective des contrats de travail, la jurisprudence permettait au comité d'entreprise d'exercer pleinement ses prérogatives, et surtout était conforme à l'effet utile de la procédure d'information et de consultation, ou en d'autres termes, « au principe général d'antériorité de la consultation sur la prise de décision ».

Nous l'avons vu, la loi Borloo a repoussé chronologiquement l'ouverture de la procédure d'information et de consultation et la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi non plus au moment où l'employeur propose aux salariés la modification collective des contrats de travail, mais au moment où les salariés refusent cette modification, faisant perdre à ladite information consultation une partie de son effet utile. (...)

Le point essentiel de la motivation de la cour d'appel réside dans la portée donnée à la possibilité laissée à l'employeur de renoncer à la modification du contrat de travail refusée par le salarié. Pour les juges du fond, l'employeur pouvant renoncer à son projet, il ne pourrait être tenu de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi que s'il décide de licencier au moins 10 salariés sur une même période de trente jours.

N'était-ce pas là confondre le terme « envisager », tel qu'il est utilisé par l'article L. 1233-25 du Code du travail, avec le mot « décider », le premier supposant une simple projection, le second une position ferme ? C'est le postulat du premier moyen du pourvoi présenté par les salariés devant la Cour de cassation qui faisait, en somme, valoir dans une première branche que l'élément déclencheur de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit être constitué par le nombre de refus. L'affirmation n'était pas incongrue car, nous l'avons dit, il est évident qu'un employeur qui projette un plan de réorganisation impliquant des modifications de contrat de travail envisage nécessairement l'éventualité de licenciements en cas de refus, et ce ab initio. D'ailleurs, dans les faits, les lettres de modification des contrats de travail adressées aux salariés indiquaient toutes : « Nous tenons à vous préciser qu'en cas de refus, nous serons contraints d'envisager une éventuelle mesure de licenciement ». La mention ne laissait que peu de doute sur les intentions ou la volonté de l'employeur.

La Cour de cassation n'a cependant pas tranché le litige dans le sens voulu par les salariés en jugeant que l'article L. 1233-25 du Code du travail ne fait pas obligation à l'employeur de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque 10 salariés au moins ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, dès lors que l'employeur, face à ces refus, a modifié son projet de réorganisation afin de n'avoir à licencier au maximum que 9 salariés. Formulé autrement, la Cour de cassation a donné une trop grande valeur à la conjonction de coordination « et » utilisée par le législateur dans la rédaction de l'article L. 1233-25 du Code du travail. Selon la Cour, le licenciement ne pourrait être envisagé qu'avec la manifestation d'une volonté de licencier à la suite des refus. (...)

La Cour de cassation consacre finalement le droit de l'employeur de modifier son projet afin de réduire le nombre des licenciements au regard du nombre de refus exprimés et d'éviter, par la même occasion, la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Nous ne pouvons que regretter cette solution qui s'appliquera assurément au détriment de l'effet utile de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise. (...)

En retardant le déclenchement de la procédure d'information et de consultation sur le projet de licenciement, c'est-à-dire le plan de sauvegarde de l'emploi, alors que la consultation sur le projet de restructuration ou de réorganisation a été ouverte, l'employeur ne permet plus au comité d'entreprise de disposer d'une information utile de nature à lui permettre de « peser en temps utile sur le processus de décision ». (...)

L'arrêt du 24 janvier 2018 va assurément inciter les entreprises, désireuses de modifier le contrat de travail des salariés pour motif économique, à mener un projet de réorganisation sans s'inquiéter du risque d'ouverture concomitante d'un plan de sauvegarde de l'emploi. En fonction du nombre de refus, le projet pourra être remodelé, et les stratégies d'évitement de mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi pourront se déployer. La flexibilité continue de gagner du terrain.”

Les observations à la RJS 2018.259 exposent:

“l'arrêt approuve toutefois la cour d'appel d'avoir retenu que la procédure de licenciement collectif n'était pas applicable en ce cas, dès lors que le nombre des salariés dont le licenciement pour motif économique avait été envisagé en dernier lieu était inférieur à 10.

On observera à cet égard que l'arrêt relève que le nouveau projet de l'employeur impliquant le licenciement de 9 salariés avait été soumis à la consultation des représentants du personnel. Cette condition est en effet nécessaire pour vérifier que le nouveau projet de l'employeur, consécutif au refus des mutations qu'il envisageait, ne constituait pas la suite du précédent et, par-là, un moyen de contourner les dispositions légales obligeant à établir un PSE. Si tel était le cas, on pourrait y voir une fraude aux dispositions d'ordre public de l'article L 1233-61 du Code du travail.

La question pourrait aussi se poser en d'autres termes et appeler une solution différente lorsque l'employeur, face à un nombre élevé de refus de la modification proposée, décide de ne licencier qu'un nombre de salariés inférieur à 10. Car ce qui compte pour l'application de l'article L 1233-25 du Code du travail, ce n'est pas le nombre des licenciements prononcés mais celui des licenciements envisagés en cas de refus.”

→ sur la modification du contrat de travail en raison du changement de lieu de travail

Le changement du lieu de travail relève en principe du pouvoir de direction de l'employeur et son indication dans le contrat de travail n'a en principe qu'une valeur informative sauf si ce lieu précis a été contractualisé.

La mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu.

Par suite, viole les dispositions des articles 1134 du Code civil et L. 121-1 du Code du travail la cour d'appel qui décide que l'employeur a modifié le contrat de travail d'un salarié par le seul fait qu'il avait affecté le salarié en un lieu, relevant du même secteur géographique, mais autre que celui mentionné sur le contrat de travail, sans relever qu'il y était précisé que le travail devait s'exécuter exclusivement dans le lieu indiqué (Soc., 3 juin 2003, pourvoi n° 01-43.573, Bulletin civil 2003, V, n° 185).

En revanche, en l'absence d'une telle clause, c'est à bon droit que la cour d'appel décide que le changement de localisation intervenu dans le même secteur géographique constituait un simple changement des conditions de travail et non une modification du contrat de travail (Soc., 3 juin 2003, pourvoi n° 01-40.376, Bulletin civil 2003, V, n° 185).

La mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu. Viole l'article

1134 du Code civil la cour d'appel qui décide qu'en application des articles L. 321-1 et suivants du Code du travail la proposition de transfert devait donner lieu à la mise en œuvre d'un plan social en se bornant à énoncer que les contrats de travail mentionnaient une adresse comme étant celle du lieu de travail et que par cette seule mention les parties avaient contractualisé le lieu de travail. (Soc., 21 janvier 2004, pourvoi n° 02-12.712, Bulletin civil 2004, V, n° 26).

La chambre sociale encadre toutefois ce changement du lieu d'exécution du contrat par la notion de même secteur géographique

Le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective En conséquence, ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles L. 122-6, L. 122-8 et L. 122-9 du Code du travail, une cour d'appel qui décide que le licenciement pour faute grave d'un salarié ayant refusé un tel changement est justifié, sans rechercher si le nouveau lieu de travail auquel il était affecté était situé dans un secteur géographique différent de celui où il travaillait précédemment et si, dès lors, le déménagement constituait une modification du contrat de travail. (Soc., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-40.576, Bulletin civil 1999, V, n° 186; Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-14.960).

La mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera exclusivement son travail dans ce lieu. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui retient que dès lors que le lieu de travail figurait dans le contrat de travail un changement de ce lieu constituait une modification du contrat que le salarié n'était pas tenu d'accepter, sans relever l'existence d'une telle stipulation et sans rechercher si le changement de localisation était intervenu dans le même secteur géographique. (Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 02-46.496, Bull. 2006, V, n° 102; Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 13-11.922; Soc., 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-21.192).

Dès lors, une mutation dans un même secteur géographique constitue une modification des conditions de travail dont le refus est constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-41.880, Bull. 2006, V, n° 158; Soc., 30 mai 2013, pourvoi n° 12-16.949).

La chambre sociale ne semble pas reconnaître de portée à la notion de rattachement administratif (à l'exception de la situation des salariés protégés) et privilégie l'examen de la réalité du lieu d'exercice des fonctions.

Voir, par exemple, Soc., 26 novembre 2008, pourvoi n° 07-42.228

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'avoir dit que le licenciement du salarié était sans cause réelle et sérieuse et d'avoir condamné la CITELE au paiement de certaines sommes à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de préavis, de congés payés sur préavis, alors, selon le moyen :

1°/ que ne constitue pas une modification du contrat de travail la modification du rattachement administratif d'un salarié recruté pour travailler "en grand déplacement" sur les chantiers situés tant dans sa région que sur tout le territoire métropolitain ; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté que le contrat de travail de M. T... stipulait expressément que "le

salarié serait amené à effectuer des grands déplacements dont le nombre et la durée seraient fonction des chantiers que l'entreprise exploite sur le territoire métropolitain" ; qu'estimant que l'envoi de M. T... sur les chantiers de sa région d'origine "Midi-Pyrénées" et la fermeture de son agence d'origine - Saint-Donat - constituait une modification de son contrat de travail, la cour d'appel a violé les articles L. 121-1, L. 122-6, L. 122-8 et L. 122-14-3 du code du travail ; (...)

Mais attendu que la cour d'appel a relevé, d'une part que le contrat de travail, qui fixait le lieu d'exercice des fonctions du salarié au sein de l'agence Rhône-Alpes et qui prévoyait que le salarié serait amené à effectuer des grands déplacements, ne comportait pas de clause de mobilité, d'autre part que l'agence à laquelle était rattaché le salarié avait été supprimée ; qu'elle a pu en déduire que l'envoi non temporaire du salarié sur des chantiers dans la région Midi-Pyrénées, correspondant à un secteur géographique différent de celui de l'agence où le salarié exerçait son activité, constituait une modification du contrat de travail que le salarié était en droit de refuser ; que le moyen n'est pas fondé ;

→ sur la possibilité d'affectation temporaire

Par ailleurs, la jurisprudence de la chambre sociale admet qu'un salarié puisse être affecté temporairement hors du secteur géographique habituel ou en dehors de la zone couverte par une clause de mobilité contenue dans le contrat.

Elle pose des conditions légèrement différentes à cette possibilité de déroger au contrat de travail selon que les fonctions du salarié impliquent ou non une certaine mobilité géographique.

Il faut toujours que l'affectation occasionnelle soit justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que le salarié soit prévenu dans un délai raisonnable et connaisse la durée prévisible de cette affectation.

En outre, pour un salarié n'occupant pas des fonctions impliquant une certaine mobilité, l'employeur doit faire état de circonstances exceptionnelles.

Ainsi, Le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement, ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique.

Encourt, dès lors, la cassation, l'arrêt qui retient qu'en l'absence de clause de mobilité dans son contrat de travail, l'affectation, pendant deux mois, d'un chef de chantier, ayant le statut de cadre, sur un chantier éloigné de la région proche de Toulouse où il travaillait habituellement depuis une dizaine d'années, constituait une modification de son contrat nécessitant son consentement. (Soc., 22 janvier 2003, pourvoi n° 00-43.826, Bulletin civil 2003, V, n° 15).

Dès lors qu'un salarié, dont la spécificité des fonctions impliquait une certaine mobilité géographique, avait bénéficié d'un délai de prévenance raisonnable entre le moment où il avait été informé de son détachement provisoire sur un chantier et le moment où il devait effectivement le rejoindre, une cour d'appel peut en

déduire que son refus est constitutif d'une faute grave. (Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 04-47.368, Bull. 2006, V, n° 106).

Puis, pour un salarié n'occupant pas des fonctions impliquant une certaine mobilité géographique: Si l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail, il n'en est ainsi que lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible. (Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-41.412, Bull. 2010, V, n° 31).

Et pour des fonctions sur des chantiers:

Un salarié qui refuse un déplacement s'inscrivant dans le cadre habituel de son activité d'assistant chef de chantier commet un manquement à ses obligations contractuelles ne constituant pas nécessairement une faute grave.

Ne donne pas de base légale à sa décision, la cour d'appel qui déclare le licenciement fondé sur une faute grave sans s'expliquer sur les faits invoqués par le salarié qui faisait valoir que ses précédentes affectations étaient toutes dans l'est de la France et que la durée prévisible de la mutation ne lui avait pas été précisée, ni caractériser sa volonté délibérée de se soustraire à ses obligations contractuelles.(Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 12-19.573, Bull. 2014, V, n° 94)

Soc., 22 mars 2018, pourvoi n° 16-19.156

Mais attendu qu'ayant constaté que le déplacement refusé par le salarié, prévenu dans un délai raisonnable et informé régulièrement de la durée prévisible de la mission, était justifié par l'intérêt de l'entreprise et s'inscrivait dans le cadre habituel de son activité de chef de chantier et que ce dernier ne donnait aucun élément sur sa vie privée et familiale, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que ce déplacement ne constituait pas une modification de son contrat de travail ; que le moyen n'est pas fondé ;

En l'espèce, s'agissant des affectations temporaires, la cour d'appel a :

- constaté que les salariés avaient été informés fin juin de leur déplacement provisoire sur des chantiers dans d'autres régions de France à compter du 1^{er} juillet et jusqu'à la fin septembre 2013 et qu'à la suite des protestations des salariés, l'employeur leur avait laissé un délai supplémentaire pour s'organiser;
- conclu que ces affectations temporaires étaient justifiées par l'intérêt de l'entreprise, justifiées par des circonstances exceptionnelles et que, si les salariés ont été informés que fin juin, l'employeur leur a laissé un délai supplémentaire, de sorte que le délai de prévenance était suffisant, et qu'ainsi ces affectations ne constituaient pas une modification du contrat de travail.

S'agissant du changement de rattachement administratif, la cour d'appel a:

- constaté que l'employeur avait informé les salariés fin juin du changement de rattachement administratif vers une adresse située à Nîmes au 1^{er} juillet et, pour certains salariés, qu'il leur avait précisé que le changement administratif d'affectation s'expliquait par le déménagement des locaux situés rue Narvik à Nîmes, dans lesquels la société ne pouvait se maintenir au-delà du 30 juin 2013, à une nouvelle adresse située rue Etienne Lenoir également à Nîmes, les deux sites étant distants de seulement 5 km;
- conclu que le simple changement d'adresse du centre de travaux auquel les salariés étaient administrativement rattachés, qui a été maintenu à Nîmes, ne constituait pas une modification du contrat de travail.

Les cinq premières branches du premier moyen ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation pour les raisons suivantes.

Après avoir constaté que le changement d'adresse s'était opéré au 1^{er} juillet faisant ressortir que les salariés n'avaient pas été privés de rattachement administratif (4^{ème} branche), ayant à bon droit retenu que le changement de rattachement administratif à une adresse située dans la même ville ne constituait pas une modification du contrat de travail (3^{ème} branche) et que les salariés avaient été informés dans un délai raisonnable de leur affectation provisoire dès lors que l'employeur leur avait accordé un délai supplémentaire pour rejoindre ces affectations (5^{ème} branche), la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé que le refus des salariés ne s'analysait pas en un refus de modification de leur contrat de travail, en a exactement déduit, par ces seuls motifs (2^{ème} branche) qu'à ce stade l'employeur n'était pas soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique (1^{ère} branche).

Les cinq premières branches du premier moyen sont susceptibles de faire l'objet d'une décision de rejet non spécialement motivé.

4.2- Sur la validité de l'accord de mobilité (premier moyen: 6^{ème} et 7^{ème} branches)

La loi n°2013-504 du 14 juin 2013 a créé une sous-section 2 intitulée "mobilité interne" à la section 3 du chapitre II du titre IV du code du travail relatif à la négociation obligatoire.

Article L. 2242-21

L'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs.

Dans les entreprises et les groupes d'entreprises mentionnés à l'article L. 2242-15, les modalités de cette mobilité interne à l'entreprise s'inscrivent dans le cadre de la négociation prévue au même article.

Dans les autres entreprises et groupes d'entreprises, la négociation prévue au présent article porte également sur les évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences et sur les mesures susceptibles de les accompagner.

Article 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 salarié¹, 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.

Article 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

¹ Sur ce point, la chambre sociale a jugé Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-14.872

Attendu que, pour juger le licenciement de la salariée dépourvu de cause réelle et sérieuse, condamner la société à lui payer une indemnité sur le fondement de l'article L. 1235-3 du code du travail et ordonner le remboursement des sommes éventuellement versées par Pôle emploi dans la limite de six mois, l'arrêt énonce qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 2242-21, L. 2242-22 et L. 2242-23 du code du travail que le licenciement d'un salarié ayant refusé l'application à son contrat de travail des stipulations de l'accord collectif relatif à la mobilité interne conclu dans son entreprise repose sur un motif économique dès lors que les conditions de forme et de fond prescrites par les textes précités ont bien été respectées et qu'ainsi cet accord lui est opposable ; qu'il ne saurait être reproché à la salariée d'avoir refusé la proposition de mobilité qui lui était faite sachant qu'il ne lui était pas possible, à la lecture de l'accord de mobilité, de savoir si cette proposition s'inscrivait dans les limites géographiques que l'accord se devait de fixer précisément en application des dispositions de l'article L. 2242-22 du code du travail ; qu'il ne relève nullement de l'évidence qu'une secrétaire d'agence à Agen ait nécessairement connaissance de la liste des établissements de la société Inéo Réseaux Sud-Ouest, dont nombre d'entre eux, aux termes des conclusions de ladite société, semblent se situer en dehors de la région géographique Sud-Ouest ; que dès lors, le licenciement de l'intéressée, intervenu sur la base d'un accord de mobilité interne qui lui est inopposable compte tenu de l'imprécision de la mention prescrite par l'article L. 2242-22 et relative aux limites géographiques de la mobilité, est dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la clause de l'accord, qui prévoyait que les propositions de mobilité pourront concerner tous les établissements de l'entreprise existant à la date de sa conclusion, était précise, peu important qu'elle ne dresse pas la liste de ces établissements, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

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 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.

Ces articles sont devenus les articles L. 2242-17, L. 2242-18 et L. 2242-19 à la suite de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

Puis, ces accords de mobilité ont été supprimés par l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 qui a instauré un régime unique pour certains accords collectifs à l'article L. 2254-2 du code du travail.

Les 6^{ème} et 7^{ème} branches du premier moyen posent la question de la portée de la notion d'organisation courante sans suppression d'effectifs.

→ les travaux parlementaires sur le premier alinéa de l'article L. 2242-21

Lors des débats parlementaires, la rédaction de l'article L. 2242-21 a notamment évolué sur deux aspects.

D'une part, s'agissant de l'objet de la négociation, le projet de loi soumis au Parlement évoquait "des mesures collectives d'organisation sans projet de licenciement".

Le texte a été modifié en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale pour revenir au texte de l'ANI. Ainsi, le rapport en 1^{ère} lecture de la commission des affaires sociales à l'Assemblée nationale indique:

"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 économique. Ces mesures font l'objet de plus amples analyses dans le cadre du commentaire de l'article consacré à cette refonte."

Lors des débats en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale, le ministre du travail indiquait:

"M. Michel Sapin, ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social. Nous aurons, bien entendu l'occasion, de préciser les éléments du débat lors de l'examen des amendements suivants. En effet, mais il ne faut pas supprimer l'article 10, sinon on en resterait à la situation actuelle, laquelle n'est certes pas bouleversée, mais améliorée par les dispositions qui vous sont proposées.

Aujourd'hui, comme l'a très bien expliqué le rapporteur, le salarié est seul, en situation de faiblesse par rapport à son employeur : soit au moment où il est embauché et où son contrat de travail est très largement écrit, soit au moment où se pose la difficulté elle-même, tout à fait à la fin, à chaud.

Nous proposons donc qu'à froid, alors que la question n'est pas posée individuellement et ne concerne pas un salarié particulier, les conditions de la mobilité dans l'entreprise soient négociées et donc encadrées au préalable, pour que chacun les connaisse à l'avance. C'est donc un élément de protection."

Le rapporteur ajoutait sur l'amendement n° 4647 rectifié:

"M. Jean-Marc Germain, rapporteur. Si je peux comprendre le sens de ces amendements, ils me semblent constituer la réponse à des accords de mobilité que nous ne souhaitons pas. Les accords que nous souhaitons voir intervenir seront conclus à froid, tous les trois ans, par adjonction optionnelle à une négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. 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. Vos amendements font plutôt référence à une situation où la mobilité se déciderait à chaud et comporterait des plans de départ massifs.

Par ailleurs, je rappelle que le comité d'entreprise, consulté dans le cadre de tout accord collectif, a lui-même la possibilité de saisir le CHSCT si les conditions de travail sont susceptibles d'être modifiées. Si l'accord collectif prévoit que le lieu de travail des salariés reste à l'adresse de l'entreprise, je ne vois pas l'intérêt de faire intervenir le CHSCT. Il ne me paraît donc pas souhaitable de systématiser son intervention."

D'autre part, le projet de loi prévoyait que cette négociation "était" engagée par l'employeur tous les trois ans. Les débats parlementaires ont introduit l'idée d'une simple possibilité d'engagement de la négociation et ont insisté sur le lien avec la gestion prévisionnelle des emplois et prévention des conséquences des mutations économiques.

Lors des débats en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale, le ministre du travail exposait:

"Que cette négociation soit liée à la GPEC, c'est ce qu'ont voulu les organisations syndicales signataires de l'accord : liée à une vraie GPEC, pas celle qui a trop souvent été utilisée, une GPEC d'urgence, au dernier moment, une GPEC mal adaptée de plans collectifs de licenciement, mais celle qui anticipe, qui se fait à froid, qui permet de déterminer les évolutions nécessaires dans l'entreprise, dans le secteur, sur le territoire, qui permet de prévoir les mobilités à l'avance et donc d'anticiper les parcours de chacun des salariés. Ce lien avec la GPEC, que vous renforcerez encore, monsieur le rapporteur, est très important. Votre amendement est de grande qualité, il préconise une négociation à froid, c'est-à-dire au moment où les salariés ne sont pas individuellement en situation de faiblesse mais où, collectivement, à travers leurs organisations syndicales, ils sont en position de force."

Les débats en 1^{ère} lecture au Sénat insistent sur ce point:

“M. Claude Jeannerot, rapporteur. (...) . L’Assemblée nationale a apporté à l’article sur la mobilité interne une importante modification, qui me semble pertinente, car elle renforce dans une large mesure les garanties des salariés.

Si la négociation a perdu le caractère obligatoire qu’elle avait dans le projet de loi initial, elle s’insère désormais plus directement – et cela me semble astucieux – dans le cadre de la GPEC, y compris pour les entreprises qui ne sont pas soumises à l’obligation de négocier sur ce thème, ce qui me paraît de nature à dissiper les doutes que vous avez exprimés.

Les modifications apportées par l’Assemblée nationale visent précisément à garantir que la mobilité interne ne sera pas utilisée comme un outil de diminution de la masse salariale en cas de difficultés conjoncturelles. C’est une garantie supplémentaire.”

→ la doctrine

La doctrine s’est interrogée sur la similarité ou la différence entre suppression d’effectifs et suppressions de postes.

A aussi été posée la question de la possibilité du recours à un accord de mobilité face à une difficulté conjoncturelle et donc en prévention d’une éventuelle procédure de licenciements économiques.

Les accords de mobilité interne - Étude par Joël Grangé avocat associé, Flichy Grangé Avocats- La Semaine Juridique Social n° 18-19, 6 Mai 2014, 1185

“11. - La mobilité interne s’entendait selon l’article 15 de l’ANI « de la mise en œuvre des mesures collectives d’organisation courantes dans l’entreprise, ne comportant pas de réduction d’effectifs et se traduisant notamment par des changements de poste ou de lieux de travail au sein de la même entreprise». Qu’entend-on par « mesures collectives d’organisation courantes » ? Est-ce à dire que des mobilités individuelles organisées au fil du temps ne pourraient être couvertes par un tel dispositif ? Ce serait évidemment regrettable. Mais surtout, que visent les partenaires sociaux lorsqu’ils prévoient que ces « mesures (...) d’organisation courantes » ne comportent « pas de réduction d’effectifs » ? Il est fréquent qu’une entreprise, lorsqu’elle se réorganise, envisage des modifications de contrats de travail et des suppressions de poste. Il serait dommage de traiter de manière différente les salariés dans le cadre d’une mobilité collective selon que l’employeur envisage ou non des suppressions de postes. Si les deux projets doivent éventuellement être conduits séparément, quel délai doit être respecté entre les deux ? Autant de questions que l’ANI du 11 janvier 2013 ne clarifiait pas et qui ne sont pas davantage explicités dans la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l’emploi, celle-ci indiquant seulement que « l’employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de mobilité professionnelle ou géographique interne à l’entreprise dans le cadre de mesures d’organisation collectives courantes sans projet de réduction d’effectifs » (C. trav., art. L. 2242-21). Peut-être aurait-il fallu préciser que les populations concernées par la mobilité ne seraient pas visées par des projets de compression des effectifs. Les questions demeurent.”

Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 - Patrick Morvan - La Semaine Juridique Social no 18-19, 6 Mai 2014, 1184 notait :

“28. - Courant ou exceptionnel. - Par ailleurs, la négociation d’un accord de mobilité interne s’inscrit «dans le cadre de mesures collectives d’organisation courantes ». La formule pourrait être interprétée comme excluant des mesures de réorganisation exceptionnelles, liées à des difficultés conjoncturelles ou à une situation accidentelle. Elle ne s’érigerait alors qu’à une entreprise exerçant son activité sur des sites dispersés (magasins,

chantiers...) entre lesquels la mobilité géographique des salariés est une pratique « courante ». Cette interprétation signerait la mort des accords de mobilité interne. La formule légale doit surtout être... ignorée. Directement reprise de l'article 15 de l'ANI du 11 janvier 2013, elle ne correspond à aucune notion juridique connue et relève surtout du langage approximatif des partenaires sociaux."

La mobilité interne, vecteur d'une véritable GPEC - Sophie Pélicier Loevenbruck, Avocat associé spécialiste en droit social et Ghislain Frèrejacques, Avocat, Fromont Briens - Semaine Sociale Lamy, N° 1592, 8 juillet 2013

"La formule est proche du texte de l'ANI, qui définit la mobilité interne comme « la mise en œuvre des mesures collectives d'organisation courantes dans l'entreprise, ne comportant pas de réduction d'effectifs et se traduisant notamment par des changements de poste ou de lieux de travail au sein de la même entreprise ».

Cette rédaction demeure difficile à appréhender. La définition du champ d'application de la mobilité interne reste ouverte et surtout ne renvoie à aucune catégorie juridique existante : qu'est-ce qu'une « mesure collective d'organisation courante » ? Que signifie l'exigence selon laquelle elle ne doit pas comporter de projet de réduction d'effectifs : est-ce simplement une exigence de temporalité ou bien également et surtout de quantum, la réallocation fonctionnelle ou géographique de personnels devant se faire à effectif constant ?

La notion « d'organisation courante » semble avant tout s'opposer à l'aspect exceptionnel d'une situation, excluant tout projet dont la cause ne ressortirait pas du fonctionnement habituel de l'entreprise, du secteur d'activité en cause. Tout en étant autorisées à avoir une dimension collective, ces mobilités internes ne pourraient être mises en place en raison d'une difficulté conjoncturelle.

Il ne s'agirait donc pas de répondre à une situation accidentelle, mais de prévoir un outil pour gérer des contraintes structurelles, présentant par nature une certaine récurrence et qui, jusqu'à maintenant, auraient rendu obligatoire la mise en place de procédures de licenciements collectifs (information-consultation des IRP, PSE, etc.) dès lors qu'elles donnaient effectivement lieu à des refus consécutifs aux modifications du contrat de travail induites."

- Mobilité interne versus licenciement économique collectif

C'est en ce sens que cet objet de négociation nouveau autour de la mobilité interne à l'entreprise opère une réduction du périmètre d'application de la procédure collective afférente au licenciement économique et ainsi un reflux après des années d'extension, laquelle se fondait précisément sur le caractère collectif d'un projet et les modifications effectives du contrat de travail afférente.

Il se perçoit cependant que cet aspect de la définition ne permet pas d'embrasser totalement le champ d'application de l'accord de mobilité interne versus celui du licenciement économique collectif. Le fait générateur du dispositif de mobilité n'apparaît pas suffisant pour en circonscrire le périmètre, ce d'autant que si les mesures collectives de réallocations des ressources sur le territoire et/ou sur les postes qu'il prévoit, n'intervenaient pas en amont, des problématiques de sureffectifs pourraient survenir.

Dans bien des cas, les mobilités internes opérées seront ainsi des alternatives préventives de licenciements économiques. Dès lors, le critère temporel pourrait ne pas être suffisant à distinguer le champ d'application respectif de la mobilité interne et du licenciement pour motif économique.

La condition d'absence de projets de réduction d'effectifs risque ainsi de faire l'objet d'une appréciation en effectivité, c'est-à-dire de la vérification que le processus de réallocation interne des ressources est conçu à effectif constant, chaque salarié concerné ayant bien un poste d'arrivée.

De même, les éventuels refus de mobilité qui donneraient lieu à des licenciements économiques individuels autorisés par l'accord, en application du nouveau dispositif de mobilité interne, devraient normalement être compensés par des embauches à due concurrence.

À défaut, une consultation du comité d'entreprise (CE) au titre de la marche générale de l'entreprise (C. trav., art. L. 2323-6) sur la décision de ne pas réembaucher in fine et ses incidences sur l'organisation de

l'entreprise, outre le cas échéant celle du CHSCT, devrait être réalisée pour sécuriser la situation au regard des suppressions de tout ou partie des postes non pourvus par le jeu des mobilités internes.

La distinction des domaines d'application respectifs de la mobilité interne et du licenciement économique paraît donc difficilement tenir au caractère exclusif de l'un par rapport à l'autre, non seulement en considération de leur objet mais également de celle de la seule concomitance de leur date effective de réalisation.

Admettre ce critère de distinction supposerait que des mobilités internes seraient exclues dès lors qu'une procédure de licenciement économique pourrait être engagée, au motif de leur identité d'objet. Cela aboutirait à l'inverse de l'objectif souhaité, ces accords visent justement à faciliter l'anticipation des évolutions de l'entreprise par le biais de mobilités géographique et/ou fonctionnelle pour prévenir d'éventuelles réductions d'effectifs.

En tout état de cause, le critère temporel (moment de leur intervention) conserve son importance dès lors qu'il apparaît que des mobilités internes résultant de mesures d'organisation courantes ne pourront être prises alors que serait engagée une procédure de licenciement pour motif économique, du moins à identité de périmètre (établissements, catégories de salariés).

La mise en œuvre de mobilités internes au titre d'un accord du même nom, en prévoyant une procédure alternative aux licenciements économiques, semble aboutir nécessairement à une exclusion temporaire de ces derniers."

→ la jurisprudence

La chambre sociale a récemment jugé:

Mais attendu que selon l'article L. 2242-21 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, l'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs ; que la cour d'appel, qui a constaté que la mobilité individuelle du salarié était envisagée dans le cadre d'une réorganisation de la direction centrale commerciale ne s'accompagnant pas d'une réduction d'effectifs, a exactement déduit de ces seuls motifs que cette réorganisation constituait une mesure collective d'organisation courante au sens du texte précité ; que le moyen n'est pas fondé ;

(Soc., 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-13.599, en cours de publication)

La chambre sociale juge ici que la réorganisation d'une direction de l'entreprise sans réduction d'effectifs constitue une mesure d'organisation courante.

La chambre répondait dans cet arrêt à des moyens soutenant que l'ampleur ou la durée de la réorganisation étaient de nature à la faire regarder comme échappant à la catégorie des mesures collectives d'organisation courantes.

En l'espèce, les salariés soutenaient que l'employeur avait négocié l'accord de mobilité en urgence pour faire face à la contestation des salariés refusant les mesures d'affectation provisoires et refusant de démissionner. Dès lors qu'il savait que plus de 10 salariés avaient fait état d'un tel refus, l'employeur aurait négocié l'accord de mobilité en fraude au

PSE, c'est à dire non pas dans des conditions d'organisation courante mais pour pallier la fermeture du centre de travaux de Nîmes et le refus de plusieurs salariés d'accepter une mutation géographique.

La cour d'appel a jugé que les salariés invoquaient "vainement le caractère frauduleux de l'accord de mobilité signé le 29 juillet 2013, motifs pris que celui-ci ne pouvait intervenir que dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectif, et que, lorsque la société Ineo Infracom a engagé les négociations, elle savait parfaitement que plus de 10 salariés du centre de travaux de Nîmes avaient refusé leur mutation dans une autre région et qu'elle était dans l'obligation de négocier un PSE.

En effet, 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 expressément qu'il a été négocié en dehors de tout projet de réduction d'effectifs et 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."

La 6^{ème} branche du premier moyen soutient que la cour d'appel a violé l'article L. 2242-21 en jugeant que l'accord avait été conclu dans le cadre de mesures collectives d'organisation courante sans projet de réduction d'effectif alors qu'elle avait constaté que l'accord avait été conclu à la suite de la perte du marché Cartocible sur les départements du Gard et de la Lozère entraînant la fermeture du centre de travaux de Nîmes et le refus de plus de dix salariés d'accepter des mutations

La 7^{ème} branche soutient que la cour d'appel a privé sa décision de base légale en ne recherchant pas si l'employeur n'avait pas procédé à la suppression pure et simple des 80 postes du site de Nîmes de sorte que l'accord n'avait pas été négocié en dehors de tout projet de réduction d'effectifs.

La chambre devra s'interroger sur la portée du critère d'organisation courante et déterminer s'il fait obstacle à ce qu'un accord de mobilité puisse être conclu pour répondre à la situation d'une perte de marché emportant une nécessité de ré-affectation des salariés concernés par cette perte de marché, alors que plusieurs de ces derniers avaient fait savoir ne pas envisager une mobilité.

Elle devra également déterminer si le critère de l'absence de réduction d'effectifs exclut l'existence de suppressions de postes.

4.3- Sur la consultation des représentants du personnel (premier moyen: 8^{ème} branche)

Selon l'article L. 2242-23, en cas de refus d'un ou plusieurs salariés de l'application de l'accord de mobilité à leur contrat de travail, leur licenciement est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique.

Il résulte des travaux parlementaires que ces termes avaient pour objet d'échapper à l'obligation d'élaborer un PSE et de consulter les institutions représentatives du personnel selon la procédure applicable aux licenciements collectifs.

Les dispositions du 4^{ème} alinéa de l'article L. 2242-23 ont été soumises au Conseil Constitutionnel (décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013) qui a jugé:

“20. Considérant que, selon les députés requérants, en qualifiant de licenciement économique le licenciement du salarié qui refuse l'application à son contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne, ces dispositions portent atteinte à la liberté d'entreprendre;

21. Considérant, toutefois, qu'il était loisible au législateur de déterminer les règles applicables au licenciement du salarié qui refuse l'application des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne; qu'en soumettant ce licenciement aux règles applicables au licenciement individuel pour motif économique, il n'a méconnu aucune exigence constitutionnelle; que, par suite, le quatrième alinéa de l'article L. 2242-23 du code du travail doit être déclaré conforme à la Constitution;

22. Considérant qu'il n'y a lieu de soulever d'office aucune question de constitutionnalité.”

→ l'article 2 de la directive 98/59/CE

Cet article 2 prévoit:

“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.

(...)”.

La notion de représentants des travailleurs n'a pas été précisée par la CJUE mais la directive semble laisser une grande liberté au droit national quant au mode de désignation des représentants des travailleurs.

La notion de temps utile utilisée dans ce texte reprend la formule de la convention n°158 de l'OIT, également utilisée à l'article 27 de la charte sociale européenne révisée.

L'arrêt du 22 avril 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e.a.*, C44/08 de la CJUE expose que la consultation doit commencer dès que les licenciements sont envisagés et lorsque la décision de ces licenciements n'a pas encore été prise mais à un stade où les licenciements ne sont pas seulement une probabilité et que les facteurs pertinents pour cette consultation sont connus (§ 45 et 47).

Il faut rappeler que l'article 13 de la convention n° 158 de l'OIT prévoit l'obligation de consultation des représentants des travailleurs en cas de licenciements pour motif économique:

“Article 13

1. L'employeur qui envisage des licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire devra:

(a) fournir en temps utile aux représentants des travailleurs intéressés les informations pertinentes, y compris les motifs des licenciements envisagés, le nombre et les catégories de travailleurs qu'ils sont susceptibles d'affecter et la période au cours de laquelle il est prévu d'y procéder;

(b) donner, conformément à la législation et à la pratique nationales, aussi longtemps à l'avance possible, l'occasion aux représentants des travailleurs intéressés d'être consultés sur les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les licenciements et les mesures visant à atténuer les effets défavorables de tout licenciement pour les travailleurs intéressés, notamment les possibilités de reclassement dans un autre emploi.

2. L'application du paragraphe 1 du présent article pourra être limitée, par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention, aux cas où le nombre des travailleurs dont le licenciement est envisagé atteint au moins un nombre déterminé ou un pourcentage déterminé du personnel.

3. Aux fins du présent article, l'expression représentants des travailleurs intéressés signifie les représentants des travailleurs reconnus comme tels par la législation ou la pratique nationales, conformément à la convention concernant les représentants des travailleurs, 1971.”

Le manuel de rédaction des instruments de l'OIT ne définit pas la notion de « temps utile ». En revanche, il comprend aux points 104 et 105 un développement sur la consultation des représentants des travailleurs :

« 104. La très grande majorité des clauses de consultation sont associées à des obligations spécifiques, mais l'on rencontre occasionnellement des clauses de consultation de nature générale qui couvrent la mise en œuvre de l'instrument dans son ensemble. La consultation est qualifiée dans certains instruments, où il est exigé

qu'elle soit «approfondie», «appropriée», «tripartite», «la plus précoce possible», ou «réciproque», ou qu'elle soit faite «pleinement», «en temps opportun» ou «sur la base d'une égalité absolue». Certaines dispositions demandent plus que de simples consultations en ce qu'elles exigent l'agrément des parties consultées ou que les employeurs et travailleurs ainsi que leurs organisations puissent être associés aux mesures utiles à prendre en vue d'appliquer la convention. A l'inverse, d'autres dispositions prévoient une certaine souplesse dans l'obligation de consulter les employeurs et les travailleurs en disposant qu'ils seront consultés «dans toute la mesure possible» ou si «pareille consultation est conforme à la législation ou à la pratique nationales». [...]

105. Le moment où la consultation doit être effectuée est généralement indiqué par les termes introduisant la mesure de consultation. Bien qu'il existe à cet égard une grande variété de formulations dans les instruments de l'OIT, il est néanmoins possible d'identifier deux expressions qui reviennent plus fréquemment, soit celles «après consultation» ou «en consultation». L'expression «après consultation» laisse entendre que la consultation doit avoir lieu avant la mise en œuvre des dispositions entrant dans le champ d'application de la clause mais que la poursuite de cette consultation n'est pas obligatoire dans les stades ultérieurs de mise en œuvre, à moins d'indications contraires dans le texte de l'instrument. Quant à l'expression «en consultation», elle dénoterait plutôt une continuité de la consultation, «un dialogue continu», qui maintient du même coup les organisations d'employeurs et de travailleurs comme parties prenantes dans la mise en œuvre de l'instrument. Dans certaines dispositions, les termes «après» et «en» sont remplacés par d'autres expressions servant à indiquer le caractère unique ou continu de la consultation. L'on peut ainsi relever notamment l'utilisation des expressions «de temps à autre» ou «à intervalles réguliers» pour indiquer la continuité ou «préliminaire», «préalablement» ou «faisant suite» pour indiquer qu'il s'agit de consultations précédant uniquement la mise en œuvre ».

→ les travaux parlementaires sur cette question

Lors des travaux parlementaires, a été évoquée la question de la conformité du choix de la procédure de licenciement économique individuel avec la directive 98/59/CE.

Ainsi, le rapport de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale en première lecture indique, sur l'article 12 relatif aux accords de maintien dans l'emploi:

“ 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.”.

Lors des débats en commission, le rapporteur ajoutait sur l'article 10 relatif aux accords de mobilité:

“M. le rapporteur. J’ai posé les termes du débat dans mon rapport. Selon certains, la directive n’est pas respectée, puisque l’on ne s’appuie pas sur la procédure d’information-consultation prévue par le code du travail ; selon d’autres – la majorité –, la négociation prévue par le texte vaut consultation au sens européen du terme, dans la mesure où elle est plus contraignante que la procédure d’information-consultation.”.

→ les questionnements doctrinaux

La doctrine s’est également interrogée sur la compatibilité avec la directive 98/59 de cette exclusion de la procédure de consultation du comité d’entreprise prévue aux articles L. 1233-28 et suivants du code du travail.

E. Wurtz et G. Auzero, « Accords de mobilité et accords de maintien de l’emploi », BICC 15 sept. 2014, spéc. p. 35 s. (Actes des rencontres de la chambre sociale 2014, Table ronde n° 2)

“Les dispositions de l’alinéa 2 de l’article L. 5125-2 font naître une dernière difficulté, en indiquant que le licenciement des salariés ayant refusé l’application de l’accord de maintien de l’emploi est « prononcé selon les modalités d’un licenciement individuel pour motif économique ». L’objectif poursuivi est ici évident. Il s’agit d’éviter la mise en œuvre des règles relatives aux licenciements économiques collectifs et, spécialement, d’exclure l’établissement d’un plan de sauvegarde de l’emploi. Les salariés dont le contrat de travail sera rompu ne seront cependant pas privés de toutes mesures d’accompagnement, qui devront être prévues par l’accord.

La mise à l’écart de la procédure des grands licenciements collectifs à laquelle aboutit le texte précité pose immanquablement la question de sa conformité à certaines normes européennes et internationales et, plus particulièrement, à la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs. Au terme de l’article 2.1 de ce texte, « 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 ». L’article 2.2 de cette même directive dispose quant à lui que « 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 ».

Ainsi que l’a expliqué avec mesure un auteur ⁷¹, il n’est pas du tout certain que le dispositif relatif aux accords de maintien de l’emploi soit en contradiction avec ces exigences. Conçu comme un moyen d’éviter les licenciements, ces accords sont, nous l’avons relevé, conclus avec les représentants du personnel, tenus informés de la situation de l’entreprise dès l’ouverture des négociations ⁷². En outre, l’accord doit comporter des mesures d’accompagnement. Notons que celles-ci ne peuvent être que des mesures de reclassement externes puisque, faut-il le rappeler, l’emploi des salariés ayant refusé l’application de l’accord n’est pas, au moins à ce stade, menacé d’être supprimé.

En tout état de cause, alors même qu’il serait admis que le texte précité entre en contradiction avec les dispositions de la directive européenne, on sait que celle-ci est dépourvue d’effet horizontal direct, sans que, cela a été confirmé récemment, le recours à l’article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne permette de remédier à cela ⁷³.”

Certains auteurs sont dubitatifs sur la conventionalité du dispositif, notamment sur les modalités d’information des représentants du personnel.

Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 - Étude par Patrick Morvan professeur à l'université Panthéon-Assas - La Semaine Juridique Social n° 18-19, 6 Mai 2014, 1184:

“24. - Le retour de la directive 98/59 ? - L'atteinte frontale qu'un accord de mobilité interne (comme un accord de maintien de l'emploi) inflige au contrat de travail pourrait inciter les magistrats à en réduire la portée. Le style législatif maladroit dans lequel est rédigée la disposition finale – la plus spectaculaire et la plus déterminante de l'avenir du dispositif – est de nature à faciliter une interprétation prétorienne. Selon toute vraisemblance, le juge judiciaire rétablira ici l'application du droit des licenciements collectifs (en ce qu'il impose une procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise et l'élaboration d'un PSE lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix sur une même période de trente jours) sur le fondement de la directive n° 98/59 du 20 juillet 1998 Note 60 . Le raisonnement a déjà permis de ramener dans le giron du droit des licenciements collectifs des ruptures conventionnelles homologuées massives ayant une « cause économique » et s'inscrivant dans un « processus » ou un « projet global et concerté » de réduction des effectifs dont elles constituaient une modalité Note 61 .

25. - Alternative et distinctions. - Il est un autre chemin qui ramène au droit commun. Une alternative se dessine (le raisonnement est d'ailleurs transposable aux accords de maintien de l'emploi) :

— L'accord de mobilité interne est valable. Dix salariés en refusent l'application à leur contrat de travail sur une même période de trente jours. En vertu de la directive n° 98/59 du 20 juillet 1998 précitée et bien que le droit interne qualifie leur licenciement économique d'« individuel », l'employeur est tenu d'élaborer un PSE et d'engager la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement collectif.

— L'accord de mobilité interne ne satisfait pas à une condition légale de validité. Son annulation emporte retour au droit commun des licenciements collectifs, prescrivant, là encore, un PSE et la consultation des IRP. À défaut, les licenciements encourent l'annulation.”.

D. Baugard, « Le droit international et européen dans le processus : prévenir les risques d'inconventionalité », in Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi. Le passage de l'accord à la loi, ss. la direc. de G. Couturier et J.F. Akandji-Kombé, IRJS éditions, 2013, p. 27, spéc., no 40 et s.:

“Les défenseurs du projet pourraient soutenir qu'il y a même mieux, puisque l'employeur aura conclu un accord (majoritaire, pour l'accord de maintien de l'emploi !) avec un ou des délégués syndicaux après avoir négocié avec tous les délégués syndicaux issus du syndicat représentatif; il pourrait même être ajouté que le comité d'entreprise aura nécessairement été consulté avant la conclusion de ces accord, eu égard à leur objet, comme l'impose la Cour de cassation. (...) S'agissant de l'information donnée aux représentants du personnel, la réponse est également incertaine. (...) les accords de mobilité s'inscrivent dans un cadre beaucoup plus flou puisqu'ils procéderaient, selon le projet de loi, de mesures collectives d'organisation dans projet de licenciement. Dans ces conditions, même s'ils doivent prévoir des mesures d'accompagnement applicables aux salariés refusant leur accord, peut-on réellement penser que les signataires de l'accord ont été consultés sur un projet de licenciement collectif au sens de la directive? On peut en douter.”

D'autres estiment qu'une interprétation conforme est possible, notamment quant à l'objet de la consultation.

Droit du travail, Précis Dalloz, 28ème édition, 2014, n° 468-4 - G. Auzero, E. Dockès- cité par le mémoire en défense:

« (...) le droit français pourrait bien se révéler conforme à la directive pour le motif suivant. Dans l'hypothèse étudiée, des accords collectifs ont été conclus. Une négociation a donc eu lieu, ce qui en droit européen peut valoir procédure d'information-consultation. Il faut donc vérifier que l'objet de cette négociation collective satisfait l'objet de la consultation prévue par le droit européen. Selon la directive, la consultation doit, en substance, porter sur les possibles reclassements internes et externes des salariés menacés de licenciement. La loi du 14 juin 2013 exige que (...) les conventions de mobilité interne prévoient des « mesures d'accompagnement et de reclassement » (art. L. 2242-23, al. 3). Il y a dès lors deux possibilités. La première serait de considérer que ces dispositions sont insuffisantes, reconnaître la contrariété de la loi française à la directive, et finalement permettre aux salariés d'attaquer l'État en responsabilité pour non transposition de la directive. La seconde serait d'interpréter de manière extensive les dispositions légales sus-visées, pour les rendre conformes au droit européen. Il faudrait alors considérer que « les mesures d'accompagnement » visées par les textes intègrent nécessairement des mesures de reclassement interne et externe. Il en résulterait que les accords de mobilité interne (...) doivent intégrer un plan de reclassement interne et externe en faveur des salariés récalcitrants, sous peine d'être invalidés. Cette deuxième solution semble la plus probable, l'interprétation conforme à la directive devant en principe l'emporter. »

Ces questions ont été à nouveau commentées à la suite d'arrêts récents de la CJUE définissant la notion de licenciement au sens de la directive en cas de refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail.

Dans une décision CJUE, 11 nov. 2015, aff. C-422/14, Pujante Rivera, la Cour a dit pour droit:

En vue d'établir l'existence d'un «licenciement collectif», au sens de l'article 1er, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de la directive 98/59, entraînant l'application de cette dernière, la condition, figurant au second alinéa de cette disposition, que «les licenciements soient au moins au nombre de cinq» doit être interprétée en ce sens qu'elle vise non pas les cessations de contrat de travail assimilées à un licenciement, mais exclusivement les licenciements au sens strict.

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.

L'article Information et consultation des représentants des travailleurs et licenciements collectifs - Semaine Sociale Lamy, N° 1702, 14 décembre 2015 - Sylvaine Laulom - met en doute la conventionalité du dispositif et s'interroge sur la possibilité de mobiliser d'autres dispositions prévoyant la consultation du comité d'entreprise:

“ C'est donc ici une conception large de la notion de licenciement qui est retenue par la Cour de Justice qui confirme que, depuis la loi du 14 juin 2013, de sécurisation de l'emploi, le droit français n'est pas conforme à la directive 98/59. (...)

Peut-on considérer que la négociation qui est intervenue afin de conclure un accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne puisse être assimilée à l'information et à la consultation en vue d'aboutir à un accord prévues par la directive (en ce sens G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 2015, p. 515) ?

C'est loin d'être certain, car il faudrait pour cela que l'ensemble des obligations définies par la directive en termes d'informations à communiquer aux représentants des travailleurs et d'objet de la consultation soit respecté. Rappelons que la directive précise que l'employeur doit communiquer aux représentants des travailleurs en temps utile : les motifs du projet de licenciement, le nombre et catégories des travailleurs à licencier, le nombre et catégories des travailleurs habituellement employés, la période au cours de laquelle il est envisagé d'effectuer les licenciements, les critères envisagés pour le choix des travailleurs à licencier ainsi que la méthode de calcul envisagée pour toute indemnité éventuelle de licenciement autre que celle découlant des législations et/ou pratiques nationales. Par ailleurs, les consultations doivent au moins porter 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 salariés licenciés ». La Cour de Justice a également considéré, dans l'arrêt Akavan (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C 44/08), que l'employeur doit commencer les consultations lorsqu'il envisage les licenciements, même s'il ne peut pas, à ce moment-là, donner aux représentants des travailleurs toutes les informations auxquelles ils ont droit. Mais toutes nouvelles informations pertinentes doivent être fournies jusqu'au dernier moment. Dans cette perspective, l'exclusion du comité d'entreprise, à laquelle conduit la qualification des ruptures du contrat de travail de licenciement individuel pour motif économique, dès la négociation de l'accord ne semble pas permettre une application correcte de la directive européenne. D'autant que depuis la loi Rebsamen du 17 août 2015, à compter du 1er janvier 2016, le comité d'entreprise n'a plus à être consulté sur les projets d'accord collectif (C. trav., art. L. 2323-2).

En revanche, saisi, le juge français pourrait mobiliser l'article L. 2323-1 du Code du travail qui définit les compétences générales du comité d'entreprise pour interpréter le droit français conformément à la directive. Rappelons qu'à ce titre il doit être « informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle, lorsque ces questions ne font pas l'objet des consultations prévues à l'article L. 2323-6 ». L'article L. 2323-1 pourrait donc servir de fondement à une information et à une consultation des représentants des travailleurs sur les licenciements des travailleurs refusant l'application d'un accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne.

Il n'en demeure pas moins, que le législateur national devrait être attentif à ses obligations européennes lorsqu'il intervient dans un domaine de compétences partagées."

L'article Qu'est-ce qu'un licenciement (collectif) au sens de la directive 98/59 ? Un arrêt riche d'enseignements - H. Tissandier - RJS 2016-03 est plus hésitant:

"10. En second lieu, la décision ne pourrait-elle pas remettre en cause certaines qualifications imposées par le législateur ? Selon les articles L 2242-19 et L 5125-2 du Code du travail, relatifs aux licenciements consécutifs au refus par un ou plusieurs salariés de l'application d'un accord de mobilité interne ou d'un accord de maintien de l'emploi valablement conclus, « leur licenciement repose sur un motif économique (...) prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique ». Ces accords ont pour objet la modification du contrat de travail, en imposant une mobilité géographique ou professionnelle au salarié ou pour faire face à de graves difficultés économiques par la réduction de certains avantages (23) . Cette mise à l'écart imposée du régime du licenciement collectif est-elle compatible avec le droit européen ? La question a déjà été soulevée (D. Baugard, « Questions de conventionalité : droit international et européen », in G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé : *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi IRJS 2013 p. 27 ; N. Moizard, « Des mises à l'écart flagrantes du droit international et européen » : Semaine sociale Lamy 2013 n° 1569 p. 12). La réponse la plus évidente est celle de l'incompatibilité et la possibilité d'un recours en responsabilité des salariés contre l'État pour non-transposition de la directive (En ce sens, N. Moizard, précité) . L'évidence n'est*

toutefois qu'apparente. On pourrait d'abord soutenir que la modification n'est pas unilatérale dès lors qu'elle n'est que la mise en œuvre d'un accord négocié avec les représentants du personnel - cette justification semblant toutefois faible compte tenu du fait que le salarié n'a pas consenti à cette modification de son contrat. On pourrait également prétendre que les obligations d'information et de consultation, cœur des obligations de l'employeur dans la directive 98/59, ont été respectées par la négociation de l'accord - sous réserve que cette négociation-consultation porte sur les reclassements des salariés concernés (En ce sens, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail* : Dalloz, 2015 p. 513 : « une négociation a eu lieu, ce qui, en droit européen, peut valoir procédure d'information-consultation. Il faut donc vérifier que l'objet de la négociation satisfait l'objet de la consultation prévue par le droit européen », c'est-à-dire les reclassements internes et externes des salariés menacés de licenciement). Le doute subsiste et la question pourrait être utilement posée à la Cour de justice.»

Puis la CJUE a apporté une différence entre la qualification de licenciement en cas de modification substantielle des éléments essentiels du contrat de travail de la qualification de cessation du contrat dans les autres cas (qui doivent alors être pris en compte pour le calcul des seuils du licenciement collectif si 5 licenciements sont opérés).

Ainsi, dans une décision CJUE, 21 septembre 2017, aff. 149/16, Socha, la Cour a dit pour droit:

L'article 1er, paragraphe 1, et l'article 2 de la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, doivent être interprétés en ce sens qu'un employeur est tenu de procéder aux consultations prévues à cet article 2 lorsqu'il envisage de procéder, au détriment des travailleurs, à une modification unilatérale des conditions de rémunération qui, en cas de refus d'acceptation de la part de ces derniers, entraîne la cessation de la relation de travail, dans la mesure où les conditions prévues à l'article 1er, paragraphe 1, de cette directive sont remplies, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

(Voir aussi CJUE 21 septembre 2017 aff. 429/16, Ciupa)

L'article Quels enseignements tirer de la jurisprudence européenne pour les « accords emploi » des ordonnances Macron? E. Lafuma - RJS 2018 s'interroge sur la qualification à donner aux licenciements faisant suite au refus d'un accord de mobilité:

“elle a déjà jugé que la directive doit être interprétée en ce sens que la rupture consécutive au refus d'une proposition de modification substantielle des éléments essentiels (5) de son contrat de travail pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur relève de la notion de « licenciement » visée à l'article 1er, § 1, premier alinéa (6) .

Concernant l'appréciation de ces conditions, assurément cumulatives (7) , la confrontation des deux arrêts ne permet pas de retenir avec certitude si elle relève d'une d'interprétation autonome ou appartient à la juridiction de renvoi. Dans l'affaire 429/16, la Cour estime « qu'il ne saurait être contesté que la rémunération constitue un élément essentiel du contrat » mais estime qu'il appartient à la juridiction de renvoi, « seule compétente pour apprécier les faits », de déterminer si la réduction de la rémunération doit être qualifiée de modification substantielle (8) . Dans l'affaire 149/16, la Cour estime que le congé-modification, qui concerne uniquement le moment d'acquisition du droit à la prime d'ancienneté, ne modifie pas substantiellement le contrat (9) . Dans la seconde hypothèse, la rupture consécutive au refus du congé-modification ne peut donc s'entendre d'un licenciement ; tandis que l'appréciation est renvoyée à la juridiction de renvoi dans la première.

Peu important l'appréciation retenue par celle-ci, la Cour poursuit, à l'identique, son raisonnement dans les deux affaires. En effet, à défaut de pouvoir être qualifié de licenciement, le congé-modification constituera en

tout état de cause une « cessation du contrat de travail intervenue à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, au sens de l'article 1er, § 1, second alinéa de la directive 98/59 ». Or, si ces dernières n'entraînent pas, en tant que telles, l'obligation d'appliquer la procédure de licenciement, elles peuvent être assimilées à des licenciements pour comptabiliser le nombre total de licenciements intervenus, en vue de déclencher les obligations procédurales (10).

4. La Cour rappelle alors, dans un second temps, sa position sur la question de savoir à partir de quel moment l'employeur a l'obligation de procéder aux consultations (11). La procédure de consultation doit être déclenchée au moment où l'employeur envisage une décision stratégique ou commerciale le contraignant à envisager ou à projeter des licenciements collectifs. Moment qui se situe, dans l'hypothèse d'une modification, au moment de sa proposition. Cette interprétation se déduit logiquement de la finalité assignée à l'obligation de consultation : éviter ou réduire le nombre des résiliations de contrats de travail.

5. Ces affaires soulèvent, dans le cadre du droit français, la question de la compatibilité des dispositions relatives au régime des nouveaux « accords emploi » (12) au droit de l'Union. Le droit français prévoit que les clauses de ces accords se substituent de plein droit aux clauses contractuelles, et que le refus par le salarié de la modification n'entraîne pas un licenciement économique et exclut l'application de la procédure de licenciement économique. La notion de « licenciement collectif » portée par la directive étant une notion autonome, rien n'interdit de penser qu'une rupture consécutive à la mise en œuvre d'un tel accord puisse s'analyser en un « licenciement collectif » au sens du droit de l'Union. Une certitude: la raison qui prévaut à la rupture du contrat est non inhérente à la personne du salarié. Deux questions subsistent toutefois eu égard à la notion de licenciement collectif telle que précisée par la Cour (13). Pour retenir cette qualification, il faut en effet pouvoir considérer que, par la mise en œuvre de tels accords, l'employeur procède unilatéralement à une modification substantielle d'un élément essentiel du contrat (14). La présence d'un acte négocié est-elle de nature à écarter cette qualification ? Si la qualification de « licenciement collectif » était, dans la négative, retenue, le dispositif français, qui écarte expressément la consultation, ne serait alors pas conforme au droit de l'Union... sauf à considérer que la négociation avec les représentants du personnel y pallie (15). A l'inverse, si la qualification de « licenciement collectif » était écartée, les ruptures pourraient-elles s'entendre à tout le moins d'une « cessation de contrat de travail » au sens de l'alinéa 2 ? La présence d'un acte négocié suscite ici aussi une interrogation. Peut-on estimer, comme l'exige l'alinéa 2, que ces cessations sont intervenues « à l'initiative de l'employeur » ? Tout dépend de la notion de causalité retenue, immédiate ou originelle.»

Enfin, l'article Les accords sur l'emploi (version ordonnances Macron) sont-ils compatibles avec la directive "licenciements collectifs"? - Nicolas Moizard - Revue de droit du travail 2018 p. 128, s'interroge sur la suffisance de la négociation de l'accord collectif pour répondre aux exigences de la directive:

"Plus que tout autre argument, c'est la finalité de la directive qui doit prévaloir : éviter des résiliations de contrats de travail ou en réduire le nombre ainsi qu'en atténuer les conséquences. Celle-ci ne s'oppose pas aux licenciements qui font suite à l'application des accords collectifs sur l'emploi. Au nom de la liberté d'entreprendre, la Cour de justice estime que la directive n'a pas pour objet de restreindre la liberté de l'employeur de licencier les personnels ni d'entraver sa liberté de gestion des effectifs de l'entreprise(14). Mais dès qu'un accord collectif est signé sur le fondement de l'article L 2254-2 du Code du travail, il s'agit bien d'un acte qui est susceptible d'avoir un impact sur l'emploi, même si l'accord n'a pas directement pour objet de mettre fin aux contrats. On pourrait penser que la CJUE redonnerait vie à la jurisprudence EDF de la chambre sociale de la Cour de cassation(15), brisée par la loi Rebsamen du 17 août 2015(16), qui imposait une information-consultation des instances représentatives sur les projets d'accord collectif. Mais la logique de la directive va beaucoup plus loin et le niveau d'informations requises est plus important.

Si l'opération entrerait bien dans le cadre de la directive, il resterait encore la possibilité d'une compatibilité du droit français actuel, évoquée par Hélène Tissandier, en estimant que l'information et la consultation des représentants du personnel a bien eu lieu lors de la négociation de l'accord collectif(17). Il arrive à la Cour de justice d'exprimer son respect de l'autonomie des partenaires sociaux, ce qui n'autorise pas toutefois de violation du droit de l'Union(18). Tout dépend de savoir si la directive impose une information-consultation auprès d'une instance « en vue d'aboutir à un accord »(19) ou si un accord collectif suffit à considérer que les exigences de la directive sont remplies. La Cour de justice a déjà spécifiquement attribué des droits de nature collective à ces représentants dans le cadre de la directive 98/59(20). Là encore, la finalité de la directive dicte la solution. Il faudrait explicitement imposer que les négociations visent à éviter ou réduire les ruptures qui feraient suite au refus par les travailleurs de l'application de l'accord et prévoir toutes les obligations prévues par la directive lors de cette procédure, non seulement en matière de contenu de l'information mais également sur l'objet de la négociation(21). En l'état du Code du travail, rien n'est dit et la compatibilité du droit français avec le droit de l'Union est discutable(22)."

→ la question de l'absence d'effet direct horizontal et le principe d'interprétation conforme
Il faut rappeler qu'est reconnu un effet direct à une norme de droit de l'Union si elle est suffisamment claire, précise et inconditionnelle.

Toutefois, une directive est dépourvue d'effet direct horizontal, c'est à dire "qu'une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne" (cf. notamment CJCE, 26 févr. 1986, aff. 152/84, Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, n° 47).

Toutefois la Cour de justice a dégagé le principe de interprétation conforme du droit national. Ainsi, les juridictions nationales sont tenues d'interpréter le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive concernée, elle est tenue de le faire, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de ladite directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci (arrêt du 10 avril 1984, 14/83, Rec. p. 1891).

Mais l'office du juge dans la conciliation du droit de l'Union et du droit interne se heurte à l'impossibilité de se livrer à une interprétation contra legem de ce dernier.

C'est ainsi que la chambre sociale a jugé que la directive 2003/88/CE ne permettant pas, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire, un salarié ne pouvait prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés au titre d'une période de suspension du contrat de travail ne relevant pas de l'article L. 3141-5 du code du travail (Soc., 13 mars 2013, pourvoi no 11-22.285, Bull. 2013, V, no 73).

De même, la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 ne peut permettre, dans un litige entre particuliers, d'écarter les effets d'une disposition du droit national contraire sous couvert d'interprétation (Soc., 17 décembre 2013, pourvoi no 12-13.503, Bull. 2013, V, no 307).

En revanche, on peut rappeler que sur les ruptures conventionnelles homologuées et l'obligation de mettre en place un PSE, la chambre sociale a fait une interprétation conforme à la directive de l'article L. 1233-3 du code du travail.

Il résulte des articles L. 1233-3, alinéa 2, du code du travail et 12 de l'accord national interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, appliqués à la lumière de la Directive n° 98/59/CE, du Conseil, du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, que lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un comité central d'entreprise et des syndicats de leur demande de dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement limitée à un seul projet de 18 licenciements économiques proprement dits, alors qu'il constatait qu'en plus de ces licenciements, de nombreuses ruptures conventionnelles résultant d'une cause économique étaient intervenues dans ce contexte de suppressions d'emplois dues à des difficultés économiques et qu'elles s'inscrivaient dans un projet global et concerté de réduction des effectifs au sein d'une unité économique et sociale. (Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11.581, Bull. 2011, V, n° 70).

Chronique Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique – Frédéric Géa – Rev. trav. 2011. 244 explique:

“L'énigme à résoudre tenait à la combinaison, non pas de deux, comme on l'a souvent prétendu, mais de trois textes. D'une part, l'article L. 1237-16 du Code du travail, disposition intégrée à la version originelle du projet de loi ayant abouti à la loi du 25 juin 2008 consacrant la rupture conventionnelle, dont l'objet est l'inapplicabilité des dispositions relatives à la rupture conventionnelle aux ruptures de contrats de travail « résultant » d'un accord collectif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences conclu en application de l'article L. 2242-15 ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi. D'autre part, le second alinéa de l'article L. 1233-3, énonçant jusqu'alors que les dispositions relatives au licenciement économique s'appliquent à toute rupture du contrat de travail pour raison économique, mais qui, dans des conditions maintes fois décrites, se vit assigner, avec la loi de 2008, une limite, se rapportant à « la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants ». Limite dont la signification *prima facie* semble - insistons-y - s'identifier, cette fois, à l'inapplicabilité des dispositions relatives licenciement économique aux ruptures conventionnelles. L'on pourrait être tenté de restreindre les données du problème à la conciliation de ces deux textes, dans la mesure où leur objet se rapporte directement à l'articulation entre les dispositions relatives à la rupture conventionnelles et celles relatives au licenciement économique. Il en est cependant un troisième, de portée générale, d'où se déduit une contrainte forte pour le raisonnement et l'analyse : l'article L. 1231-1, dont la réécriture, à l'occasion de la loi portant modernisation du marché du travail, a conduit à recomposer le droit de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée autour d'une distinction fondamentale (et désormais, donc, structurante) entre les ruptures « à l'initiative de l'employeur ou du salarié » et celles qui interviennent « d'un commun accord » entre les parties au contrat de travail - la question de l'initiative apparaissant, dès lors, sans objet pour la seconde catégorie, celle se rapportant à ce qui est devenu le mode typique de rupture d'un commun accord en droit du travail, à savoir la rupture conventionnelle.

(...)

le principe exprimé par l'arrêt constitue le résultat d'une singulière alchimie entre rupture conventionnelle et droit du licenciement économique, qui se marque tant du point de vue de la situation visée que des conséquences juridiques s'y rattachant.

La situation en cause correspond à un contexte, celui d'un processus de réduction des effectifs dont les ruptures conventionnelles constituent une des modalités, ce qui implique qu'elles aient elles-mêmes une « cause économique ». Cette formule ne saurait être prise au pied de la lettre : c'est de la nature économique de la rupture qu'il est ici question, en réalité. De fait, la situation que désigne le principe jurisprudentiel issu de l'arrêt du 9 mars 2011 ne concerne que les ruptures conventionnelles qui, non seulement interviennent dans un contexte de réduction des effectifs, mais, en outre, s'intègrent à ce processus. Les deux conditions doivent être réunies. Des ruptures conventionnelles qui seraient conclues, pour des raisons autres qu'économiques, au moment même où l'employeur s'engagerait dans un processus de réduction des effectifs, ne satisferaient qu'à la première d'entre elles. (...)

Quant aux conséquences s'attachant à la caractérisation d'une telle situation, elles résultent logiquement (dans tous les sens du terme) des constats préalablement établis : s'il est acquis que les ruptures conventionnelles s'intègrent dans un processus de compression des effectifs, alors ces ruptures doivent encore être prises en compte - donc intégrées - au stade de la détermination de la procédure applicable et des obligations pesant sur l'employeur, telle l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi. Cela veut dire que ces ruptures doivent être décomptées, lors de l'appréciation des conditions résultant des textes sur le licenciement économique. L'objectif poursuivi par la Cour de cassation à travers cette analyse s'identifie sans peine : il s'agit de rendre inefficaces au plan juridique les tentatives visant à recourir aux ruptures conventionnelles aux fins de contournement du droit du licenciement économique. C'est pour neutraliser tout risque à cet égard que la Chambre sociale impose, dans le contexte décrit plus haut, la prise en compte pure et simple de ces ruptures, au titre de l'applicabilité des dispositions relatives au licenciement économique.

(...) il semble que la Cour de cassation préserve les ruptures conventionnelles de l'application - fut-elle ajustée - du régime, proprement dit, des licenciements économiques. Prendre en compte ces ruptures pour déterminer le dispositif procédural à instaurer ne signifie pas nécessairement que le corpus de règles le composant s'appliquera à ces ruptures, d'autant que le cumul des procédures afférentes à la rupture conventionnelle et au licenciement économique se révélerait délicat à mettre en œuvre. L'optique de la Chambre sociale paraît être de maintenir la séparation des deux régimes - ce qui passe par l'exclusion de l'application du régime du licenciement économique. Tel est bien, a minima, le sens que revêt le second alinéa de l'article L. 1233-3 du Code du travail, texte d'où émane le principe d'une différenciation entre, d'un côté, la rupture conventionnelle, et, de l'autre, les autres modes de rupture de nature économique, auxquelles se rattachent les ruptures sous forme de départs volontaires."

→ Il résulte plusieurs questions des éléments précédents.

En premier lieu, les licenciements découlant du refus par le salarié de l'application d'un accord collectif entrent-ils dans le champ d'une modification unilatérale par l'employeur des éléments du contrat de travail au sens de la directive?

En deuxième lieu, si oui, la mobilité proposée au salarié serait-elle, selon les cas, regardée comme une modification substantielle d'un élément essentiel du contrat de travail de sorte que le licenciement à la suite du refus du salarié constituerait un licenciement au sens de la directive?

À défaut d'une modification ainsi qualifiée, le licenciement constituerait-il une cessation du contrat de travail au sens de la directive?

En troisième lieu, en cas d'atteinte des seuils prévus pour les licenciements et/ou cessations du contrat de travail, la circonstance que ces ruptures découlent d'un accord collectif négocié et signé avec les organisations syndicales représentatives permet-elle de considérer que les modalités de consultation des travailleurs prévues par la directive ont été remplies:

- dans leur principe ?
- dans leurs modalités ?

En quatrième lieu, à défaut, les possibilités générales de consultation du comité d'entreprise sont-elles de nature à pallier une telle carence?

Jusqu'à sa modification par la loi du 17 août 2015, l'article L. 2323-2 du code du travail était interprété par la jurisprudence comme imposant une consultation du comité d'entreprise sur la signature d'un accord collectif.

Dès lors, la signature d'un accord de mobilité devait être soumis à l'avis du comité d'entreprise.

Une telle consultation est désormais exclue par le deuxième alinéa de l'article, devenu l'article L. 2312-14.

Cette consultation pose certainement les mêmes questions en terme de compatibilité avec les modalités de consultation prévues par la directive que la négociation avec les partenaires sociaux car elle se situe au même moment.

La consultation prévue à l'article L. 2323-6 (puis L.2323-1, deuxième alinéa et L. 2312-8 aujourd'hui) serait-elle de nature à satisfaire aux obligations prévues par la directive?

L'avant-propos de la Semaine Sociale Lamy Supplément, 1750, 26-12-2016 le soutient:

“La Cour de Justice a considéré dans l'arrêt Akavan (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08) que l'employeur doit commencer les consultations lorsqu'il envisage les licenciements, même s'il ne peut pas, à ce moment-là, donner aux représentants des travailleurs toutes les informations auxquelles ils ont droit. Toutes nouvelles informations pertinentes doivent être fournies jusqu'au dernier moment. Dans cette perspective, l'exclusion du comité d'entreprise, à laquelle conduit la qualification des ruptures du contrat de travail de licenciement individuel pour motif économique, dès la négociation de l'accord ne permet pas une application correcte de la directive. Certes, la loi Travail a introduit un nouvel article L. 2323-15 du Code du travail, selon lequel les conséquences sur les salariés d'un accord conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi sont intégrées aux thèmes à aborder lors de la consultation annuelle du CE sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi. Néanmoins, cette consultation ne peut en aucun cas remplacer une consultation « en vue d'aboutir à un accord » qui doit intervenir lorsque l'employeur envisage les licenciements et donc ici lorsque plusieurs salariés auront refusé la modification de leurs contrats de travail. Dans l'arrêt Akavan, la Cour a précisé que « l'article 2, paragraphe 1, de la directive 98/59 prévoit l'obligation pour l'employeur de procéder en temps utile à des consultations avec les représentants des travailleurs lorsqu'il “envisage d'effectuer des licenciements collectifs” [...] Dans l'esprit du législateur

communautaire, la naissance de l'obligation de consultation en cause est liée à l'existence d'une intention, dans le chef de l'employeur, d'effectuer des licenciements collectifs. Les références, contenues aux articles 3 et 4 de la directive 98/59, au "projet" de licenciement collectif confirment l'existence d'une telle intention en tant que facteur de déclenchement des obligations prévues par cette directive, en particulier à son article 2. Il s'ensuit que l'obligation de consultation prévue audit article 2 est censée prendre naissance lorsque l'employeur envisage d'effectuer un licenciement collectif ou établit un projet de licenciement collectif ». C'est donc uniquement lorsque les salariés auront exprimé leurs refus de la modification de leur contrat de travail, que l'obligation d'informer et de consulter les représentants des travailleurs, issue de la directive européenne, prend naissance.

Saisi, le juge français tenu d'une interprétation conforme, qui ne peut aller jusqu'à une interprétation *contra legem* (voir le dernier arrêt de la Cour, CJUE, 19 avr. 2016, aff. C-441/14, *Dansk Industri*, infra, p. 33), pourrait, selon nous, utilement mobiliser l'article L. 2323-1 du Code du travail qui définit les compétences générales du comité d'entreprise pour interpréter le droit français conformément à la directive. Rappelons qu'en vertu de cet article, le comité d'entreprise doit être « informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle lorsque ces questions ne font pas l'objet des consultations prévues à l'article L. 2323-6 ». L'article L. 2323-1 pourrait donc servir de fondement à une information et à une consultation des représentants des travailleurs sur les licenciements des travailleurs refusant l'application d'un accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne sans aller jusqu'à une interprétation *contra legem*. L'employeur resterait exempté de l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi qui n'est pas exigé par la directive européenne."

En l'espèce, les salariés exposaient au soutien de leur demande de résiliation de leur contrat de travail (p. 9 de leurs conclusions) que, même si les licenciements avaient pu résulter de la simple application de l'accord de mobilité interne, le refus de mutation ne pouvait entraîner de rupture du contrat de travail sans consultation préalable des représentants du personnel au regard de la directive 98/59/CE dès lors que plus de 10 salariés avaient refusé la modification proposée. Ils soutenaient que la mise en œuvre de l'accord de mobilité n'était pas de nature à faire obstacle aux dispositions des articles L. 1233-21 et suivants du code du travail.

L'employeur soutenait (p. 24 de ses conclusions) que les licenciements n'étaient pas intervenus à l'initiative de l'employeur au sens de la directive mais en application d'un accord collectif et après consultation des institutions représentatives du personnel sur la perte de marché.

La cour d'appel a jugé que l'employeur n'apparaissait pas avoir méconnu les dispositions des articles 1 et 2 de la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, celles-ci n'ayant pas vocation à s'appliquer en l'absence de licenciement collectif.

La 8^{ème} branche du premier moyen soutient que la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile en ne répondant pas au moyen des salariés tiré de l'absence de consultation préalable des représentants du personnel en méconnaissance de la directive 98/59/CE.

Le mémoire en défense répond que la motivation de la cour répondait aux conclusions d'appel des salariés.

Il ajoute qu'en tout état de cause la circonstance que le licenciement fasse suite à un accord collectif garantit le respect de l'obligation de consultation prévue par la directive, qu'en outre le comité d'entreprise devait être consulté et qu'enfin l'accord porte sur l'ensemble des mesures de reclassement envisageables.

La huitième branche du premier moyen n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation pour les raisons suivantes.

L'arrêt indique que les dispositions des articles 1 et 2 de la directive 98/59/CE n'étaient applicables en l'espèce en l'absence de licenciement collectif dans le cadre de licenciements consécutifs à des refus par des salariés de l'application d'un accord de mobilité à leur contrat de travail.

La cour d'appel a ainsi répondu aux conclusions invoquées

La huitième branche du premier moyen est susceptible de faire l'objet d'une décision de rejet non spécialement motivé.

4.4- Sur le contrôle de la cause du licenciement par le juge (second moyen)

Selon l'article L. 2242-23, le licenciement prononcé en raison du refus d'un ou plusieurs salariés de l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord de mobilité "*repose sur un motif économique*".

Ces termes n'étaient pas ceux de l'ANI qui prévoyait que le refus entraînait un licenciement pour motif personnel fondé sur une cause réelle et sérieuse.

La question de la cause du licenciement a été examinée lors des travaux parlementaires sous deux aspects:

- la qualification comme personnel ou économique du motif du licenciement
- la possibilité du contrôle judiciaire de la cause du licenciement prononcé suite au refus d'un salarié de l'application à son contrat de travail de l'accord de mobilité.

Ainsi, le rapport de la commission des affaires sociales en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale indique:

“Sur ce point, le projet de loi ne retient pas la rédaction à laquelle ont abouti les partenaires sociaux dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. En effet, d'après l'article 15 de celui-ci, le refus d'un salarié de se voir appliquer les termes de l'accord entraîne son licenciement pour motif personnel et ouvre droit « à des mesures de reclassement telles qu'un bilan de compétences ou un abondement du compte personnel de formation ». Le projet de loi retient pour sa part le cadre d'un licenciement individuel pour 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. 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.

Si l'employeur échappe à la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, les salariés licenciés sur le fondement de leur refus de l'application de l'accord bénéficieront néanmoins des « mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord ». Autrement dit, la négociation relative à la mobilité interne doit également porter sur les mesures spécifiques d'accompagnement qui seront prévues pour les salariés qui refuseraient le cadre de la mobilité fixé par l'accord d'entreprise. De toute évidence, la volonté est que ces mesures soient complémentaires à celles prévues pour un licenciement économique, mais peut-être faudrait-il clarifier ce point dans le débat.

Enfin, votre rapporteur souligne la latitude qui sera laissée au juge en cas de contestation de son licenciement par un salarié qui aurait refusé l'application de l'accord à son contrat de travail. En effet, le texte du projet de loi ne dit pas que le refus du salarié « constitue » un motif valable de licenciement ; le juge aura donc toujours à estimer si le licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse, autrement dit, à exercer une appréciation sur la portée de la mobilité imposée au salarié au regard non seulement de la vie personnelle et familiale du salarié, mais également plus largement de la validité de la clause de mobilité prévue par l'accord. Si le champ des limites de la zone géographique définies par l'accord sont imprécises ou que son application aux salariés n'apparaît pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, ou proportionnée au but recherché, compte tenu de l'emploi occupé ou du travail demandé, ou encore si elle n'est pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, le juge sera fondé, du point de vue de votre rapporteur, à prononcer la nullité de cette clause, quand bien même elle trouverait son origine dans un accord collectif d'entreprise.”

(...)

M. le rapporteur. Le Conseil d'État a estimé que le licenciement pour motif personnel peut, dans le cas dont nous parlons, contrevenir à la convention 158 de l'Organisation internationale du travail, aux termes de laquelle il convient de distinguer entre les licenciements inhérents à la personne et ceux qui ne le sont pas ; or

il est incontestable que nous sommes dans le second cas de figure : le refus de mobilité relève donc du licenciement économique – puisque celui-ci constitue la catégorie alternative dans le droit français. Les licenciements économiques peuvent être individuels : c'est notamment le cas s'ils sont inférieurs à neuf par mois. Le caractère « individuel » traduit seulement l'absence de plan social.”

On peut aussi citer les débats en 1^{ère} lecture à l'AN:

“M. André Chassaigne. (...) D'autre part, le salarié refusant de voir modifier son contrat pourra être licencié pour motif économique individuel. Le juge n'aura pas à se prononcer sur le bien-fondé de ce licenciement individuel, présumé reposer sur un motif économique, contrairement aux dispositions de la convention n° 158 de l'OIT, dont l'article 8 prévoit qu'un travailleur « qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal », et dont l'article 9 prévoit surtout que ces organismes impartiaux « devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié».

Ce contournement du juge est d'une extrême gravité. En lui interdisant de se prononcer sur la qualification du licenciement, ce dispositif l'empêche de vérifier la validité et l'équilibre interne de l'accord sur la base duquel la mobilité est imposée.

L'article 10 constitue, avec la rupture conventionnelle et les plans de départ volontaire, l'un des moyens permettant de contourner la procédure de licenciement collectif pour motif économique. Nous en demandons donc la suppression, laquelle ferait honneur à la gauche.”

“M. Francis Vercamer. Ce sous-amendement vise à revenir à l'article 15 de l'ANI, et en particulier aux dispositions suivantes : « Le refus par un salarié d'une modification de son contrat proposé dans les conditions définies au présent article n'entraîne pas son licenciement pour motif économique. Il s'agit d'un licenciement pour motif personnel.»

Le ministre nous répondra certainement que le Conseil d'État a estimé que ces dispositions sont en contradiction avec la convention n° 158 de l'OIT. Toutefois, la Cour de cassation, dans un arrêt de 2009, a jugé que le refus par un salarié d'appliquer des mesures prévues à un accord collectif constitue un motif réel et sérieux de licenciement, c'est-à-dire un motif personnel. La Cour de cassation s'appuie, entre autres bases juridiques, sur les accords de l'OIT.

Vous estimez, monsieur le ministre, que les dispositions précitées de l'ANI ne sont pas en accord avec la convention n° 158 de l'OIT. Je l'ai relue tout à l'heure et je ne vois pas en quoi la reconnaissance du motif personnel du licenciement est contraire à cette convention internationale.”

“M. Jean-Marc Germain, rapporteur. (...) Il me paraît sain que notre droit du travail comporte des motifs inhérents à la personne et d'autres qui ne soient pas inhérents à la personne. La complexité vient du fait qu'en cas de motifs non inhérents à la personne, on est confronté au vaste ensemble qu'est le motif économique, dont on sait qu'il recouvre des difficultés graves, des restructurations et des mobilités à froid. Il s'agit là, au fond, de toutes les difficultés auxquelles on peut être exposé dans le cadre de l'application de notre droit du travail.

Pour répondre à l'observation de M. Chassaigne, ce n'est pas parce que le motif du licenciement est réputé économique que le juge ne pourra pas apprécier l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Le texte ne préjuge pas de la cause réelle et sérieuse et laisse la plénitude de ses pouvoirs au juge. Il s'agit donc de mesures protectrices des salariés.

Nous avons eu également un débat sur la nature individuelle ou collective du licenciement. Nous l'avons déjà eu lors de la discussion générale et le tiendrons à nouveau lors de l'examen de l'article 12. Je le résume ainsi. Au regard du droit européen, qui concerne également des pays qui ne connaissent pas le double niveau de

représentation français – délégués du personnel et délégués syndicaux –, on peut considérer que la procédure française de l'accord collectif vaut information et consultation des salariés. En effet, conclu à l'issue d'une négociation, il a nécessairement fait l'objet d'une information et d'une consultation des salariés – et non pas seulement des délégués du personnel et des délégués syndicaux.”

“M. Michel Sapin, ministre. Je veux vous donner lecture de deux ou trois éléments issus de l'avis du Conseil d'État car, comme vous le voyez, je fais les choses en toute transparence.

Le Conseil d'État saisi, entre autres, de ce sujet, a estimé que la qualification du motif personnel du licenciement soulevait une difficulté. Il cite la convention n° 158 de l'OIT, affirmant que « ce texte ne recourt pas à la notion de licenciement pour motif personnel et pour motif économique : son article 4 distingue le licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur de ceux fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Dans ce cadre, les licenciements consécutifs au refus d'application d'un accord de mobilité interne semblent davantage relever des nécessités du fonctionnement de l'entreprise – cela me paraît assez évident – que d'un motif personnel ».

« Compte tenu de ces éléments, et afin de sécuriser le dispositif sur le plan juridique », le Conseil d'État recommande de « considérer que les licenciements de salariés refusant l'application de l'accord de mobilité interne à leur contrat de travail reposent sur un motif économique. »

Voilà exactement le raisonnement de la Haute assemblée, qui a conseillé l'État, en l'occurrence le Gouvernement, qui a retenu ce dispositif, en faisant en sorte, bien entendu, qu'il soit adapté à la situation particulière du licenciement individuel, puisque c'est bien de cela qu'il s'agit. La dimension collective, comme cela a été très bien décrit, vient du recours à un accord collectif, avec une procédure de consultation du comité d'entreprise et éventuellement du CHSCT.”

→ sur les stipulations de la convention n° 158 de l'OIT

Article 4

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.

Article 8

1. Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre.

2. Dans les cas où le licenciement aura été autorisé par une autorité compétente, l'application du paragraphe 1 du présent article pourra être adaptée en conséquence conformément à la législation et à la pratique nationales.

3. Un travailleur pourra être considéré comme ayant renoncé à exercer son droit de recourir contre le licenciement s'il ne l'a pas fait dans un délai raisonnable.

Article 9

1. Les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié.

2. Afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes:

(a) la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement tel que défini à l'article 4 de la présente convention devra incomber à l'employeur;

(b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales.

3. 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.

Pour rappel de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'effet direct de la convention n° 158 de l'OIT, il est renvoyé au rapport de Mme la conseillère Leprieur sur l'avis de la Cour de cassation du 17 juillet 2019, n° 19-70.010.

La chambre sociale a expressément reconnu un effet direct à l'article 4 de la convention n° 158 de l'OIT lorsqu'elle a été amenée à se prononcer sur les dispositions du contrat nouvelle embauche qui excluaient l'exigence d'un motif réel et sérieux pendant un délai de deux ans (Soc., 1 juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, Bull. 2008, V, n° 146). L'arrêt vise également les articles 7 et 9 de la convention n° 158 de l'OIT.

Le rapport du conseiller Béraud et l'avis de l'avocat général Duplat convergeaient pour estimer que les termes "motif valable" de l'article 4 étaient transcrits en droit interne par la notion de "cause réelle et sérieuse" et que le seul contrôle d'un abus de droit ne saurait être équivalent à celui d'un motif valable, ainsi que le comité tripartite de l'OIT l'a aussi indiqué.

En 1995, l'OIT a publié une étude d'ensemble des rapports sur la convention n° 158².

Le chapitre III de l'étude d'ensemble de 1995 est consacré à l'obligation de justifier le licenciement par un motif valable.

Il y est notamment indiqué que:

- la nécessité de fonder le licenciement sur un motif valable constitue la pierre angulaire des dispositions de la convention (Points n° 75 à 142);
- la définition de la nature des motifs valables telle que prévue à l'article 4 de la convention se situe, par la généralité des termes employés, entre les définitions plus laconiques de

² Rapport III partie 4B, « Protection contre le licenciement injustifié », Conférence internationale du travail, 82e session, 1995

certaines législations et celles d'autres textes plus précis qui énumèrent les divers motifs valables (Point n° 78);

- au cours des travaux préparatoires, le Bureau a précisé que l'article 1 de la convention sur les méthodes d'application s'applique à l'ensemble de la convention n° 158 et ainsi, la définition ou l'interprétation du motif valable est laissée aux méthodes d'application prévues à l'article 1 (Point n° 79);

- plus les dispositions applicables sont rédigées en termes généraux, plus la définition des motifs de licenciement considérés comme étant valables découle de l'interprétation de ces dispositions par les organes d'application comme les tribunaux (Point n° 88);

- la notion de « nécessité du fonctionnement » de l'entreprise n'est définie ni dans la convention ni dans la recommandation n° 166 sur le licenciement (Point n° 96);

- d'autres motifs que ceux prévus par la convention ou la recommandation peuvent être retenus dans les dispositions nationales comme étant non valables (Point n° 134).

La note sur la convention n° 158 et la recommandation n° 166 sur le licenciement reprend des éléments développés dans l'étude d'ensemble sur la notion de motif valable du licenciement.

Il est notamment indiqué que « bien que le concept de nécessités du fonctionnement de l'entreprise ne soit pas précisément défini dans la convention ni dans la recommandation, la définition proposée par le Bureau à la première discussion de la Conférence expose que les motifs de licenciement comprennent en général des raisons de nature économique, technique, structurelle ou analogue. Les licenciements décidés pour de tels motifs peuvent être individuels ou collectifs et peuvent impliquer une compression des effectifs ou la fermeture de l'entreprise. La commission d'experts a également indiqué que 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 ».

S'agissant du contrôle juridictionnel, la rapporteure n'a pas identifié d'arrêt de la Cour de cassation, ni du Conseil d'État s'étant expressément prononcé sur les articles 8.1, 9.1 et 9.3 de cette convention n°158.

Le rapport du comité de l'OIT chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Espagne de la convention n° 158 sur le licenciement indique que l'article 9, paragraphe 3, de la convention dispose qu'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 convention devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs. Cela étant, la mesure dans laquelle ces organismes seront habilités à déterminer si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement devra être définie par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la convention n° 158, à savoir, dans le cas de l'Espagne, la législation nationale et les sentences judiciaires.

On peut rappeler que l'article 24 de la Charte sociale européenne prévoit également la nécessité d'un motif valable de licenciement et un droit de recours du salarié. La Cour de cassation a jugé que "Eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers" (Avis de la Cour de cassation, 17 juillet 2019, n° 19-70.010).

→ sur la définition du motif économique visé à l'article L. 2242-23

Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 14 juin 2013 que l'article L. 2242-23 a retenu la qualification de motif économique pour signifier qu'il s'agit d'un licenciement pour un motif non inhérent à la personne du salarié.

Il n'est pas fait de lien avec les motifs économiques énumérés à l'article L. 1233-3.

La doctrine s'est interrogée sur la création d'un motif économique de licenciement *sui generis*.

Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne – Georges Borenfreund – Rev. trav. 2013. 316:

"Chacun se souvient que la suite du dispositif, tel que prévu dans l'ANI, était de nature à heurter davantage les esprits. Sans trembler, les signataires sont allés jusqu'à énoncer explicitement qu'on se trouve en présence « d'un licenciement pour motif personnel », formulation distincte de celle retenue dans la loi Aubry, laquelle dispose, répétons-le, que le licenciement « est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel ». Prenant déjà ses distances avec l'ANI, l'avant-projet de loi avait fait le choix, plus prudent, de reprendre, au mot près, les termes de la loi Aubry. Pour autant, les prémices du raisonnement demeuraient bien fragiles(39). En effet, une telle formulation ne suggérait pas seulement que la cause du licenciement ne revêtait aucun caractère économique. Elle insinuait également que cette cause n'était pas entièrement étrangère au comportement personnel du salarié. Du reste, l'exposé des motifs de l'avant-projet continuait de faire expressément référence à « un licenciement pour motif personnel ». Transparaissait ainsi l'idée qu'en refusant l'application de l'accord à son contrat de travail, le salarié n'aurait pas joué le jeu de la solidarité ; il aurait manqué en quelque sorte au bien commun, incarné dans l'accord collectif(40).

De peur que le texte ne soit pas considéré comme conforme à la convention n° 158 de l'OIT(41), et à l'instigation du Conseil d'État(42), le projet de loi adopté à l'Assemblée nationale opère une réorientation notable, au moins dans la forme, en reconnaissant le caractère économique du licenciement(43).

(...)

Concernant les accords de maintien de l'emploi, l'ANI indique, formulation qui ne pouvait pas passer inaperçue, que « la cause réelle et sérieuse » du licenciement consécutif au refus du salarié « est attestée par l'accord cité ». D'où il semblait bien découler qu'en cas de contentieux, le « licenciement économique » qui caractérise la rupture ne devait frayer la voie à aucun contrôle du juge sur sa cause justificative(54). La cause réelle et sérieuse du licenciement aurait été « en quelque sorte préconstituée par l'accord collectif lui-même »(55).

Il était prévisible que les textes ministériels prendraient leurs distances avec l'ANI sur ce point(56), au moins dans les formulations adoptées, vu l'absence totale d'égard des partenaires sociaux vis-à-vis de l'exigence de justification de tout licenciement, contenue dans les textes internationaux(57). De plus, le verbe « attester », fort peu usité et non dénué d'ambiguïté(58), aurait pu réserver quelque surprise(59). Aussi, l'avant-projet

comme le projet de loi adopté à l'Assemblée nationale préfèrent-ils rester muets sur la réalité et le sérieux de la cause de licenciement, qu'il s'agisse des accords de maintien de l'emploi ou de mobilité interne.

Est-on sûr que ce silence suffira à lever toute objection à l'exercice par le juge de son contrôle sur le caractère légitime de la cause économique ? Question-clé, si l'on veut bien admettre qu'en l'absence d'un tel contrôle, la notion même de refus du salarié se verrait vidée de tout contenu ou presque(60). À la vérité, le doute ici domine.

On notera, tout d'abord, qu'en affirmant que le licenciement « repose » sur un motif économique et non pas « s'analyse en un licenciement économique » (formule de l'ANI), le projet de loi adopté à l'Assemblée nationale laisse peut-être planer une petite équivoque. La fermeté renforcée de pareille formulation ne pourrait-elle pas avoir pour incidence d'absorber dans un même élan cause qualificative et cause justificative, coupant court à toute discussion ?(61)»

L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! – Paul-Henri Antonmattei – Droit social 2013. 794 écarte l'hypothèse que devrait exister une des causes justificatives issues de l'article L. 1233-3:

“Quelle est alors la nature du motif du licenciement consécutif à ce refus ? Certainement pas personnel, comme l'affirme l'ANI(5). Économique comme le prévoit désormais le code du travail ? Mais quelle est alors la cause justificative ? L'une des quatre actuellement admises ? On aura bien du mal à la trouver, car la mobilité interne s'inscrit nécessairement « dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs ».

4. Le doute n'est pas permis sur les intentions du législateur : la formule (« leur licenciement repose sur un motif économique ») exprime bien une qualification légale. Mais l'erreur a été de ne pas exprimer la cause particulière de ce licenciement. Il ne faut pas feindre de ne pas la connaître : le refus porte sur l'application de l'accord de mobilité interne. Certes, c'est bien un motif non inhérent à la personne du salarié résultant d'une modification d'un élément essentiel du contrat de travail. L'adverbe notamment permet techniquement d'admettre une cinquième cause justificative. Mais on pratique le grand écart. Quoi de commun entre la suppression d'emplois consécutive à des difficultés économiques et la situation étudiée ?

Le législateur l'avait bien compris pour les accords de réduction du temps de travail en affirmant habilement que, « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique. Il est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel ». La Cour de cassation n'a rien trouvé à redire(6), et nul n'a vraiment prédit que la foudre européenne s'abatrait, un jour, sur le dispositif Aubry.

Si la peur de ce scénario a guidé le législateur de 2013 vers une qualification légale de licenciement pour motif économique, il n'en reste pas moins que l'objectif poursuivi était bien celui atteint en 2000. Mais rien n'est perdu, car le juge peut facilement admettre cette qualification et se livrer au même contrôle que celui développé dans le cadre de l'article L. 1222-8 : vérifier seulement que l'accord de mobilité interne, qui est à la source de la modification refusée par le salarié, a été conclu conformément aux dispositions législatives(7).”.

Les accords de mobilité interne - Étude par Joël Grangé, avocat associé, Flichy Grangé Avocats- La Semaine Juridique Social n° 18-19, 6 Mai 2014, 1185

“19. - Comment justifier d'un motif économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail alors que « les mesures d'organisation courantes » n'y sont pas mentionnées ? Est-ce le refus du salarié de se voir appliquer cet accord ou la cause économique à l'origine de l'accord de mobilité qui justifie le licenciement pour motif économique?

À l'instar de certains auteurs, nous aimerions et il serait conforme à l'objectif poursuivi par l'ANI du 11 janvier 2013, que le motif économique du licenciement soit préconstitué par le fait qu'il résulte de l'accord de mobilité, qu'il s'agisse d'un motif « sui generis ».

Pour autant, il paraît difficilement évitable qu'un juge saisi d'une contestation puisse contrôler la régularité de l'accord et la conformité de sa mise en œuvre ; le juge ira-t-il jusqu'à contrôler la pertinence ou le caractère nécessaire de la mesure collective d'organisation courante ? C'est finalement toute la question car si l'accord doit être conclu à froid et si les partenaires sociaux décident d'instaurer un outil de mobilité sans avoir été impliqués dans la mesure d'organisation courante envisagée, il sera plus difficile de soutenir que c'est l'accord des partenaires sociaux sur la mesure d'organisation courante qui justifie que le juge ne contrôle plus la pertinence de celle-ci."

Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 - Étude par Patrick Morvan professeur à l'université Panthéon-Assas - La Semaine Juridique Social n° 18-19, 6 Mai 2014, 1184

"23. - Contrôle du motif économique . - La première question qui a surgi est celle du contrôle du motif économique de licenciement. Faut-il considérer que la justification du licenciement repose dans l'accord de mobilité interne in ipse ou que le juge doit appliquer la définition générale de l'article L. 1233-3 du Code du travail ? La deuxième possibilité aboutirait à une condamnation quasi-automatique de l'employeur. Aucune des causes économiques édictées à l'article L. 1233-3 n'évoque de près ou de loin les « mesures collectives d'organisation courantes » (C. trav., art. L. 2242-21) dont relève l'accord de mobilité interne. Cette impasse aurait pu être évitée en édictant un motif sui generis de licenciement sur le modèle de celui existant en matière d'accords sur le temps de travail . En pareille hypothèse, il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif au refus du salarié « au regard des seules dispositions de l'accord collectif ».

Il serait opportun que la jurisprudence répare cette bévue et consacre d'elle-même l'existence d'un nouveau motif sui generis sur le fondement de l'article L. 2242-23 du Code du travail. Une telle initiative a déjà été prise par la Cour de cassation en matière de transfert d'entreprise. Un motif sui generis est un « motif valable » de licenciement au sens de l'article 4 de la convention OIT n° 158 comme de l'article 24 de la Charte sociale européenne (révisée) du 3 mai 1996 (exigeant au minimum un « motif valable» fondé, notamment, « sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »). Mettant une fois de plus à profit l'adverbe « notamment » figurant à l'article L. 1233-3 du Code du travail, le juge pourrait aussi consacrer un nouveau motif économique de licenciement.

→ Ainsi se posent plusieurs questions quant à la teneur du motif de licenciement à la suite du refus d'un accord de mobilité.

En premier lieu, ce motif entre-t-il dans les cas prévus à l'article L. 1233-3?

En deuxième lieu, si le motif économique évoqué à l'article L. 2242-23 ne devait pas entrer dans les motifs tirés de l'article L. 1233-3, quelle en serait sa teneur pour répondre au motif valable fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise?

La circonstance que la proposition de modification du contrat de travail intervienne en conséquence d'un accord collectif suffit-elle à établir l'existence de nécessités de fonctionnement de l'entreprise?

À défaut, la condition légale prévue à l'article L. 2242-23 de mesures collectives d'organisations courantes peut-elle être considérée comme équivalente à des nécessités de fonctionnement de l'entreprise ?

À titre de comparaison, lors des débats sur la loi du 8 août 2016 ayant créé l'article L. 2254-2 du code du travail, relatif à un accord d'entreprise en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, il était indiqué dans l'exposé des motifs de la loi:

“En cas de refus du salarié, le licenciement est prononcé, le cas échéant, pour une cause réelle et sérieuse et selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif personnel, dans les conditions prévues par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la mise en place de la réduction du temps de travail. Au sens de la convention 158 de l'OIT, ce licenciement n'est pas inhérent à la personne du salarié. Il repose sur un motif réel et sérieux lié aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise ou du service, exigé par les besoins économiques, technologiques, structurels de cette dernière.”

L'avis du Conseil d'État sur le projet de loi indiquait:

“ Le Conseil d'État a validé la qualification donnée par le projet d'article L. 2254-2 du code du travail à la rupture du contrat de travail du salarié qui refuse la modification de son contrat résultant de l'entrée en vigueur d'un accord d'entreprise conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, dès lors qu'aux termes de ces mêmes dispositions, ce salarié bénéficie d'une garantie de sa rémunération mensuelle strictement définie. Il n'a pas relevé de risque d'incompétence négative du législateur, dès lors que celui-ci définit de façon précise l'objet de l'accord dérogatoire – la préservation ou le développement de l'emploi – ainsi que les conditions de fond – la garantie donnée au salarié du maintien de sa rémunération mensuelle et, en cas de refus de celui-ci, les garanties liées à la procédure de licenciement – et de forme de cet accord – qui doit être un accord collectif d'entreprise assorti de la consultation des organisations syndicales signataires et des institutions représentatives du personnel sur ses conséquences pour les salariés. Cette disposition ne méconnaît pas, en outre, les stipulations de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, dont l'article 4 subordonne la rupture du contrat de travail et le licenciement à un « motif valable » lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement.”

L'article Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel – Dirk Baugard – Laurène Gratton – Droit social 2016. 745, commente l'article L. 2254-2 prévoyant que le licenciement consécutif au refus du salarié "repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse" :

“La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit à l'emploi, dont il semble bien ressortir que l'exigence d'une cause réelle et sérieuse peut être écartée par le législateur, au moins temporairement(V. not., D. Baugard, Le droit à l'emploi, Dr. soc. 2014. 332), et que celui-ci peut opérer de façon « réversible», n'offre pas, en effet, suffisamment de ressources en l'état pour pouvoir contester le dispositif légal à ce sujet. L'on peut, en revanche, se demander si le refus de l'application d'un accord « offensif» correspond effectivement à l'un des motifs admis par l'article 4 de la Convention OIT n° 158 ou de l'article 24 de la charte sociale européenne révisée, ces deux articles ayant vu leur « effet direct » - ou leur « application directe » - être reconnu par les plus hautes juridictions françaises. La Convention et la Charte exigent toutes deux 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» : or, le seul objectif de développement de

L'emploi (et non de l'activité de l'entreprise) constitue-t-il véritablement une nécessité pour le fonctionnement de l'entreprise ? Ce questionnement fait surgir une modeste suggestion, liée tant à la notion de motif valable qu'au contrôle du juge ; l'on pourrait puiser dans l'article 4 une exigence selon laquelle les licenciements prononcés ne seraient admissibles que si l'accord de développement ou de préservation de l'emploi répond à une « nécessité de fonctionnement » de l'entreprise. Cela aurait pour intérêt d'imposer un réel contrôle de causalité entre les licenciements opérés et la situation de l'entreprise (v. supra), qui ne va pas de soi pour les accords annonçant un développement de l'emploi, et imposerait un examen, même sommaire, de la situation qui justifie la préservation ou le développement de l'emploi. Autrement dit, les licenciements ne devraient pas être justifiés simplement par la conclusion d'un accord énonçant des objectifs en termes d'emploi, quelle que soit la « légitimité » de ses signataires, car cette conclusion ne suffit pas forcément à témoigner d'une « nécessité » de fonctionnement telle qu'exigée par les textes internationaux. L'on pourrait certes objecter que les rédacteurs de la Convention OIT n° 158 n'ont pas forcément entendu attribuer une forte « consistance justificative » à ce motif énoncé dans l'article 4, et qu'il a surtout vocation, d'une part, à donner une illustration de ce que le motif valable peut ne pas reposer sur des raisons liées à la personne du salarié et, d'autre part, à couvrir de la façon la plus large les motifs « non personnels » admissibles. Il n'est peut-être pas anodin, toutefois, que dans son étude de 1974 sur la recommandation n° 119, la commission ait relevé que les motifs se rapportant aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise étaient, il est vrai « généralement », « définis par référence à un excédent de main-d'œuvre ou à la réduction du nombre de postes pour des motifs d'ordre économique ou technique ou dans les cas fortuits ou de force majeure » (Protection contre le licenciement injustifié, Conférence internationale du travail, 82e session, 1995, § 96, p. 43.).”

Le rapport La négociation collective, le travail et l'emploi de Jean-Denis Combrexelle soutient quant à lui (p. 102):

"Lorsque l'emploi est en cause et que l'accord vise à le protéger, le maintenir, le préserver et le développer, l'accord et l'intérêt collectif qu'il incarne priment sur l'intérêt individuel concrétisé par le contrat de travail.

Seraient ainsi visés les accords de mobilité, de GPEC, de maintien dans l'emploi.

En revanche, dans les autres cas serait maintenue la règle posée par l'article L. 2254-1 du code du travail.

Cette solution peut s'inscrire dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 15 mars 2012, a admis que la loi prévoit la prévalence de l'accord collectif sur le contrat de travail dès lors qu'il s'agit de répondre à un motif d'intérêt général.

À l'évidence, le maintien dans l'emploi doit impérativement être regardé par l'ensemble des juges comme un motif d'intérêt général et peut, en conséquence, justifier une règle dérogatoire à l'article L. 2254-1 pour les seuls accords collectifs qui se rattachent à l'emploi et à la préservation de l'emploi dans l'entreprise (voir, en ce sens, la récente décision du Conseil constitutionnel n° 2015-715 DC du 5 août 2015 qui fait explicitement référence à l'emploi).

Pour éviter toute ambiguïté en la matière, une disposition législative explicite sur ce point serait nécessaire.

La question qui reste en suspens est celle des règles qui s'appliquent au salarié qui voit son contrat de travail non appliqué du fait de la prévalence d'un accord collectif sur l'emploi.

S'il refuse cette situation, ce salarié doit pouvoir être licencié pour un motif économique tenant à la situation de l'entreprise, la cause réelle et sérieuse étant présumée.

Le régime indemnitaire serait spécifique à cette situation et devrait être moins attractif que celui prévu par le droit commun en cas de licenciement pour motif économique.

Le refus volontaire du salarié de se plier à la règle négociée commune qui a pour seul objet de préserver l'emploi de la communauté de travail devrait avoir, pour ce salarié, un coût par rapport à l'indemnisation de droit commun dont bénéficie le salarié qui fait l'objet d'un licenciement pour motif économique.

La négociation collective n'est pas seulement une contrainte pour les employeurs, elle l'est aussi pour les salariés pour qui s'impose le respect de la chose négociée."

Par la suite, le Conseil d'État a jugé dans sa décision CE, 7 décembre 2017, CGT-FO, 408379, B, que, notamment au regard de l'obligation de contenu du préambule de l'accord, le refus d'un tel accord pouvait constituer un motif valable fondé sur les nécessités de fonctionnement.

L'accord, qui comporte, à peine de nullité, un préambule indiquant notamment ses objectifs en matière de préservation ou de développement de l'emploi, repose sur un diagnostic partagé entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés sur les efforts demandés aux salariés pour améliorer le fonctionnement de l'entreprise. Le licenciement d'un salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail résultant de l'application de cet accord peut ainsi être regardé comme fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

→ sur le contrôle du juge sur la cause réelle et sérieuse d'un licenciement tel que prévu à l'article L. 2242-23

En proposant une qualification de licenciement pour motif personnel, l'ANI s'appuyait sur la jurisprudence relative à la mise en œuvre d'accords collectifs de modulation du temps de travail appliquant l'article 30 de la loi du 19 janvier 2000, dite loi Aubry II, codifié à l'article L.1222-8 du code du travail:

"Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique. Il est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel."

La chambre sociale en a déduit que le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat de travail constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement mais que le juge doit s'assurer que la modification est une conséquence nécessaire de l'application de l'accord de réduction du temps de travail.

Ainsi la chambre sociale a défini le contrôle de la cause réelle et sérieuse au regard des seules dispositions de l'accord collectif.

Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 04-41.935, Bull. 2006, V, n° 107

Attendu que pour déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamner la société Amitel à payer à Mme G... une somme à titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient que le changement des conditions de rémunération des seuls commerciaux de l'entreprise, qui n'est qu'une résultante très partielle des dispositions adoptées pour assurer le passage du temps de travail de trente-neuf heures à trente-cinq heures, apparaît au contraire comme la conséquence de raisons économiques telles qu'explicitées dans le préambule du protocole d'accord, notamment en vue de l'amélioration de la marge de + 5 % pour parfaire le redressement économique et financier de la société dont le chiffre d'affaires est en

progression depuis deux ans, et que l'employeur qui n'a pas, pour autant, usé de la procédure prévue à l'article L. 321-1-2 du code du travail ne justifie nullement de la réalité des motifs économiques, au demeurant non explicités dans la lettre de licenciement ; que dans ces conditions, le licenciement fondé sur le seul refus de Mme G... de signer l'avenant au contrat de travail est dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

Attendu cependant que, selon l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000, lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail proposée en application d'un accord de réduction de la durée de travail, son licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du code du travail ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il lui appartenait d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus, au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail, conformément au texte précité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Le commentaire de cet arrêt au rapport annuel indique:

“La Chambre a d’abord clairement indiqué dans l’arrêt n° 04-41.935 que le juge devait faire application de ce texte dès lors que la modification du contrat de travail refusée par le salarié résultait bien de l’application d’un accord collectif de réduction du temps de travail. Dans l’espèce, l’accord prévoyait expressément la modification du mode de rémunération des commerciaux. C’est donc à tort que la cour d’appel avait retenu la qualification de licenciement économique.

La Chambre a ensuite précisé l’office du juge en indiquant qu’il lui appartenait de vérifier l’existence d’une cause réelle et sérieuse du licenciement au regard des seules dispositions de l’accord de réduction du temps de travail. En présence d’un accord collectif qui a vocation à s’imposer à l’ensemble des salariés auxquels il s’applique, il appartient au juge de s’assurer que la modification du contrat de travail du salarié est bien une conséquence nécessaire de l’application de l’accord.”

Soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 05-44.926

Attendu que le salarié fait grief à la cour d'appel de l'avoir débouté de sa demande, alors, selon le moyen, que lorsqu'un licenciement découle du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, le juge doit, pour déterminer si le licenciement revêt une cause réelle et sérieuse, rechercher si le motif de la modification constitue ou non une cause réelle et sérieuse ; qu'en se bornant à relever que le refus de la modification n'était pas légitime et entraînait des conséquences préjudiciables au bon fonctionnement de l'entreprise sans rechercher si le motif de la modification constituait une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé l'article L. 122-14-3 du code du travail;

Mais attendu que selon l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000, lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail proposée en application d'un accord de réduction de la durée de travail, son licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du code du travail ; qu'il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus, au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait refusé la modification de son contrat de travail et que celle-ci était la conséquence de l'accord de réduction du temps de travail, a légalement justifié sa décision ;

Soc., 29 novembre 2007, pourvoi n° 06-43.066

Attendu que, selon l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000, lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail proposée en application d'un accord de réduction de la durée de travail, son licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du code du travail ; qu'il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail, conformément au texte précité ;

Attendu que pour déclarer le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et condamner l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a retenu d'une part, qu'il restait possible d'analyser les causes du refus de signature de M. D'Anna à l'origine de ce licenciement et de considérer ce refus comme légitime, d'autre part, qu'en l'espèce, la modification du contrat de travail du fait de la signature de l'avenant entraînait bien un bouleversement de ses conditions de travail, dans la mesure où il n'aurait pas manqué en tant que directeur d'être interpellé en cas de difficultés sur la gestion du magasin ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Puis la chambre sociale a jugé que ce contrôle de la cause réelle et sérieuse passait par une appréciation de la validité de l'accord collectif.

Si le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre d'un accord de modulation constitue, en application de l'article 30 II de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 alors applicable, une cause réelle et sérieuse de licenciement, c'est à la condition que cet accord soit conforme aux dispositions de l'article L. 212-8 devenu L. 3122-9 du code du travail dans sa rédaction alors en vigueur.

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 œuvre de la modulation était dépourvu de cause réelle et sérieuse. (Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 07-44.712, Bull. 2009, V, n° 201).

Il ne semble pas que la Cour de cassation ait eu à examiner la conventionalité de l'article L.1222 8 au regard de la convention n° 158 de l'OIT.

Sur l'accord de mobilité interne, la doctrine a plutôt retenu des travaux parlementaires que le juge disposerait alors d'un contrôle de la validité de l'accord. Mais elle s'est interrogée

sur l'ampleur de ce contrôle de validité et sur son dépassement vers un contrôle des motifs de l'accord.

E. Wurtz et G. Auzero, « Accords de mobilité et accords de maintien de l'emploi », BICC 15 sept. 2014, spéc. p. 35 s. (Actes des rencontres de la chambre sociale 2014, Table ronde n° 2)

“La simplicité et la sécurité juridique seraient d’admettre que la loi de sécurisation a fixé un motif économique sui generis, lequel s’impose au juge, qui aura néanmoins un contrôle à exercer, en amont, de la validité de l’accord, ceci en vérifiant que :

- la mobilité est bien en rapport avec des mesures d’organisation courantes sans projet de réduction d’effectifs ;
- que le contenu de l’accord est conforme aux prescriptions légales (définition de la zone d’emploi et de la zone de mobilité, mesures d’accompagnement) ;
- que la phase de concertation a eu lieu.

Selon certains auteurs, ce contrôle juridictionnel s’apparenterait au contrôle des accords de modulation.

Une partie de la doctrine soulève par ailleurs que l’absence de tout contrôle juridictionnel serait contraire à la convention 158 de l’OIT et, plus largement, au droit de recours à un juge (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne). En effet, l’article 4 de la Convention n° 158 de l’Organisation internationale du travail (OIT) stipule qu’ « 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 ».

Cela suppose que le juge vérifie que la mobilité relève bien des nécessités du fonctionnement de l’entreprise. Mais les mesures de gestion courante à l’origine de la mobilité peuvent-elles être considérées comme des nécessités du fonctionnement de l’entreprise ? Est-ce l’office du juge de le vérifier et de le censurer éventuellement, s’agissant d’un choix de gestion de l’entreprise ? Est-ce le souhait des partenaires sociaux et du législateur ?”

Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 - Étude par Patrick Morvan professeur à l’université Panthéon-Assas - La Semaine Juridique Social n° 18-19, 6 Mai 2014, 1184

“(…) faire le départ entre les conditions légales prescrites ad validitatem (dans le but de protéger la partie faible) et celles prescrites seulement ad probationem ou à des fins informatives. Sur ce point, en édictant de nombreuses mentions obligatoires, le législateur a offert du « grain à moudre » à l’interprète. En outre, il convient de distinguer entre :

- la méconnaissance d’une exigence légale, qui prive d’effet l’accord, c’est-à-dire le rend nul erga omnes sans que l’employeur puisse y remédier unilatéralement (l’accord doit être révisé) ;
- et l’application défailante aux salariés d’un accord conforme à la loi qui le rend simplement inopposable aux salariés concernés (jusqu’à ce que l’employeur rectifie son attitude en respectant à nouveau l’accord) ou qui ouvre droit seulement à des dommages-intérêts.

La jurisprudence relative aux accords sur l’aménagement du temps de travail (de modulation ou sur le forfait-jours) illustre ces multiples distinctions. À titre d’exemple, si « le refus par le salarié d’accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre d’un accord de modulation constitue, en application de l’article 30, II de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 alors applicable [devenu C. trav., art. L. 1222-8], une cause réelle et sérieuse de licenciement », « c’est à la condition que cet accord soit conforme » à la loi (Cass. soc., 23 sept. 2009). En revanche, le fait pour l’employeur de ne pas établir un document destiné à l’information des salariés, prévu par l’accord, « ne saurait, à lui seul, priver d’effet l’accord de modulation »

(Cass. soc., 22 janv. 2014, n° 12-20.585 : JurisData n° 2014-000612 ; JCP S 2014, 1124, note M. Morand. L'auteur suggère une troisième et même une quatrième distinctions : selon la source de la règle violée (la loi ou l'accord collectif, comme dans cet arrêt) et selon son importance (une règle érigée en condition suspensive de l'accord mérite d'être sanctionnée par la nullité). – Adde Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-29.141 : JurisData n° 2014-004458.)”

À titre de comparaison, cette question s'est également posée s'agissant des termes de l'article L. 2254-2 du code du travail.

Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel – Dirk Baugard – Laurène Gratton – Droit social 2016. 745 indique:

“26. Si l'accès au juge n'est pas empêché par la règle discutée, quel contrôle effectif ce dernier pourrait-il alors exercer ? Un contrôle minimal de l'absence de caractère discriminatoire du licenciement peut être envisagé dans le cas où l'employeur n'aurait pas licencié tous les salariés ayant refusé l'application de l'accord, étant précisé que ce seul constat ne suffirait pas, le salarié devant en tout état de cause présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination. Un tel contrôle minimal aurait, du reste, une assise constitutionnelle. Rappelons en effet que, dans sa décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 relative au contrat première embauche, adossant son contrôle de la loi déferée sur l'article 4 de la DDHC, le Conseil constitutionnel avait estimé qu'en cas de contestation de la rupture, il appartenait au juge « de vérifier que le motif de la rupture n'est pas discriminatoire et qu'il ne porte pas atteinte à la protection prévue par le code du travail pour les femmes enceintes, les accidentés du travail et les salariés protégés »(47).

27. Un contrôle plus approfondi peut paraître nécessaire afin de satisfaire les textes internationaux ; mais est-il envisageable ? Tirant les conséquences de ce que le texte évoque le refus du salarié de « la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord », le juge pourrait être amené à raisonner sur le modèle des règles posées par la chambre sociale relatives au licenciement faisant suite au refus d'une modification. Le contrôle serait alors déplacé sur le motif de la modification refusée - c'est-à-dire sur la justification de l'accord lui-même - au regard de la nécessité de la préservation ou du développement de l'emploi dans l'entreprise concernée. Cette justification peut cependant paraître bien floue, en l'état des textes, qui présentent la cause de l'accord comme étant un simple objectif de préservation ou de développement de l'emploi(48), et ce malgré l'exigence, dans ces accords, d'un « préambule indiquant notamment les objectifs de l'accord en matière de préservation et de développement de l'emploi ». Cette exigence formelle de motivation de l'accord - outre qu'elle offre au juge un document sur lequel s'appuyer dans l'exercice de son contrôle - pourrait ouvrir la voie à un contrôle de justification de l'accord lui-même en raison de la solidité du lien qui unit le second à la première.

28. Il est certes parfois soutenu, par un raisonnement a fortiori, que la Cour de cassation pourrait ne pas s'engager dans cette voie puisqu'elle avait jugé, dans l'hypothèse visée à l'actuel article L. 1222-8 du code du travail, que « le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre d'un accord de modulation constitue, en application de l'article 30-II de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 alors applicable, une cause réelle et sérieuse de licenciement »(49) alors même que cette disposition ne comportait aucune indication relative à la justification du licenciement(50). Il importe toutefois de relever que, dans cet arrêt, la Cour soumettait la possibilité de justifier le licenciement par le seul refus du salarié de se voir appliquer l'accord à la condition que « cet accord soit conforme aux dispositions de l'article L. 212-8 du code du travail dans sa rédaction alors en vigueur », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Un lien était ainsi établi entre le respect des dispositions légales entourant la conclusion de l'accord et la possibilité de justifier le licenciement par le seul refus opposé par le salarié à son application ; ce même lien pourrait être exploité

s'agissant des accords étudiés, non seulement pour examiner le respect des conditions posées à sa validité, mais pour porter un regard sur leur « justification », voire leur exécution (51).

29. Si le juge devait examiner la cause du licenciement du salarié récalcitrant en faisant porter son contrôle sur la cause de l'accord à l'application duquel il s'est opposé, il lui reviendrait alors d'apprécier la nécessité pour l'entreprise de préserver ou de développer l'emploi, étant précisé qu'un contrôle de l'aptitude des mesures contenues dans l'accord à satisfaire cet objectif pourrait, en revanche, être exclu. Si l'on peut comprendre que la nécessité de préserver l'emploi puisse conduire le juge à vérifier qu'une menace, même de faible importance, existe sur la situation de l'emploi dans l'entreprise, on l'imagine difficilement, en première analyse, remettre en question la nécessité, pour une entreprise, de développer l'emploi. L'on s'autorisera toutefois à suggérer - bien que l'observation ne soit assise sur aucune compétence particulière en micro-économie - que, dans certaines hypothèses, le développement de l'activité d'une entreprise peut ne pas nécessairement reposer sur le développement de l'emploi en son sein. Le contrôle du juge pourrait-il porter sur l'opportunité même, au regard de la situation de l'entreprise, de l'objectif poursuivi par l'accord ? Quelle serait alors la nature - et, partant, l'intensité - de ce contrôle ? Toutes ces interrogations conduisent à une conclusion que l'on pourrait souhaiter plus ferme, mais qui ne peut guère l'être compte tenu des multiples possibilités qui s'offriraient aux juges saisis de contestations portant sur des licenciements consécutifs à la mise en œuvre d'accords de développement ou de préservation de l'emploi : si la Cour de cassation refusait tout autre contrôle que celui exercé sur le respect des conditions de validité de ces accords, la conformité du texte aux exigences de l'article 9 de la Convention n° 158 paraît pour le moins discutable."

Par la suite, examinant le deuxième alinéa de l'article L. 2254-2 dans sa version issue de la loi du 8 août 2016, le Conseil constitutionnel a jugé dans la décision n° 2017-665 QPC du 20 octobre 2017:

"9. D'autre part, en premier lieu, le législateur a apporté au licenciement fondé sur ce motif les mêmes garanties que celles prévues pour le licenciement individuel pour motif économique en matière d'entretien préalable, de notification, de préavis et d'indemnités.

10. En deuxième lieu, le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues au paragraphe II de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies.

11. En troisième lieu, en prévoyant l'exclusion du bénéfice de l'obligation de reclassement, dont la mise en œuvre peut impliquer une modification du contrat de travail de l'intéressé identique à celle qu'il a refusée, le législateur a tenu compte des difficultés qu'une telle obligation serait susceptible de présenter.

12. En dernier lieu, si le législateur n'a pas fixé de délai à l'employeur pour décider du licenciement du salarié qui l'a averti de son refus de modification de son contrat de travail, un licenciement fondé sur ce motif spécifique ne saurait, sans méconnaître le droit à l'emploi, intervenir au-delà d'un délai raisonnable à compter de ce refus.

13. Il résulte de tout ce qui précède que, sous la réserve énoncée au paragraphe 12, le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles qui découlent du droit d'obtenir un emploi et de la liberté d'entreprendre. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance du droit à l'emploi doit être écarté."

Puis, le Conseil d'État a jugé dans sa décision CE, 7 décembre 2017, CGT-FO, 408379, B: L'accord, qui comporte, à peine de nullité, un préambule indiquant notamment ses objectifs en matière de préservation ou de développement de l'emploi, repose sur un diagnostic partagé entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés sur les efforts demandés aux

salariés pour améliorer le fonctionnement de l'entreprise. Le licenciement d'un salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail résultant de l'application de cet accord peut ainsi être regardé comme fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. En outre, si les dispositions du même article prévoient que ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse, elles ne font pas obstacle à ce que le salarié le conteste devant le juge, afin, d'une part, que ce dernier examine si les conditions auxquelles renvoie le paragraphe II de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies et que, d'autre part, dans l'hypothèse où seuls certains des salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail seraient licenciés, il exige de l'employeur, sans que celui-ci ne soit pour autant tenu de justifier d'un ordre des licenciements ni de se fonder sur tout ou partie des critères prévus à cette fin par la loi, de fournir les éléments nécessaires pour contrôler le caractère objectif des raisons l'ayant conduit à procéder au licenciement contesté et pour vérifier qu'il n'est pas fondé sur des motifs discriminatoires tels que ceux qui sont cités à l'article 5 de la convention internationale du travail n° 158. Par suite, le moyen tiré de la contrariété des dispositions de l'article L. 2254-2 du code du travail aux articles 4, 8 et 9 de cette convention doit être écarté.

Dans l'article Dialogues croisés autour de la jurisprudence du Conseil d'État (2017-2018) - Droit social 2018 p. 901, Pascale Fombeur, Conseillère d'État, présidente de la 1^{ère} chambre de la section du contentieux expose:

“Le Conseil d'État a tout d'abord rappelé l'objectif poursuivi par le législateur, consistant à favoriser la préservation et le développement de l'emploi en permettant aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement, et la nécessité que l'accord comporte un préambule indiquant ses objectifs en la matière et repose sur un diagnostic partagé entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés sur les efforts demandés aux salariés pour améliorer le fonctionnement de l'entreprise. Il en a déduit que le licenciement d'un salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail peut être regardé comme fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

S'agissant ensuite du contrôle susceptible d'être opéré par le juge, il a considéré que l'article L. 2254-2, selon lequel ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse, ne fait pas obstacle à ce que le salarié le conteste devant le juge, afin, d'une part, que ce dernier examine si les conditions auxquelles renvoie le paragraphe II de cet article sont réunies et que, d'autre part, « dans l'hypothèse où seuls certains des salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail seraient licenciés, il exige de l'employeur, sans que celui-ci ne soit pour autant tenu de justifier d'un ordre des licenciements ni de se fonder sur tout ou partie des critères prévus à cette fin par la loi, de fournir les éléments nécessaires pour contrôler le caractère objectif des raisons l'ayant conduit à procéder au licenciement contesté et pour vérifier qu'il n'est pas fondé sur des motifs discriminatoires ».

On peut relever que si le Conseil constitutionnel avait affirmé, par sa décision du 20 octobre 2017, que le salarié pouvait contester le licenciement devant le juge « afin que ce dernier examine si les conditions prévues au paragraphe II de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies », le Conseil d'État a estimé qu'étaient ainsi comprises l'ensemble des « conditions auxquelles renvoie le paragraphe II de l'article L. 2254-2 », tenant notamment à l'objet et au contenu de l'accord lui-même, ainsi soumis au contrôle du juge. Il rejoint ce faisant la jurisprudence de la Cour de cassation rendue à propos des dispositifs précédemment créés par le législateur.”

Puis, le Conseil constitutionnel a examiné le I, III et IV de l'article L. 2254-2 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, il a jugé que:

“27. En premier lieu, en prévoyant qu'un accord de performance collective peut être conclu s'il est justifié par des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, le législateur a entendu permettre aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement. Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Il ne saurait rechercher si les objectifs que s'assigne le législateur pourraient être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé. En outre, il appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité. Par ailleurs, en vertu de l'article L. 2232-12 du code du travail, l'accord, pour être adopté, doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique. Enfin, le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge.

28. En deuxième lieu, si le salarié qui s'oppose à la modification de son contrat de travail par un accord de performance collective peut être licencié pour ce motif, le législateur a apporté à ce licenciement les mêmes garanties que celles prévues pour le licenciement pour motif personnel, en matière d'entretien préalable, de notification, de préavis et d'indemnités. En outre, le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies. Enfin, en vertu du paragraphe V de cet article, le licenciement ne peut intervenir que dans les deux mois à compter de la notification du refus par le salarié de la modification de son contrat de travail.”

L'article Les accords de performance collective – Yannick Pagnerre – Droit social 2018. 694, commente ainsi cette décision:

“I. - Constitutionnalité des conditions de l'accord de performance collective

Encadrement de la négociation. - Le juge constitutionnel rend « un hommage en forme de défi »(15) : « Il appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité ». Théoriquement, cette confiance est une traduction du principe de participation des travailleurs. L'intérêt collectif poursuivi (assimilé à l'intérêt général(16)) ne justifie l'atteinte au droit à l'emploi et à la liberté contractuelle que s'il est négocié. Techniquement, les enseignements sont multiples : d'une part, « déterminer [...] les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise » signifie qu'ils sont tout autant un élément essentiel des négociations qu'un élément déterminant du consentement ; d'autre part, les négociations doivent porter autant sur la nature de ces motifs (quoi) que sur « leur légitimité » et « leur nécessité » (pourquoi). (...)

Contrôle du juge. - De tout ce qui précède, il résulte que l'absence de consentement, voire l'erreur (provoquée ou non), sur ces nécessités, comme leur indétermination et la déloyauté dans les négociations devraient entraîner la nullité de l'accord ou, à tout le moins, son inefficacité. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel affirme que, « le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée

devant le juge ». Ce n'est que la traduction du droit d'accès au juge(22). Quatre séries de questions intimement liées se posent : quel est l'objet du contrôle ? Qui peut saisir le juge ? Quel juge saisir ? Quelle sanction prononcée ?

S'agissant de l'objet de la contestation, le Conseil constitutionnel vise « la pertinence des motifs »(23). Il appartiendra « à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent »(24). Est implicitement écartée la critique tirée de l'imprécision. Le critère des nécessités de fonctionnement de l'entreprise est connu, cette notion figurant tant à l'article 24 de la Charte sociale européenne qu'à l'article 4 de la convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 158 comme motif valable de licenciement ; renvoyant à l'ensemble des éléments de nature économique, technique, structurelle ou analogue, il était difficilement soutenable que le législateur n'avait pas épuisé sa compétence en s'y référant sans autre précision. Il appartiendra au juge d'en dessiner les contours. À ce titre, le terme « pertinence » laisse songeur. Celle-ci est la « qualité de ce qui est adapté exactement à l'objet dont il s'agit »(25). À notre avis, le juge peut aisément apprécier la réalité des engagements quantitatifs (le nombre) ou qualitatifs (les postes) pris en matière de développement ou de préservation de l'emploi, tout comme il peut apprécier la réalité des nécessités de fonctionnement (comme une réorganisation d'une entreprise qui doit faire face à une menace de sa compétitivité ou qui, en raison des évolutions du marché, doit ouvrir un nouvel établissement ou ouvrir une nouvelle activité et en fermer une autre). En revanche, apprécier la pertinence suppose de comparer le motif invoqué avec le ou les objectifs poursuivis (que sont les aménagements du temps de travail, de la rémunération du travail et de la mobilité géographique ou professionnelle). Il est cependant de jurisprudence constante, depuis l'arrêt SAT (26), que, dès lors que le motif (économique) est réel et sérieux, le juge ne peut pas s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur. Il serait curieux que le juge puisse s'immiscer dans les choix opérés par les partenaires sociaux alors qu'ils bénéficient d'une faveur judiciaire sans précédent depuis des arrêts du 27 janvier 2015(27)... Sans doute faut-il interpréter l'expression « pertinence » a minima, comme une appréciation du « bien-fondé » du motif invoqué. La nature de la contestation n'est pas précisée par le Conseil constitutionnel. Elle peut d'abord être une action en nullité. Du fait de l'intérêt général protégé par le dispositif, la nullité doit être qualifiée d'absolue(28). Toute personne - physique ou morale - justifiant d'un intérêt (légitime), au sens des articles 1180 du code civil et 31 du code de procédure civile, peut saisir le juge. Songeons aux syndicats (non signataires ou signataires)(29), aux salariés licenciés mais également ayant accepté (sur la base de motifs non pertinents)(30) ou encore au ministère public(31). L'action, portée devant le tribunal de grande instance, doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois(32). Les APC n'étant pas publiés au sein de la base de données nationale(33), le délai court à compter « de la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5 » du code du travail au profit des organisations représentatives(34), mais ne saurait « courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance »(35). L'annulation devrait, à notre avis, avoir un effet rétroactif(36) et (mieux) erga omnes. La contestation peut ensuite résulter d'une action des salariés contestant la validité de la modification opérée ou du licenciement prononcé devant le conseil de prud'hommes en « inopposabilité » de l'accord collectif(37) (ne pouvant pas en prononcer l'annulation sauf en cas de discrimination(38)). Cette action, statuant sur la licéité d'un accord collectif et entraînant une compétence « accessoire » du conseil de prud'hommes(39), a été affirmée en matière de réduction négociée du temps de travail(40) puis confirmée en matière de forfait en jours sur l'année(41). L'action n'est pas visée par l'article L. 2262-14 du code du travail(42) mais est régie - comme toute action en justice - par l'article 2224 du code civil(43). À la différence de l'annulation, l'inopposabilité n'a qu'un effet inter partes (44). (...)

Il faut noter que, récemment, la chambre criminelle a jugé, s'agissant de l'article L. 3122-32, devenu L. 3122-1, du code du travail, que "l'existence d'une convention collective, dût-elle être

présumée valide, ne suffit pas à établir que ces conditions [prévues par cet article] sont réunies” et que le juge pénal doit contrôler si les exigences prévues sont remplies dans l'établissement en cause (Crim., 7 janvier 2020, pourvoi n° 18-83.074, en cours de publication).

→ Il ressort de ces éléments qu'il est possible de distinguer à tout le moins deux catégories de contrôle du juge.

La première catégorie, qui n'est pas discutée dans le présent dossier, tient à la mise en œuvre de l'accord envers chaque salarié.

Le juge devrait ainsi contrôler que l'employeur a respecté les obligations légales applicables ainsi que les obligations que l'accord met à sa charge avant de notifier un licenciement pour motif économique au salarié.

Se pose la question d'un contrôle de la justification de l'application de l'accord à tel salarié déterminé? Le Conseil d'État a, à tout le moins, estimé qu'un contrôle de l'absence de caractère discriminatoire dans la mise en œuvre s'avère nécessaire.

La seconde catégorie tient au motif du licenciement.

Si le motif économique prévu pour l'accord de mobilité renvoie à l'article L. 1233-3, il semble que le contrôle du juge s'effectuera selon sa jurisprudence traditionnelle relative à cet article.

Si tel n'est pas le cas, et au regard des travaux parlementaires de la loi du 14 juin 2013, le juge pourrait examiner le caractère valable du motif du licenciement à travers le contrôle de la validité de l'accord collectif.

Ce contrôle emporte traditionnellement, tant par voie d'action que par voie d'exception, un contrôle des conditions de forme et de procédure de négociation et de signature de l'accord.

Il emporte aussi, dans la ligne de la jurisprudence sur les accords de modulation, un contrôle de la présence dans l'accord de l'ensemble des éléments prévus par la loi.

Se pose alors la question du contrôle par le juge des motifs de l'accord collectif.

S'il était considéré que les articles 4, 8 et 9 de la convention n°158 de l'OIT imposent un tel contrôle, quelle serait l'ampleur de ce contrôle?

Le juge devrait-il

- vérifier que l'objet correspond à des nécessités de fonctionnement de l'entreprise;
- voire, selon les termes de la décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, contrôler la pertinence des motifs ayant justifié l'accord?

En l'espèce, les salariés soutenaient que les articles 4 et 8 de la convention n° 158 de l'OIT s'opposaient ce que le législateur ait créé un motif économique préconstitué de

licenciement que le salarié n'aurait pas le droit de contester et que, dès lors qu'il était prévu que le licenciement repose sur une cause économique, il appartenait à l'employeur d'établir que le licenciement était justifié au regard des motifs économiques prévus à l'article L. 1233-3 du code du travail.

La cour d'appel a retenu que:

- le motif économique du licenciement ne pouvait être discuté sur le fondement de l'article L. 1233-3 du code du travail car le motif économique découle du refus par le salarié de l'application à son contrat de travail des stipulations d'un accord de mobilité;
- qu'un tel 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.

Le pourvoi soutient que la cour d'appel a refusé d'apprécier la cause réelle et sérieuse de licenciement violant ainsi l'article 4 de la convention n° 158 de l'OIT.

Le mémoire en défense soutient que la cour d'appel a, à bon droit, retenu que le licenciement fondé sur le refus d'une mobilité interne n'a pas à être justifié par l'une des causes justificatives énoncées à l'article L. 1233-3 et que la cour d'appel n'a pas refusé de contrôler la cause de licenciement puisqu'elle a contrôlé, selon les conclusions dont elle était saisie, la validité de l'accord de mobilité.

La chambre devra apprécier si la motivation retenue par la cour d'appel est conforme à l'article 4 de la convention n°158 de l'OIT.