



tripalium
.com

POIYCOPIES DE COURS

MODIFICATIONS DE LA RELATION JURIDIQUE

Si, en vertu de son pouvoir de direction, l'employeur peut modifier les conditions d'exécution du travail sans l'accord du salarié concerné, il n'en est pas de même pour les modifications d'éléments contractuels.

MODIFICATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL

Modification relevant du pouvoir de direction de l'employeur

La modification du contrat de travail requiert l'accord du salarié alors que le changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur, peut lui être imposé.

Modification des conditions de travail.

En présence d'une modification accessoire, mineure, le salarié *doit se soumettre* ou prendre le risque d'être licencié sans préavis ni indemnité, son comportement pouvant être considéré comme une faute grave. Le refus par le salarié d'une modification non contractuelle ou non contractualisée constitue une faute que l'employeur peut sanctionner par un licenciement pour cause personnelle sauf abus de droit (mesures vexatoires ou discriminatoires).

Faute de dispositions contractuelles, la modification a été jugée comme mineure dans les cas suivants :

- ❑ *travail de jour ou de nuit* : La cour de cassation ne semble pas avoir de position de principe. Une aide soignante embauchée sur un poste de jour en 1983, affectée en 1985 sur un poste de nuit, ne peut refuser de revenir à un poste de jour en 1986 au motif d'une modification substantielle (Cass soc. 31 mars 1993) ; Par contre c'est à bon droit qu'une Cour d'appel a condamné un employeur à payer à une salariée des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en considérant qu'en voulant imposer un travail nocturne à l'intéressée, l'employeur avait modifié son contrat de travail. (Cassation, chambre sociale, 19 février 1997, n° 861 P.)
- ❑ *Caractère provisoire de la modification* : Un chef de chantier peut être affecté à un poste correspondant à des travaux de simple manœuvre pendant moins d'un mois sans qu'il puisse invoquer de modification contractuelle (Cass soc. 12 février 1981) ;

Modification d'une condition de travail :

Une salariée ne peut invoquer une modification contractuelle du fait de la suppression de la libre jouissance d'un bureau accordée par simple tolérance de l'employeur pendant les heures d'interruption de service (Cass soc 11 juin 1987) ; *Le refus par un salarié de continuer le travail ou de reprendre le travail, après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement. A défaut d'un tel licenciement, le contrat n'est pas rompu, de sorte que le salarié ne peut réclamer aucune indemnité.* (Cass. Soc. 10 juillet 1996, Vanderdonck c/ Gan vie).

La mise en œuvre d'une clause du contrat qui permet à l'employeur de modifier l'horaire convenu en

prévenant le salarié sept jours à l'avance constitue-t-elle une modification des conditions de travail ou une modification du contrat ?

Elle constitue une modification du contrat et est considérée comme nulle et non avenue si elle n'est pas assortie d'une double condition :

détermination par le contrat de la variation possible

énonciation des cas dans lesquels la modification peut intervenir

Cass.soc. 7/07/98, Reboul c/éditions Karthala.

Modification du poste de travail

Seul l'emploi est contractuel, le poste exercé n'est qu'une condition de travail que l'employeur peut modifier. L'entreprise peut, sans modifier le contrat de travail, retirer une tâche à un salarié et lui en confier une autre, dès lors que cette tâche ressortit à sa qualification (arrêt « citron-banane » : une ouvrière agricole occupée à l'origine à la cueillette des citrons avait été affectée par la suite à l'engainage des bananes ; la Cour de cassation avait considéré que, les deux tâches requérant la même qualification, il n'y avait pas modification du contrat (Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45.673).

Un cadre, fondé de pouvoir dans une société d'assurances peut-il refuser une mutation à la direction gestion-département vie des immeubles (DDVI) ?

Non, si la tâche correspond à sa qualification.

« Mais attendu que l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, peut changer les conditions de travail d'un salarié ; que la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il exécutait antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail ; que la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions et relevé que le changement de poste du salarié ne modifiait pas son degré de subordination à la direction générale, que sa rémunération, sa qualification de fondé de pouvoir et son niveau hiérarchique étaient conservés, a pu décider que le changement de département auquel était affecté le salarié constituait une simple modification de ses conditions de travail ; que le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, quel que soit le motif du changement, constitue une faute en sorte que le licenciement présentait un caractère disciplinaire ;... » (Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-41.358, arrêt n° 3707 FS-P+B).

Modifications de l'horaire de travail

L'employeur peut procéder à un aménagement de l'horaire de travail, il peut réduire ou allonger l'horaire. Il peut introduire le principe de la journée continue ou modifier la répartition hebdomadaire du travail. Le salarié est tenu d'accepter de telles modifications car la détermination de l'horaire relève du pouvoir de direction. *Sauf volonté contraire des parties, l'horaire de travail ne constitue a priori pas un élément essentiel du contrat de travail, ce qui autorise l'employeur à l'aménager, sous réserve toutefois qu'il ne touche pas à la durée du travail et qu'il ne bouleverse pas l'économie du contrat de travail.*

Un changement d'horaire consistant dans une répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail

Un salarié, embauché en qualité de directeur administratif et financier, pour un horaire hebdomadaire de 38 heures 50 réparties du lundi 7 heures 30 au vendredi 12 heures, peut ainsi être licencié pour avoir refusé d'être présent, à la demande de son employeur, le vendredi après-midi.

« Mais attendu que la cour d'appel a constaté que l'employeur, sans remettre en cause la durée du travail prévue au contrat, avait seulement demandé à M. H. d'être présent le vendredi après-midi ; qu'elle a pu décider, s'agissant d'un cadre dirigeant de l'entreprise, que ce changement de l'horaire de travail ne constituait pas une modification du contrat de travail et qu'en refusant de se soumettre à cette décision de l'employeur, le salarié avait commis une faute dont elle a apprécié le caractère sérieux ; que le moyen n'est pas fondé » (Cass. soc., 16 mai 2000, n° 97-45.256 P).

L'abaissement conventionnel de la durée hebdomadaire du travail constitue-t-il une modification du contrat de travail ?

En l'absence de stipulation contractuelle, l'abaissement conventionnel de la durée hebdomadaire de travail (en l'espèce de 45 heures à 42 heures) ne peut en aucun cas constituer une modification du contrat de travail. Cass. soc. 10-3-98, Naegel c/ Sté Promaco. L'utilisation des heures supplémentaires étant dérogatoire à la durée légale du travail, un salarié ne peut valablement revendiquer un droit au maintien des heures supplémentaires régulièrement effectuées que sous la seule réserve d'une mention

expresse à son contrat de travail ou de l'existence d'une « convention de forfait ».

Modification du lieu de travail

Le lieu de travail n'est pas un élément contractuel par essence . En l'absence de lieu de travail contractualisé par les parties, le lieu de travail n'est qu'une condition de travail que l'employeur peut modifier en vertu du pouvoir de direction et d'organisation du travail qui a été consenti par le salarié par la signature de son contrat de travail. Le refus de changer de lieu de travail constitue donc une faute grave .

Si le salarié ou l'employeur désirent contractualiser le lieu de travail, cette contractualisation peut être neutralisée par l'insertion d'une clause « de mobilité » .

La cour de cassation ne cesse de raffiner sa jurisprudence aussi bien en l'absence de clause de mobilité du salarié qu'en présence d'une clause.

Ainsi, le refus d'un salarié en l'absence de clause de mobilité de travailler en dehors de son secteur géographique pourra constituer une faute grave mais le refus d'un salarié d'effectuer sa clause mise en œuvre régulièrement par l'employeur ne constituera pas une faute grave ...

ABSENCE DE CLAUSE DE MOBILITE

Un salarié peut accepter par avance, dans une clause de mobilité, que son lieu de travail puisse être modifié et donc, d'exercer ses fonctions dans les différents établissements, agences ou succursales où l'entreprise déciderait de le muter. Dans un arrêt du 30 septembre 1997 (Bull. civ. V. n° 289), la Cour de cassation a considéré qu'en présence d'une clause de mobilité insérée au contrat de travail, le refus du salarié de se soumettre à une décision de mutation géographique décidée par l'employeur, constitue en principe une faute grave.

Si l'employeur peut exercer son pouvoir de modification du lieu de travail, il est tenu néanmoins de respecter certaines limites . Il ne peut exercer son pouvoir que dans le cadre du bassin d'emploi ou du secteur géographique (région par exemple).

Il reste possible de lui imposer , dans certains cas un déplacement en dehors du secteur géographique comme l'illustrent les affaires suivantes :

EMPLOIS IMPLIQUANT PAR NATURE UNE CERTAINE DISPONIBILITE GEOGRAPHIQUE

Certains emplois impliquent, par nature une certaine disponibilité géographique. Il en est ainsi d'une salariée embauchée en qualité de chauffeur de car, sans mention du lieu de travail dans son contrat (Cass. soc., 4-1-2000, Henry c/ SARL Coulet Fils) « Mais attendu que le cour d'appel, qui constate qu'aucun lieu d'exécution n'était prévu par le contrat de travail et que la nature même de l'emploi impliquait une certaine disponibilité géographique, a pu décider que le contrat de travail n'avait subi aucune modification et que l'abandon prolongé de son poste par la salariée, depuis le 5 août 1992, rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave » (4 janvier 2000 Arrêt no 31 P + F Pourvoi no M 97-41.154 Henry c/ SARL Coulet Fils) <http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=55>

DEPLACEMENT TEMPORAIRE

Un chef de chantier dont le contrat à durée indéterminée ne comportait aucune mention du lieu de travail ni aucune clause de mobilité refuse de se rendre pour une durée de deux mois, sur un chantier éloigné de plus de 300 km de la région toulousaine où il travaillait habituellement. Licencié pour faute grave , le salarié plaide le changement de secteur géographique . En effet, selon une jurisprudence constante de la cour de cassation, en absence de clause de mobilité l'employeur ne pouvait exiger un changement de région ou de bassin d'emploi. Dans l'affaire qui lui était soumise, la cour de cassation affine sa jurisprudence et impose au salarié en dehors de son secteur géographique du moment ou l'intérêt de l'entreprise le justifie et que les fonctions exercées sont spécifiques. « *Qu'en statuant ainsi, alors que 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, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;* » (Cass.soc. 22/01/03 N° 00-43.826) <http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=426>

LIEU DE TRAVAIL IMPLICITE

Une salariée formatrice en informatique refuse d'effectuer une mission à Lille . Pour l'employeur, son refus est forcément fautif puisque aucun secteur géographique d'intervention n'avait été stipulé dans le contrat de travail et que les fonctions d'un salarié supposaient de fréquents déplacements. Le fait de proposer une mission de quelques jours non consécutifs dans une région autre que celle où les missions sont habituellement exécutées ne constituait pas une modification du contrat de travail ...

Pour la cour de cassation, si une mission temporaire en dehors du secteur géographique ne constitue pas nécessairement une modification du contrat de travail encore faut-il que les parties n'aient pas fixé de lieu de travail ! Or la sédentarité ne résulte pas forcément du contrat de travail, elle peut se déduire du comportement de l'employeur comme c'était le cas en l'espèce :

« Mais attendu que la cour d'appel a relevé que, depuis son engagement, Mme X... avait constamment travaillé en Ile-de-France, que les formations à dispenser en province étaient confiées à d'autres salariés et que les horaires prévus par le contrat à temps partiel conclu en octobre 1992 excluaient tout déplacement en province ; qu'en l'état de ces constatations, qui caractérisent la volonté non équivoque de l'employeur de dispenser la salariée d'effectuer des missions hors de la région parisienne, en sorte que l'extension de ce secteur géographique d'activité s'analysait en une modification du contrat de travail, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé » (Cass.soc. 28/01/03 N° 00-46813)

<http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=458>

PRESENCE D'UNE CLAUSE DE MOBILITE

Si l'éventualité du déplacement a été prévue dans le contrat ou résulte des usages (Bâtiment et Travaux Publics), l'employeur est en droit de modifier unilatéralement le lieu de travail. Au cas contraire, il faut rechercher si le lieu de travail a été contractualisé. Si le lieu a été contractualisé, l'employeur peut neutraliser l'effet de cette clause en insérant une clause de mobilité.

En principe, la clause de mobilité insérée dans un contrat de travail permet à l'employeur de se réserver la possibilité de modifier le lieu de travail du salarié sans que cela constitue une modification du contrat de travail. En application de cette clause, et sauf abus manifeste dans son usage, l'employeur aura la possibilité, pour des raisons de services, de muter le salarié dans un autre établissement sans que celui-ci puisse s'y opposer en invoquant une prétendue modification de son contrat de travail.

La Cour de cassation apporte une précision importante sur ce qui constitue une clause de mobilité ou non, en introduisant une distinction entre clause de mobilité et clause prévoyant la possibilité d'exécuter la prestation de travail ailleurs que sur le lieu d'affectation.

CLAUSE DE MOBILITE AFFECTATION ET CLAUSE DE MOBILITE EXECUTION

Pour la cour de cassation, il ne faut pas confondre lieu d'affectation et lieu d'exécution du contrat de travail La clause du contrat qui prévoit la possibilité pour l'employeur de faire exécuter la prestation de travail du salarié ailleurs que sur le lieu d'affectation ne constitue pas une clause de mobilité. En conséquence une telle clause ne peut permettre à l'employeur de changer le lieu d'affectation du salarié et le licenciement justifié uniquement par le refus de ce changement se trouve dépourvu de cause réelle et sérieuse, puisqu'il s'agit du refus d'une modification essentielle du contrat de travail. Dès lors l'employeur qui entend pouvoir compter sur une mobilité réelle des salariés doit prendre garde de bien préciser dans la clause du contrat que cette dernière ne vise pas uniquement l'exécution de la prestation de travail, mais concerne également le lieu d'affectation du salarié.

Un salarié employé en qualité d'ingénieur est licencié pour avoir refusé sa mutation au siège de la société à Paris. L'employeur reproche aux juges du fonds d'avoir considéré que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse, alors que pour lui le contrat de travail de l'intéressé comportait une clause de mobilité. Cette clause prévoyait que le contrat de travail pouvait être exécuté en France comme à l'étranger, en tout lieu où l'employeur aurait recours aux services du salarié étant précisé que le lieu de travail ne pouvait en aucun cas être considéré comme une clause essentielle. En outre, pour l'employeur le licenciement du salarié se trouvait justifié par le refus d'une mutation rendue nécessaire par la réorganisation de l'entreprise qui devait faire face à des difficultés économiques, circonstances que n'avaient pas pris en compte les juges du fond.

Mais pour la Cour d'appel, seule, la modification du lieu d'exécution du contrat de travail ne constituait pas un élément essentiel, alors que la modification du lieu d'affectation imposant au salarié un changement de domicile constituait une modification du contrat de travail.

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'employeur: "Mais attendu que, procédant à l'interprétation nécessaire du contrat entre les parties, la Cour d'appel a estimé que le contrat prévoyait bien que l'exécution de la prestation de travail convenue pourrait se dérouler en fonction des nécessités de l'entreprise ailleurs qu'au lieu

d'affectation, il ne comportait pas en revanche de clause de mobilité; Et attendu qu'ayant exactement retenu que le salarié affecté à Lyon était dès lors fondé à refuser la modification de son contrat de travail que constituait la mutation à Paris, la Cour d'appel, qui a relevé au vu des motifs énoncés par l'employeur dans la lettre de licenciement que le licenciement avait pour seule cause le refus du salarié de sa mutation à Paris a, légalement justifié sa décision» (Cass. soc., 27mai 1998, n° 96-40.929 P).

UNE CLAUSE DE MOBILITE CONVENTIONNELLE PEUT S'APPLIQUER SOUS RESERVE QUE LE SALARIE EN AIT ETE INFORME !

Un salarié ne peut se voir imposer les dispositions d'une convention collective que s'il a été mis en mesure d'en prendre effectivement connaissance . Un employeur envisage de muter un salarié en se basant sur les dispositions conventionnelles imposant la mobilité. Il estime de ce fait qu'il s'agit d'un simple changement des conditions de travail, le refus du salarié ne pouvant être qu'une faute grave. La cour de cassation valide la position de l'employeur , dans la mesure où il peut apporter la preuve que le salarié a été informé . Ce qui n'est pas le cas en l'espèce . « Mais attendu que si, même en l'absence de clause de mobilité géographique insérée au contrat de travail du salarié, l'employeur peut se prévaloir de l'existence d'une telle mobilité instituée de façon obligatoire par la convention collective, lorsque la disposition de la convention collective se suffit à elle-même, c'est à la condition que le salarié ait été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance » (Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-42.646). L'employeur a donc le devoir d'informer le salarié de l'existence des conventions collectives : - soit au moment de son embauche - soit en rappelant les dispositions conventionnelles dans le contrat de travail écrit - soit en lui remettant un exemplaire

<http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=246>

LE REFUS D'UNE CLAUSE DE MOBILITE EST UNE FAUTE QUI DOIT ETRE SANCTIONNEE COMME TELLE , MAIS LE REFUS NE CONSTITUE « QU'EN PRINCIPE » UNE FAUTE GRAVE !

Le refus d'une clause de mobilité est une faute qui doit être sanctionnée
Le refus d'une clause de mobilité est une faute et doit être sanctionnée comme telle . Tout le droit disciplinaire est donc applicable. Faute d'avoir sanctionné dans le délai de deux mois après la signification du refus par le salarié de sa clause de mobilité, l'employeur doit renoncer à toute procédure disciplinaire . Un salarié dont le contrat de travail comporte une clause de mobilité est détaché dans une filiale italienne de l'entreprise à laquelle il appartient en qualité de directeur général. Rappelé de façon autoritaire au siège en qualité de directeur chargé de mission auprès du président du conseil d'administration , il refuse de mettre ainsi fin à son détachement. Constatant depuis plus de deux mois l'absence du salarié au siège, l'employeur entame une procédure de licenciement pour faute grave. La cour confirme qu'il s'agit bien d'une faute grave « ... que le salarié avait été licencié ... à juste titre, pour faute grave, en raison de son refus de mutation ... » et que le refus d'application de la clause de mobilité peut être sanctionné. En toute logique, la cour en déduit que puisqu'il y a faute , l'employeur disposait de deux mois pour sanctionner et il est trop tard ! « Attendu, cependant, que la cour d'appel a statué sans répondre ni aux conclusions par lesquelles M E. se prévalant de l'article L 122-44 du Code du travail avait fait valoir qu'ayant refusé sa mutation autoritaire au siège social , par lettre du 2 février 1993, reçue par son employeur le 8 février, celui-ci, qui en avait pris acte dans son courrier du 11 février suivant, ne pouvait plus, le 16 avril 1993, plus de deux mois après, fonder son licenciement sur ce refus ni davantage sur son absence, le 1^{er} mars 1993, à un poste dans lequel il avait été nommé mais qu'il avait refusé en sorte que son absence n'était précisément que la conséquence de son refus ... » . (Cass.soc. 29 janvier 2002 N° 99-43952)
<http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=182>

Le refus d'une clause de mobilité ne constitue « qu'en principe » une faute grave !

Une femme, agent de propreté, est licenciée pour faute grave en raison de son refus de mutation, malgré une clause de mobilité géographique aux termes de laquelle elle acceptait toute mutation au sein de l'entreprise correspondant à ses aptitudes et à ses compétences, qui serait motivée par les nécessités de service ; Alors que le conseil de prud'hommes estime que les horaires proposés ne provoquaient pas, même si le lieu de travail était plus éloigné du domicile, un bouleversement des habitudes de Mme X... au point de rendre abusive l'application de la clause de mobilité ; la cour de cassation estime que le fait que la clause de mobilité ait été régulièrement mise en oeuvre ne permet pas pour autant de qualifier la faute de grave . « Attendu, cependant, que la seule circonstance que l'employeur n'ait pas commis d'abus dans la mise en oeuvre de la clause de mobilité ne caractérise pas la faute grave du salarié qui a refusé de s'y soumettre ; qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ; « On ne peut donc partir du principe qu'un salarié qui refuse de se soumettre à une clause de mobilité appliquée de manière légitime commet une faute grave, si on n'a pas démontré qu'elle rend impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée du préavis . (Cass.soc., 4 février 2003, N° 40476) <http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=452>

LE REFUS D'UNE CLAUSE DE MOBILITE EST UNE FAUTE QUI DOIT ETRE SANCTIONNEE

Le refus d'une clause de mobilité est une faute et doit être sanctionnée comme telle . Tout le droit disciplinaire est donc applicable. Faute d'avoir sanctionné dans le délai de deux mois après la signification du refus par le salarié de sa clause de mobilité, l'employeur doit renoncer à toute procédure disciplinaire . Un salarié dont le contrat de travail comporte une clause de mobilité est détaché dans une filiale italienne de l'entreprise à laquelle il appartient en qualité de directeur général. Rappelé de façon autoritaire au siège en qualité de directeur chargé de mission auprès du président du conseil d'administration , il refuse de mettre ainsi fin à son détachement. Constatant depuis plus de deux mois l'absence du salarié au siège, l'employeur entame une procédure de licenciement pour faute grave. La cour confirme qu'il s'agit bien d'une faute grave « ... que le salarié avait été licencié ... à juste titre, pour faute grave, en raison de son refus de mutation ... » et que le refus d'application de la clause de mobilité peut être sanctionné. En toute logique, la cour en déduit que puisqu'il y a faute , l'employeur disposait de deux mois pour sanctionner et il est trop tard ! « Attendu, cependant, que la cour d'appel a statué sans répondre ni aux conclusions par lesquelles M E. se prévalant de l'article L 122-44 du Code du travail avait fait valoir qu'ayant refusé sa mutation autoritaire au siège social , par lettre du 2 février 1993, reçue par son employeur le 8 février, celui-ci, qui en avait pris acte dans son courrier du 11 février suivant, ne pouvait plus, le 16 avril 1993, plus de deux mois après, fonder son licenciement sur ce refus ni davantage sur son absence, le 1^{er} mars 1993, à un poste dans lequel il avait été nommé mais qu'il avait refusé en sorte que son absence n'était précisément que la conséquence de son refus ... » .(Cass.soc. 29 janvier 2002 N° 99-43952) <http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=182>

LE REFUS D'UNE CLAUSE DE MOBILITE NE CONSTITUE « QU'EN PRINCIPE « UNE FAUTE GRAVE !

Une femme, agent de propreté, est licenciée pour faute grave en raison de son refus de mutation, malgré une clause de mobilité géographique aux termes de laquelle elle acceptait toute mutation au sein de l'entreprise correspondant à ses aptitudes et à ses compétences, qui serait motivée par les nécessités de service ; Alors que le conseil de prud'hommes estime que les horaires proposés ne provoquaient pas, même si le lieu de travail était plus éloigné du domicile, un bouleversement des habitudes de Mme X... au point de rendre abusive l'application de la clause de mobilité ; la cour de cassation estime que le fait que la clause de mobilité ait été régulièrement mise en oeuvre ne permet pas pour autant de qualifier la faute de grave . « Attendu, cependant, que la seule circonstance que l'employeur n'ait pas commis d'abus dans la mise en oeuvre de la clause de mobilité ne caractérise pas la faute grave du salarié qui a refusé de s'y soumettre ; qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ; « On ne peut donc partir du principe qu'un salarié qui refuse de se soumettre à une clause de mobilité appliquée de manière légitime commet une faute grave, si on n'a pas démontré qu'elle rend impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée du préavis .(Cass.soc., 4 février 2003, N° 40476) <http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=452>

LA CLAUSE DE MOBILITE NE DOIT PAS ETRE MISE EN APPLICATION DE FAÇON ABUSIVE

Pour être opposable au salarié, la mise en œuvre de la clause de mobilité ne doit pas être abusive.

Les clauses de mobilité sont inopposables aux représentants du personnel .

Un délégué du personnel peut refuser une mutation même si la possibilité a été prévue au contrat. Même si la clause de mobilité le prévoit, l'employeur ne peut mettre celle - ci en œuvre de façon précipitée et imposer, par exemple, à une salariée depuis quatre ans dans le même poste une nouvelle affectation dans une ville proche de 150 km dans les 24 h. (Cass. soc. 16-2-87, Bull. Cass. 87-V-83).

Par contre n'est pas abusive la mise en œuvre d'une clause de mobilité dans u cadre disciplinaire : Un inspecteur du contentieux, M. B., est nommé responsable de l'unité de contentieux régional de Marseille, ses résultats ne sont pas jugés convaincants par la direction qui le mute à l'unité de Bordeaux . Pour le salarié , la clause de mobilité est mise en œuvre dans un but disciplinaire, l'employeur., en agissant ainsi, abuse de ses pouvoirs . Pour la cour de cassation , la faute du salarié peut justifier une mutation géographique. « Attendu, cependant, que la mise en oeuvre d'une clause de mobilité n'entraîne pas de modification du contrat de travail ; que, même si le déplacement du salarié a le caractère d'une mesure disciplinaire, il ne constitue pas un abus, dès lors que l'employeur peut invoquer une faute du salarié « . (Cass.soc. 11/07/2001 N°99-41.574) <http://www.tripalium.com/arrets/arretjurisprudence.asp?idarret=152>

Application

Dans l'hypothèse ou l'employeur décide pour des raisons économiques de transférer tout ou partie de son activité dans une autre région, le salarié est-il tenu de suivre l'entreprise ?

La situation peut s'avérer très délicate .

Première démarche à effectuer : relire son contrat de travail et sa convention collective, vérifier si le lieu de

travail est indiqué et si une clause de mobilité y figure.

1. votre contrat précise une adresse d'exécution et d'affectation du travail :

Si votre contrat de travail stipule une adresse précise d'exécution et d'affectation du contrat, le lieu de travail est contractualisé, le transfert de l'entreprise dans une autre région constituera une modification de votre contrat de travail.

Procédure : L'employeur informe chaque salarié par lettre recommandée avec accusé de réception au moins un mois à l'avance. La lettre doit indiquer que vous disposez d'un délai d'un mois pour faire connaître votre refus. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, vous êtes réputé avoir accepté la modification proposée.

Conséquence de la modification imposée par l'employeur : vous pouvez refuser la modification imposée par votre employeur . Attention, votre refus occasionnera un licenciement économique à son initiative. Si vous confirmez par écrit dans le délai d'un mois votre refus de la modification de votre contrat de travail pour cause économique, l'employeur doit respecter la procédure de licenciement pour motif économique, sous réserve qu'il maintienne sa décision de transfert et que votre reclassement ne soit pas possible au sein de l'entreprise sur un autre établissement ou même à l'intérieur du groupe auquel l'entreprise appartiendrait.

2. votre contrat ne précise aucune adresse d'exécution et d'affectation du travail :

Si le nouveau lieu est dans la même zone géographique :

Selon une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation, le changement de lieu de travail au sein du même secteur géographique constitue un simple changement des conditions de travail que le salarié est tenu d'accepter. Conséquence de la modification imposée par l'employeur : Suite à votre refus, l'employeur sera en droit de procéder à votre licenciement pour faute grave. Si le nouveau lieu est dans une même zone géographique différente : Le juge appréciera l'incidence de la modification sur vos conditions d'emploi.

3 . Votre contrat contient une clause de mobilité

Une clause de mobilité visant le nouveau lieu de travail implique que vous avez accepté votre mutation. Vous ne pouvez pas considérer qu'il y a modification de votre contrat . Conséquence de la modification imposée par l'employeur : Suite à votre refus, l'employeur sera en droit de procéder à votre licenciement pour faute grave.

4. Vous acceptez la modification :

Vous décidez d'accepter le changement de lieu de travail, l'employeur doit en principe établir un avenant écrit à votre contrat de travail, précisant le nouveau lieu de travail.

Modifications résultant d'une sanction disciplinaire :

Une modification du contrat de travail prononcée à titre de sanction ne peut être imposée au salarié . Désormais une sanction telle qu'une rétrogradation constitue une modification du contrat de travail que le salarié peut refuser. S'agissant d'une sanction affectant le contrat de travail, tout le problème réside dans la reconnaissance d'un droit au refus du salarié et dans les conséquences que l'employeur peut en tirer.

DROIT AU REFUS DU SALARIÉ

Une sanction modificatrice du contrat de travail ne peut être imposée au salarié.

Une directrice d'hôtel se voit notifier, après entretien préalable, sa rétrogradation dans l'emploi de « chef de réception. L'intéressée refuse par courrier cette modification de son contrat et fait l'objet d'un licenciement trois jours plus tard.Elle assigne son employeur en paiement de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et obtient gain de cause. La Cour d'appel considère en effet que la rétrogradation qui avait été prononcée au motif de griefs constitutifs de fautes constituait une sanction disciplinaire et que ces griefs, à l'égard desquels l'employeur avait épuisé son pouvoir disciplinaire, ne pouvaient plus être invoqués à l'appui d'un licenciement. Les mêmes faits ayant déjà fait l'objet d'une sanction, elle refuse donc d'en examiner la réalité et la gravité. Décision cassée par la Haute juridiction qui affirme qu'une sanction modificatrice du contrat de travail ne peut être imposée au salarié. *Une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction, ne peut être imposée au salarié.«Attendu qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée; que, cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la sanction refusée; Qu'en statuant ainsi alors qu'elle relève, par ailleurs, que Mme K. avait refusé la modification de son contrat de travail et qu'ils lui appartenait, dès lors, d'examiner si les faits invoqués par l'employeur constituaient une cause réelle et sérieuse de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033 P÷B+R).*

Désormais , aucune modification du contrat de travail ne peut être imposée au salarié par l'employeur, que celui-

ci agisse dans le cadre de son pouvoir de direction ou dans celui de son pouvoir disciplinaire. Quelle que soit l'hypothèse le salarié n'est pas en faute.

CONSEQUENCES QUE L'EMPLOYEUR PEUT TIRER DU REFUS DU SALARIE

La Haute juridiction reconnaît à l'employeur le droit de prononcer une autre sanction en lieu et place de la sanction refusée. La seconde sanction devra obéir au même motif que la première. Sauf à ce que l'employeur, en cas de refus du salarié, opte pour une sanction de degré moindre, ce qui est peu probable, la mesure disciplinaire qu'il prendra à l'encontre du salarié sera un licenciement. Le motif du licenciement ne réside pas dans le refus par le salarié de se soumettre à une sanction justifiée, mais dans les faits invoqués à l'appui de la première sanction. Pour légitimer une mesure de rétrogradation ou une mutation, les faits reprochés au salarié devront présenter un caractère de gravité suffisant pour justifier un licenciement. Pour être efficace, une sanction se traduisant par la modification du contrat de travail devra être expressément acceptée par le salarié faute de quoi elle lui sera inopposable.

La faute n'est pas sanctionnée deux fois, la rétrogradation ou la mutation disciplinaire n'auront le caractère de sanction que si le salarié les accepte. Si le salarié les refuse, ces sanctions sont comme annulées et peuvent être remplacées.

La nouvelle sanction pourra difficilement être moins sévère, la faute ayant justifié la rétrogradation étant forcément importante, reste le licenciement.

L'employeur doit alors *recommencer la procédure de licenciement* avec convocation entretien dans la mesure où la convocation au précédent entretien n'envisageait pas le licenciement. En effet, l'art. L 122-41 du code du travail précise que si l'employeur envisage de prendre une sanction il doit convoquer le salarié en lui indiquant *l'objet de la convocation*.

Une salariée dont l'horaire a été ramené en raison d'une baisse d'activité à 26 h au lieu de 39 h sans baisse de rémunération peut-elle refuser 11 ans plus tard de travailler 39h ?

Une salariée dont l'horaire a été ramené en raison d'une baisse d'activité à 26 h au lieu de 39 h sans baisse de rémunération ne peut refuser, 11 ans plus tard, de travailler 39 h sans augmentation de salaire alors que son contrat de travail n'a pas été modifié. Il ne s'agit pas d'une modification substantielle, le contrat de travail n'ayant pas subi de modification d'un de ses éléments substantiels, la salariée commet une faute grave en refusant d'accomplir l'horaire de travail pour lequel elle a été embauchée. Cass.soc. 12 janvier 1994, n°108.

Si pour la jurisprudence, constitue une modification d'un élément essentiel du contrat de travail, celle qui affecte la nature même des fonctions du salarié, tous les changements d'attribution ne sont pas constitutifs d'une modification de contrat. Un simple aménagement des fonctions n'est pas une modification contractuelle.

Harcèlement Moral

Le contrat de travail est exécuté de bonne foi (art. L.120-4)

Le harcèlement a pu être défini comme un harcèlement par la dégradation délibérée des conditions de travail qui a pour conséquence de porter atteinte à la dignité, l'intégrité psychique ou physique de la victime .

Peut-on qualifier de harcèlement moral le simple exercice par l'employeur du pouvoir inhérent à sa qualité de chef d'entreprise ? Un salarié peut-il se dire victime de harcèlement moral du fait de la modification de ses horaires de travail ? La loi sur la Modernisation sociale complétée par la loi Fillon essaient de donner une réponse à ces questions en définissant la notion de harcèlement moral.

Définition du harcèlement moral

La définition du harcèlement moral a été adaptée pour le secteur privé et le secteur public.

□ Harcèlement moral dans le secteur privé

Dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Aucun salarié ne doit subir les *agissements répétés* de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une *dégradation* des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Nul ne peut prendre en considération le fait que la personne intéressée a subi ou refusé de subir les agissements définis à l'article L. 122-46 et ceux définis

au premier alinéa du présent article, ou bien a témoigné de tels agissements ou les a relatés, pour décider notamment en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de résiliation, de renouvellement de contrat de travail ou de sanctions disciplinaires. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit (art. L 122-49).

Est passible d'une sanction disciplinaire tout salarié ayant procédé aux agissements définis à l'article L. 122-49 (art. L 122-49).

Il appartient au chef d'entreprise de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements visés à l'article L. 122-49 (art. L 122-49).

❑ Prévention du harcèlement moral

Une procédure de médiation peut être engagée par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral. Elle peut être également mise en œuvre par la personne mise en cause. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties. (art. L. 122-52)

Si les parties ne s'entendent pas pour désigner un médiateur, ce dernier est choisi par l'inspecteur du travail sur une liste de personnalités désignées en fonction de leur autorité morale et de leur compétence dans ce domaine. Les listes de médiateurs sont dressées après consultation et examen des suggestions des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national.

Le médiateur a les plus larges pouvoirs pour s'informer de la situation dans l'entreprise et des relations entre les parties intéressées. Celles-ci lui remettent un mémoire contenant leurs observations. Chaque mémoire est communiqué par la partie qui l'a rédigé à la partie adverse.

Le médiateur convoque les parties ; les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 523-4 du code du travail sont applicables à ces convocations.

Après avoir, s'il y a lieu, essayé de concilier les parties, le médiateur leur soumet, sous forme de recommandation motivée, des propositions en vue du règlement des points en litige, dans un délai d'un mois à compter de la désignation, susceptible d'être prorogé avec leur accord.

Toutefois, lorsque le médiateur constate que le conflit porte sur l'interprétation ou la violation des dispositions législatives ou réglementaires, il doit recommander aux parties de soumettre le conflit à la juridiction de droit commun compétente pour en connaître.

Action en justice et sanctions pénales

Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes actions en faveur d'un salarié de l'entreprise, sous réserve qu'elles justifient d'un accord écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment.

« Art. 222-33 Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.»

« Art. 225-14 Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende. »

Modification requérant l'accord du salarié : la modification du contrat

Une modification requiert l'accord du salarié lorsqu'elle affecte une condition du contrat jugée essentielle, déterminante, par la partie en cause au moment de la conclusion du contrat de travail. En présence d'une modification essentielle ou contractualisée, l'accord du salarié est requis.

Pour apprécier si une modification porte sur un élément contractuel, les tribunaux s'attachent à rechercher les éléments essentiels du contrat puis les éléments contractualisés.

Toute modification portant sur un *élément constitutif* du contrat de travail : emploi, rémunération, fonction, qualification, est considérée comme essentielle, sans qu'il y ait à rechercher si ces éléments ont été stipulés par écrit.

Toute modification portant sur un élément jugé essentiel par la commune volonté des parties est contractualisé si la preuve en est rapportée. Il en va ainsi du lieu de travail, de l'horaire, des avantages matériels. Si le contrat

n'est pas explicite, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation.

Modification d'un élément essentiel

Modification de la rémunération

La rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail sous réserve, d'une part du SMIC et, d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprises ou des engagements unilatéraux de l'employeur. *La rémunération étant un élément essentiel, toute réduction de cette dernière constitue une modification contractuelle.*

LES ACCORDS COLLECTIFS PRIMENT-ILS SUR LES CONTRATS DE TRAVAIL ?

La conclusion d'un accord d'entreprise ne bénéficie aux salariés que s'il est plus favorable (effet immédiat, impératif et automatique). Cependant , l'employeur doit solliciter l'accord express de chacun d'eux dès lors que les contrats individuels sont affectés par la modification de l'ordre collectif.

La chambre sociale de la Cour de cassation vient de rendre plusieurs décisions de principe visant à réaffirmer clairement la valeur normative du contrat de travail et de ses éléments essentiels, ainsi que la primauté des contrats individuels sur les dispositions d'un accord collectif.

Dans un premier arrêt, la Haute Juridiction énonce que « *la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord ; qu'il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux* » Cass. soc. 19-5-98, Di Giovanni c/ Compagnie française des produits naturels.

Dans un deuxième arrêt la Cour de cassation rappelle de la façon la plus nette qu'un salarié est toujours en droit de demander l'application des dispositions de son contrat de travail, prévoyant en l'espèce le versement d'une contrepartie pécuniaire à la clause de non-concurrence pourtant supprimée par un accord conclu ultérieurement au niveau de l'entreprise, dans la mesure où, « *en toute hypothèse, un accord collectif ne pouvait modifier le contrat de travail* ».Cass. soc. 25-2-98, Qaissi c/ CGBI.

Dans un troisième arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation précise l'effet de l'article L. 132-8 du Code du travail (relatif aux conditions et modalités de dénonciation d'un accord collectif d'entreprise par l'employeur) sur les contrats individuels de travail. L'accord dénoncé continuant de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, il en résulte, selon la Haute Juridiction, « *que les clauses des contrats de travail ne peuvent valablement être modifiées dans un sens moins favorable que celles de l'accord d'entreprise tant que ce dernier reste en vigueur* ».En d'autres termes, « *les salariés, tant que leur contrat de travail est en cours, ne peuvent valablement renoncer aux avantages qu'ils tirent d'un accord collectif* », de sorte qu'étaient nuls les avenants aux contrats de travail signés par certains salariés qui emportaient renonciation aux dispositions de l'accord d'entreprise encore en vigueur au moment de la signature desdits avenants.Cass. soc. 26-5-98, Leroy et a. c/ Hôtel Ritz.

Il faut cependant étudier l'origine de la modification :

Si la rémunération du salarié résulte en totalité d'un accord collectif, la dénonciation de cet accord, qui ne serait pas suivie d'un accord de substitution dans les 15 mois , entraîne le maintien du salaire antérieur, par intégration dans le contrat de l'avantage individuel acquis ;

Si la rémunération du salarié résulte exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur, la dénonciation régulière de cet usage ou de cet engagement unilatéral ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le salaire . Celui-ci doit alors résulter d'un accord contractuel (Cass. soc., 20 oct. 1998, no 95-44.290 P.)

Pour apprécier la modification de la rémunération, il faut considérer la rémunération globale et comparer des éléments semblables.

Toute *réduction directe du salaire de base* ou *suppression des primes* ou accessoires constitue une modification essentielle. Il en résulte ainsi du fait de verser à une salariée un salaire calculé par référence au temps réellement travaillé alors que l'intéressée avait perçu depuis l'embauche et pendant 12 ans une rémunération correspondant à un temps complet bien qu'elle ne travaillât que 33 h par semaine (Cass soc. 31 mars 1993). Constituent des cas de rupture à la charge de l'employeur la suppression de l'avantage constitué par la prise en charge par l'employeur du *coût de l'assurance et de l'entretien de la voiture* personnelle du salarié (Cass soc . 20-2-75

Bull .Cass . 75 V 84), le retrait d'un véhicule de service affecté jusque là à un salarié (Cass soc. 27-4-84, Robert c/ Bacouillard) ou *la suppression d'un logement de fonction* sauf si l'employeur propose une compensation pécuniaire (Cass soc 22 juin 1993).

Modification de la classification

La *qualification professionnelle* (classification) constitue l'un des éléments essentiels du contrat de travail car elle permet d'identifier le poste confié et le travail exigible. Elle permet de déterminer le salaire minimal de l'employé et fait partie d'un engagement conventionnel de l'employeur. Ainsi un gérant de caisse gradé ayant reçu lors de son embauche la classification conventionnelle G4 (échelon le plus élevé des gradés) ne peut se voir refuser le réajustement de classification (passage dans la catégorie cadres C1) et la hausse de salaire que ce réajustement implique. Le refus injustifié de reconnaître au salarié la qualification et les avantages conventionnels constitue la violation d'une obligation essentielle. Le refus de l'employeur peut occasionner la démission du salarié et sa requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse (C.cass. 24/10/96 Crédit mutuel)

Modification d'un élément contractualisé

Modification de la répartition du travail à temps partiel sur la semaine

Le contrat à temps partiel étant écrit, la répartition du travail à temps partiel sur la semaine constitue un élément du contrat qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié. (cass.soc.7/07/98, Reboul c./editions Karthala) Ainsi, un employeur ne peut se réserver de modifier l'horaire convenu « si les circonstances le demandent.

Insertion d'une clause de non concurrence

L'insertion d'une clause de non concurrence dans un contrat de travail n'en comportant pas initialement constitue une modification de ce contrat. Des lors le salarié peut refuser l'introduction de cette nouvelle clause contractuelle. Il importe peu que la clause soit , lors de la rupture du contrat , mise effectivement en œuvre ou non. (cass.soc.7/7/98, ROIG C/Dorandeu et a.)

Proposition de modification d'un droit contractuel virtuel

La proposition de modification d'un droit contractuel virtuel constitue une modification du contrat de travail. Une salariée peut ainsi refuser de signer un avenant à son contrat de travail réduisant le délai de préavis à la suite de l'adoption d'un protocole d'accord avec les syndicats rendant applicable une convention collective alors la durée du préavis ne constituait pas une modification substantielle du contrat (Cass.soc.15/07/98, Pagano C/MGEN)

Procédure de modification

L' *Inspecteur du travail* n'a à être informé que sur les modifications portant sur la durée et l'aménagement de l'horaire de travail notamment en cas de changement d'horaire collectif. Le *comité d'entreprise* n'est obligatoirement informé et consulté que pour les modifications affectant un nombre important de salariés. Le comité d'entreprise est obligatoirement consulté sur les questions intéressant l'organisation et la marche générale de l'entreprise et, notamment les mesures de nature à affecter la durée du travail ou les conditions d'emploi et de travail du personnel. Il doit être consulté par ailleurs sur les projets importants d'introduction de nouvelles technologies et sur les problèmes généraux concernant les conditions de travail résultant notamment de l'organisation du travail, de la technologie et de l'organisation du temps de travail.

Modification proposée ou imposée

le refus du salarié de poursuivre l'exécution de son contrat de travail produit des effets différents selon que l'employeur propose (comme il en a l'obligation) ou impose une modification du contrat. L'employeur ne peut *imposer* au salarié une modification de son contrat de travail. Il peut seulement lui *proposer* une modification et, si le salarié refuse, il a le choix soit de renoncer à la modification envisagée, soit d'engager une procédure de licenciement.

Modification imposée

Un chef de parc qui se voit notifier (imposer) une modification substantielle de son contrat de travail qu'il

refuse expressément , commet-il une faute grave en refusant de reprendre son ancien poste comme le lui demande son employeur qui , constatant le refus , revient sur sa proposition ?

Pour la cour de cassation aucune faute n'est commise, la rupture est acquise suite au refus du salarié de la proposition de modification substantielle .

Un salarié engagé le 1er juin 1961 exerce en dernier lieu les fonctions de chef de parc. Le 30 avril 1991 alors qu'il se trouve en arrêt maladie, l'employeur lui a notifié la modification de son contrat de travail et le retrait de toute fonction d'autorité et de responsabilité, mesure confirmée par lettre du 6 mai 1991. Par lettre du 10 mai 1991, l'intéressé fait savoir qu'il refusait cette modification et ne reprendrait pas son travail. Le 15 mai 1991 l'employeur prend acte de son refus et le met en demeure de reprendre son ancien poste de chef de parc. Devant son refus réitéré la société le licencie, le 21 octobre 1991, pour faute grave caractérisée par le refus de reprendre son travail après deux mises en demeure.

La chambre sociale de la Cour de cassation, sans rechercher si la modification est substantielle ou non, décide que le salarié peut se considérer comme licencié et n'est pas obligé d'accepter la proposition de l'employeur de revenir sur cette rupture acquise et de reprendre son emploi (Cass. soc. 5 mars 1997 n° 95-42.365).

Modification proposée

Un salarié qui se voit proposer une modification substantielle de son contrat qu'il refuse expressément peut-il se considérer comme licencié alors que l'employeur est revenu sur sa décisions de modification et lui demande de reprendre son travail ?

Pour la cour de cassation , la rupture ne peut être imputée à l'employeur qui peut renoncer à son projet .

Dans le cadre d'un projet de restructuration, une société envisage un *transfert du lieu de travail*. Elle convoque plusieurs salariés à un entretien, le 13 février 1991 et leur soumet les éléments du plan social à l'égard duquel ils doivent prendre position avant le 22 mars 1991, *leur silence passé ce délai, vaut refus du transfert*. Parmi les éléments du plan social figurent des propositions de convention de conversion. *Le 19 mars, la société renonce à son projet et annule ses offres précédentes*.

Le 20 mars, les salariés répondent qu'ils refusent la modification de leurs contrats de travail. Ils considèrent la lettre de licenciement du 13 février comme valable et acceptent la convention de conversion. La société leur fait connaître le 21 mars 1991 qu'aucun licenciement n'a été prononcé. Malgré une mise en demeure les salariés ne reprennent pas leur travail et considèrent qu'ils sont licenciés.

Les salariés auxquels ils avaient été seulement proposé une modification de leur contrat, ne peuvent du seul fait que l'employeur ait renoncé à son projet, se considérer comme licenciés. La rupture du contrat de travail n'incombait pas à ce dernier (Cass. soc., 5 mars 1997, n° 94-42.188).

Modification non économique :

Pour toute modification substantielle non économique, la formalité bien que non obligatoire légalement peut être prévue par les conventions collectives ou le contrat de travail. Un *délai de réflexion* suffisant (au moins un mois) doit être laissé au salarié.

Plusieurs cas peuvent se présenter :

1. le salarié ne répond pas et poursuit son travail aux anciennes conditions : Son acceptation ne peut résulter de la simple poursuite du travail et/ou de la signature de l'accusé de réception de la lettre de l'employeur. Il appartient à l'employeur de prouver l'acceptation du salarié.

2. Le salarié ne répond pas et travaille dans les nouvelles conditions : Le fait de travailler aux conditions nouvelles ne suffit pas à prouver la volonté d'accepter les nouvelles clauses de la part du salarié. L'accord tacite n'est plus admis depuis un revirement de jurisprudence (Cass. soc. 8-10-87, 18-2-88, 10-11-88, 17-11-88) . Il appartient à l'employeur de prouver l'acceptation du salarié.

3. Le salarié ne répond pas et n'est pas maintenu dans son emploi sans démissionner ou être licencié : l'existence d'un trouble manifestement illicite est caractérisée et il appartient au juge des référés de le faire cesser (Cass. soc., 30 avril 1997, n° 95-40.573, n° 1801 P).

4. Le salarié refuse : Son refus peut être express (protestation écrite) ou tacite (continuation du travail aux anciennes conditions, saisine de la juridiction prud'homale, visant au rétablissement des conditions antérieures). Le refus par le salarié d'une modification substantielle autre qu'économique donne à l'employeur le choix entre : renoncer à la modification et maintenir les anciennes conditions; prendre l'initiative de la rupture et prononcer

le licenciement pour cause réelle et sérieuse. Si l'employeur n'engage pas de procédure de licenciement sans rétablir les conditions antérieures, le salarié peut : *démissionner* et demander la requalification de la rupture en licenciement et le paiement de toutes les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement et de préavis , *demander la résiliation judiciaire* du contrat de travail ou *demander au juge des référés* d'ordonner des mesures conservatoires de *remise en état* antérieure à la modification contestée.

5. *Le salarié accepte expressément la modification proposée* : L'acceptation emporte novation des seules clauses modifiées. Les obligations qui sont stipulées dans le contrat initial demeurent . Une clause de non concurrence ne devient pas caduque par la modification affectant le lieu de travail. Ni le salarié, ni l'employeur, ne peuvent remettre en cause la modification, une fois celle-ci acceptée.

Modification de nature économique :

Pour toute modification individuelle de nature économique ou non inhérentes au salarié, l'employeur doit informer le salarié par lettre recommandée avec accusé de réception de sa proposition de modification substantielle pour motif économique, c'est à dire motivée par des difficultés économiques , des mutations technologiques ou tout motif non inhérent à la personne du salarié. Ne sont pas concernées par cette procédure, les modifications pour motifs inhérents à la personne du salarié ou les modifications non substantielles.

L'employeur peut - il du fait des difficultés économiques proposer une baisse de rémunération qui va au delà du salaire minimum obligatoire ?

Certes non. La rémunération du salarié ne peut être inférieure au salaire minimum légal ou au salaire minimum conventionnel si ce dernier est plus favorable . La modification du contrat de travail du salarié ne peut donc avoir pour effet de ramener la rémunération au-dessous de ces minima ; le licenciement prononcé à la suite du refus de cette modification illicite par le salarié est donc fautif ».*Cass. soc. 27-5-97, Cardoso c/ Sté Pellerin.*

Selon l'art. L.321-1-2, al 2 et 3 du code du travail *le salarié dispose d'un mois* à compter de la réception de la lettre pour faire connaître son *refus*, à défaut de réponse dans le délai d'un mois, *il est réputé avoir accepté la modification proposée*. La direction de l'usine d'abattage de dindes de Lorient (Dandy) appartenant à la coopérative Unicopa décide de licencier en août 1994, 124 de ses 360 licenciés pour « refus de modification substantielle du contrat de travail » . Ces salariés refusant d'accepter : une baisse de 6,29 % de leur salaire assortie d'une augmentation des cadences de travail, la non rémunération du quart d'heure d'information syndicale, la suppression de la prime de vacances, l'application de la convention collective concernant le calcul du 13^e mois et de la prime d'ancienneté. Après annulation de la procédure par le tribunal de grande instance de Lorient, la Cour d'appel de Rennes donne raison à la direction.

Quelle est la valeur d'une réponse dilatoire ou conditionnelle du salarié ? refus ou acceptation de la modification envisagée ?

Est d'avis que seule une réponse expresse et positive, ou le silence gardé par le salarié pendant plus d'un mois , vaut acceptation de la modification proposée par l'employeur pour l'application de l'art. L. 321-1-2 du Code du travail ; que dès lors une réponse dilatoire ou conditionnelle, telle qu'une demande de prorogation, constitue une réponse négative. Avis de la cour de cassation du 6/07/98 suite à une demande formulée par le conseil de prud'hommes de Narbonne.

Réponse expresse du salarié

Que le salarié accepte ou refuse l'employeur tire les conséquences de la décision. Le refus par le salarié d'une modification substantielle économique donne à l'employeur le choix entre *renoncer à la modification et maintenir les anciennes conditions ou prendre l'initiative de la rupture et prononcer le licenciement pour motif économique*. Si l'employeur n'engage pas de procédure de licenciement sans rétablir les conditions antérieures, le salarié peut : *démissionner* et demander la *requalification de la rupture en licenciement et le paiement de toutes les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement et de préavis* ou *demander la résiliation judiciaire du contrat de travail*.

ARRETS FRAMATOME ET MAJORETTE

Un employeur peut-il s'engager dans des propositions de modification substantielle des contrats de travail et en considération des seuls refus éventuels engager ensuite la procédure de licenciement économique ou doit-il, dès l'origine, mettre en œuvre la procédure de licenciement économique en

intégrant comme mesure du plan social ses propositions qui peuvent aboutir à une modification substantielle du contrat de travail des salariés concernés ?

L'employeur qui, dans le cadre d'une restructuration ou d'une réorganisation de l'entreprise (déménagement d'unités de travail par exemple), propose à au moins 10 salariés une modification substantielle de leurs contrats de travail doit, sans attendre l'approbation ou le refus éventuel des intéressés, se placer dans le cadre de la procédure du licenciement économique d'au moins 10 salariés sur 30 jours et, à ce titre, établir et mettre en œuvre un plan social intégrant notamment les propositions de modification des contrats. Cass. soc. 3-12-96, SA Framatome Connectors France et a. c/ CCE Framatome et a. Cass. soc. 3-12-96, Syndicat Symétal CFDT c/ Sté nouvelle Majorette et a.

Framatome forme le projet de *réorganiser* une division, soit 24 personnes, en transférant tous les techniciens dans la Sarthe et en rassemblant les commerciaux à Versailles. Tous les postes sont maintenus mais géographiquement déplacés. *Aucun licenciement n'est envisagé*. Une proposition de modification substantielle est faite à chaque salarié, Framatome se réservant le droit de licencier les salariés refusant. 9 salariés refusent. *Aucun plan social n'est donc élaboré puisque moins de dix personnes étaient concernées*.

Pour le comité d'entreprise puisque le licenciement de 24 salariés était envisageable il fallait donc entamer la procédure de licenciement lourde et mettre en place un plan social. Cette deuxième thèse est retenue par la cour de cassation. Ainsi une entreprise espérant conserver tous ses salariés devra mettre en place un plan social quand bien même moins de dix salariés refuseraient la proposition de modification ! Cass.soc. 3 décembre 1996, Sté Framatome connectors France / cce N°4687 P+B.

Silence gardé par le salarié

En cas de silence gardé pendant *un mois*, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. Il ne peut plus se rétracter par la suite ou pourra être licencié pour faute (insubordination). Remarque : la décision de modification doit être arrêtée et non être restée au stade de simple projet. De même, l'employeur n'est pas autorisé à constater la rupture du contrat si le salarié n'a pas arrêté sa décision.

un salarié peut-il se déclarer licencié du seul fait d'un projet ou d'une proposition de modification de son contrat de travail ?

Le salarié qui ferait connaître à son employeur qu'il refuse cette proposition de modification et démissionnerait en conséquence manifesterait par là sa volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner. Cass. soc. 5-3-97, Testa c/ SNC Sabla Cass. soc. 5-3-97, Ammann et a. c/ SA Fisons Laboratoires

Application : Modification du lieu de travail

Modification individuelle du lieu de travail

A défaut de clause expresse (contractuelle ou conventionnelle) Le lieu de travail est une *condition de travail* qui peut toujours être modifié. *Le refus du salarié constitue, en principe, une faute grave* (Cass. soc., 22 mai 1997, no 94-40.297). Attention, le refus d'un changement des conditions de travail ne constitue pas nécessairement une faute grave (Cass. soc., 9 mai 2001, no 99-40.840, Bull. civ. V, no 154)

LE LIEU DE TRAVAIL N'EST PAS CONTRACTUALISE ET LA CONVENTION COLLECTIVE EST MUETTE SUR LA MOBILITE.

Le lieu de travail est une condition de travail dans la mesure où *l'objet* même du travail n'est pas une condition essentielle. Dans tous les cas, le juge peut rechercher l'intention réelle des parties.

❑ l'objet même du travail peut être une condition essentielle :

Le secteur d'activité d'un VRP peut être considéré comme un élément essentiel du contrat, car sa clientèle, donc son travail, y est rattachée « *le secteur de prospection constitue un élément constitutif du contrat de VRP, la modification de ce secteur est soumise à l'accord de l'intéressé* » (Cass. soc., 30 oct. 2000, no 98-44.670) . De même pour un attaché commercial (Cass. soc., 6 mai 1997, no 95-42.455) .

❑ le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation :

Le juge peut rechercher si la mobilité est dans le même secteur géographique. *Il n'y a pas de modification lorsque le salarié est muté dans le « même secteur géographique »* (Cass. soc., 21 mars 2000, no 98-44.005) . La notion de « secteur géographique » demeure floue.

La modification du contrat a été écartée lorsque le lieu de travail a été transféré de Paris dans le Val-d' Oise (salarié résidant dans le Val-de-Marne : Cass. soc., 2 avr. 1998, no 95-43. 531), d'Orgeval à Nancy puis à Paris (Cass. soc., 22 mai 1997, no 94-40.297) .

Par contre, la modification a été retenue pour un transfert du lieu de travail de Versailles à Chartres (Cass. soc., 1^{er} juill. 1998, no 96-42.989), d'Amiens à Laon ou Saint- Quentin (Cass. soc., 5 mars 1998, no 95-45.289).

Pour la doctrine , le secteur géographique pourrait correspondre à un bassin d'emplois .

ATTENTION !

Si l'employeur notifie au salarié un changement de lieu de travail en respectant la procédure de modification du contrat pour motif économique, il reconnaît le caractère contractuel du lieu de travail (Cass. soc., 12 juill. 1999, no 97-41.738) .

LE LIEU DE TRAVAIL EST CONTRACTUALISE ET IL N'Y A PAS DE CLAUSE DE MOBILITE :

Si les parties décident (clause expresse du contrat) dans le contrat de travail que le lieu de travail est une condition de l'engagement, le lieu est un élément contractualisé et nécessite l'accord du salarié pour toute modification.

La simple indication du lieu de travail dans le contrat peut n'avoir qu'une valeur d'information !

Dans le contrat de travail d'une comptable était stipulé le lieu de travail (Antony). L'entreprise déménage à Chaville, la salariée refuse d'aller travailler dans les nouveaux locaux de Chaville en estimant que l'employeur a modifié son contrat de travail.

A tort !Puisque la salariée n'avait pas mentionné que son travail s'exercerait exclusivement dans le lieu mentionné, il n'y a pas de modification du contrat de travail ! " *Attendu que 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* " (Cass.soc., N° 01-43.573, 3 juin 2003)

Si le lieu de travail n'est pas contractualisé (pas de clause expresse) , il faut vérifier la convention collective qui peut protéger le salarié. La convention collective des journalistes et la convention collective des banques contiennent des clauses relatives à la mobilité.

La convention collective des journalistes (art 20) précise que les conditions de mutation doivent faire l'objet d'un accord dans la lettre d'engagement ou postérieurement à celle-ci. En l'absence de clause de mutation, le journaliste ne peut être muté sans son accord (Cass. soc., 5 mars 1998, no 95-45.289) .

La convention collective des banques (art. 57)plus favorable au salarié sur les conditions de mobilité rend sans portée la clause de mobilité figurant au contrat lorsque l'employeur ne justifiait pas de sérieuses nécessités de service (Cass. soc., 5 mai 1998, no 95-42.545) . La clause de mobilité prévue au contrat individuel de salariés travaillant dans le secteur bancaire ne s'applique pas si la mutation provoquée par de sérieuses nécessités de service entraîne un changement de résidence .

LA MOBILITE EST EXPRESSEMENT CONVENUE DANS LE CONTRAT :

En présence d'une clause de mobilité figurant au contrat de travail, la mutation du salarié ne constitue pas une modification du contrat. Le refus du salarié d'une clause de mobilité (affectation) peut justifier le licenciement pour faute grave (Cass. soc., 28 févr. 2001, no 97-45.545) . Il s'agit du refus d'exécuter le contrat, dans ses dispositions relatives à la mobilité .

La clause de mobilité doit figurer dans le seul contrat. Une clause figurant dans le règlement intérieur n'a pas de valeur. Le fait, pour le salarié, d'apposer sa signature sur le règlement intérieur lors de l'embauche ne manifeste pas sa volonté d'intégrer la disposition au contrat de travail (Cass. soc., 2 oct. 1997, no 95-43.086).

La clause de mobilité doit figurer au contrat de travail signé. Si le contrat de travail n'est pas signé la clause est inopposable au salarié (Cass. soc., 2 avr. 1998, no 95-43.541).

La clause de mobilité doit prévoir le changement d'affectation du salarié. Le salarié ne peut refuser le changement de lieu de travail dans la mesure ou la clause de mobilité a bien prévu le changement d' affectation. Il faut , en effet, distinguer la mobilité affectation de la mobilité exécution. Un contrat qui comporte une clause de mobilité qui prévoit que le travail sera exécuté en quelque lieu que ce soit ne comporte pas de clause de mobilité au sens ou le changement d'affectation n'a pas été prévu. (Cass. soc., 27 mai 1998, no 96-40.929) .

LA CLAUSE DE MOBILITE NE DOIT PAS ETRE UTILISEE DE FAÇON ABUSIVE.

❑ changement de résidence :

La clause de mobilité ne peut imposer un changement de résidence que si le transfert présente un caractère indispensable . La cour de cassation fait une distinction entre le changement de domicile, qui affecte un droit de la « personne » et le changement de résidence pour les besoins de l'emploi (Cass. soc., 12 janv. 1999) .

❑ délai de prévenance :

La mise en oeuvre de la clause de mobilité ne doit pas être abusive et laisser un délai de prévenance (Cass. soc., 29 mai 1991, no 88-40.329).

L'employeur ne doit pas imposer de contraintes nouvelles et donner les moyens nécessaires au salarié pour assurer sa mobilité (Cass. soc., 18 mai 1999, no 96-44.097 salarié dont le contrat comportait une clause de mobilité en France et hors de France, travaillant en Côte d'Ivoire et affecté en Indonésie).

❑ Travail à domicile :

Le travailleur à domicile peut refuser de travailler dans les locaux de l'employeur car cette proposition est une modification de son contrat de travail (Cass. soc., 28 févr. 2001, no 99-40.600).

Inversement, l'ordre de travailler à son domicile et d'y installer téléphone et dossiers constitue une modification du contrat de travail (Cass. soc., 2 oct. 2001, no 99-42.727)

❑ travail à l'étranger :

Une mission ponctuelle en Allemagne, confiée à un cadre consultant, recruté pour ses connaissances en allemand, alors que son contrat prévoit des séjours en province, n'est pas une modification du contrat (Cass. soc., 21 mars 2000, no 97-44.851) .

Modification collective du lieu de travail

A partir de quel moment peut-on parler de modification collective ? Si tous les contrats individuels comportent tous une cause de mobilité, peut-on parler de modification collective ? Oui. Pour la cour de cassation, la modification reste collective car elle implique un bouleversement des conditions de vie, ou un changement de secteur géographique. De plus, tout déplacement du siège social ou du lieu d'activité de l'entreprise, n'entraîne pas nécessairement une modification individuelle des contrats de travail (Cass. soc., 16 juill. 1997, no 94-44.331 ; Cass. soc., 22 mai 1997, no 94-40.297)

JURISPRUDENCE FRAMATOME MAJORETTE

Si le lieu de travail est susceptible d'être transféré totalement ou partiellement, la Cour de cassation a jugé dans deux arrêts (Framatome et Majorette : Cass. soc., 3 déc. 1996, no 95-17.352 et no 95-20.360) qu'il y a une modification d'un élément essentiel du contrat de travail, et qu'il faut par conséquent envisager le licenciement de ces salariés en mettant en oeuvre un plan social si au moins dix salariés sont concernés.

C'est la proposition de modification au sens de l'article L. 321-1-2 du Code du travail qui déclenche la procédure d'information consultation du comité d'entreprise. Cette procédure doit être déclenchée dès que l'employeur notifie les propositions individuelles de modification dans les formes prévues par la loi : c'est la proposition de modification qui est à considérer, et non la réponse de chaque salarié. En conséquence, le plan social devra être établi, dès avant la proposition de modification à défaut de quoi la procédure est nulle (Cass. soc., 6 mars 2001, no 98-46.479)

EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE FRAMATOME MAJORETTE

Depuis 1999 (Cass. soc., 12 janv. 1999, no 97-12.962)la Cour de cassation limite la jurisprudence Framatome en introduisant la notion de gestion prévisionnelle des emplois.

Le projet qui consiste à rechercher parmi les salariés des candidats à des mesures qui n'entraînent pas rupture du contrat de travail, telles que temps partiel indemnisé, congé sans solde indemnisé, mise à la retraite progressive, mise en disponibilité, constitue une mesure de gestion prévisionnelle du personnel qui ne donne lieu qu'à la consultation prévue par l'article L. 432-1 du Code du travail.

Pour la cour de cassation , ne doivent être prises en compte pour déterminer de l'établissement ou non d'un plan social (c'est-à-dire pour calculer le nombre de salariés concernés) que ceux à qui il est proposé une modification du contrat de travail susceptible de conduire, en cas de refus, à un licenciement économique.

L'employeur qui établit un « plan emploi » comportant des mesures n'entraînant pas rupture des contrats de

travail mais impliquant un risque de modification des contrats, n'est pas tenu d'engager la procédure d'information consultation du comité d'entreprise du livre III. Mais il doit respecter la procédure du livre IV du Code du travail,

L'employeur qui envisage une restructuration importante peut donc commencer celle-ci en proposant à certains salariés des modifications non substantielles, et/ou en recherchant des candidatures pour différentes mesures ne conduisant pas à la rupture du contrat.

transfert d'un établissement en dehors de la zone géographique et du bassin d'emploi

Il y a deux façons d'aborder le problème d'un transfert d'établissement en dehors de la zone géographique.

- par des modifications individuelles du contrat de travail
- par une procédure collective

Dans la mesure du possible les mesures individuelles seraient préférables mais elles sont très lourdes à gérer . Il faut, en effet, vérifier salarié par salarié la contractualisation du lieu de travail, la présence d'une clause de mobilité et l'objet même de son contrat. Même en l'absence de lieu de travail et de clause de mobilité , le juge estime qu'il y a modification contractuelle si le secteur géographique est différent. Des licenciements individuels pour cause réelle et sérieuse sont donc à envisager.

La procédure collective sera justifiée par un motif économique et devra suivre la procédure des modifications substantielles pour raison économique .

Cependant si le nombre de propositions de modification adressées au salariés excède 10 propositions, il faudra établir un plan social alors même que moins de 10 salariés refuseraient . Cette jurisprudence a été cantonnée en 1999 par une affaire IBM dans laquelle la haute juridiction a estimé que si les propositions de modifications n'entraînent pas en cas de refus de suppression d'emploi, la mesure s'analyse comme une simple mesure de gestion prévisionnelle d'emplois . Seule une information du CE est alors nécessaire.

Dans les deux cas , un certain nombre de licenciements sont à prévoir. Cependant , au vu de la complexité des nouvelles procédures de licenciement économique , la première solution mérite d'être examinée de près combinée avec un plan de gestion de l'emploi contenant des mesures ne menant pas à la rupture du contrat.

Cette démarche sera très sophistiquée et nécessitera beaucoup de doigté.

MODIFICATION DE LA SITUATION JURIDIQUE DE L'EMPLOYEUR

D'après l' Art.L.122-12 al 2 « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». L'énumération donnée par cet article n'a pas un caractère limitatif, le principe du maintien du contrat s'applique dans tous les cas où existe un lien de droit entre les employeurs successifs (vente, fusion, succession ou tout acte juridique qui organise la transmission). Ainsi l'article 122-12 joue pour les situations suivantes: changement de direction ; création par une entreprise mère d'une filiale; continuation d'exploitation après mise en redressement judiciaire; mise en location gérance d'un fonds de commerce ; apport d'une succursale d'une entreprise française à une entreprise étrangère. Le champ d'application de l'art. L.122-12 ne cesse de croître.

Evolution jurisprudentielle

Après de nombreuses fluctuations la jurisprudence semblait fixée depuis 1986. Pour la Cour de Cassation, l'article L 122-12 ne pouvait jouer, par exemple, en cas de changement de prestataires de services (Cass. Ass . plénière 15 novembre 1985) ou de succession d'adjudicataires (Cass.soc. 12 juin 1986). En effet, dans le cas où deux concessionnaires se suivaient pour assurer un service qui leur était confié par un tiers, ils n'avaient de ce fait aucun rapport de droit et n'avaient pas à conserver à leur service les salariés employés pour le même travail par le précédent concessionnaire. Cette position de la cour de cassation était cependant en *contradiction* avec la réglementation européenne en la matière (directive N°77/187 du 14 février 1977, cf. directives et leur incidence en droit social).

Par deux *arrêts du 16 mars 1990*, l'assemblée plénière de la cour de cassation aligne sa jurisprudence sur un arrêt du *10 février 1988* de la Cour de Justice des Communautés Européennes . Cet arrêt impose la poursuite

des contrats de travail lorsqu'à travers son exploitation par différents concessionnaires, une *entité économique maintient son identité* et compense l'absence de lien de droit entre les concessionnaires successifs.

La définition de la Cour de cassation comporte donc trois éléments dont la réunion permettra au juge de diagnostiquer une situation relevant de l'article L. 122-12 du Code du travail. Ces trois éléments sont : le *transfert d'une entité économique*, *une activité conservant son identité*, *une activité poursuivie ou reprise*.

La chambre sociale, se rapprochant de la Cour de justice européenne a précisé la notion d'entité économique, définie désormais comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objet propre » (**Cass. soc.**, 28 juin 2000, n° 98-43.692, Brohan, arrêt n° 3169).

Certaines opérations ne rentrent pas dans le cadre de l'article L. 122-12 du Code du travail comme le changement dans la composition du capital, même s'il en résulte la prise de contrôle d'une société par une autre (Cass. soc., 19 déc. 1990, no 87-44.669, Bull. civ. V, no 678) ou pour la seule concession administrative d'une ligne d'autobus, à l'exclusion des locaux et du matériel (Cass. soc., 8 févr. 1994, no 91-43.596). La cession des actions d'une société anonyme ne constitue pas un changement d'employeur, ce qui exclut l'application des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail.

La reprise d'une activité de théâtre service public par une association entraîne-t-elle le transfert d'une entité économique ?

La reprise d'une activité de service public administratif par un organisme de droit privé n'entraîne pas le transfert d'une entité économique autonome. Cass.soc. 1^{er} décembre 1993, n°3865

l'article L. 122-12 s'applique-t-il lorsque l'activité a été interrompue puis reprise par l'ensemble des anciens salariés licenciés ?

La Cour de cassation a précisé que l'article L. 122-12 ne s'appliquait pas lorsque l'activité a été interrompue puis reprise par l'ensemble des anciens salariés licenciés. En l'espèce, des salariés appartenant à une société déclarée en liquidation judiciaire avaient été licenciés. Quatre mois après la liquidation, l'ensemble des salariés avaient créé une nouvelle société reprenant l'entreprise et ses salariés. L'ASSEDIC avait refusé d'accorder à ceux-ci leurs indemnités de rupture estimant qu'il y avait lieu d'appliquer l'article L. 122-12. La Cour de cassation confirme la décision du conseil de prud'hommes condamnant l'ASSEDIC au paiement des indemnités dues. Les licenciements étant devenus définitifs avant la reprise de la société, il ne pouvait pas y avoir transfert d'entreprise au sens de l'article L. 122-12. Cass. soc. 12-11-97, ASSEDIC Drôme-Ardèche c/ Glandu.

Lorsque le changement de prestataires de services (activités de nettoyage, gardiennage, restauration) emporte transfert d'une entité économique identifiable il faut transférer les contrats de travail. Dans la mesure où les marchés de prestations de services généraux ne répondent pas toujours aux conditions requises pour que l'existence d'une entité économique soit reconnue, le changement de prestataire n'emporte pas alors le transfert des contrats de travail. Dans ce cas il faut se référer aux dispositions conventionnelles des entreprises de nettoyage de locaux ; des entreprises de restauration des collectivités ; des entreprises de manutention ferroviaire ; des entreprises de prévention et de sécurité, depuis un accord du 18 octobre 1995 (Arr. min. 29 avr. 1996, JO 8 mai, p. 6929).

Le juge est-il compétent alors la convention collective ne prévoit pas le transfert des salariés en cas de perte de marché ?

Même si la convention collective ne prévoit pas le transfert des salariés en cas de perte d'un marché, il appartient au juge, saisi d'un litige, de vérifier s'il y a ou non transfert d'une entité économique ayant conservé son identité (Cass. soc., 14 déc. 1993, no 91-43.367)

Ainsi le nouveau concessionnaire d'un camping doit continuer les contrats de travail des salariés de l'ancien concessionnaire (sous peine de payer des indemnités pour licenciement abusif et des dommages et intérêts) dont la concession a été rompue par la ville concédante, dès lors qu'existe une entité économique autonome comprenant comme éléments d'exploitation, des terrains et des installations. En revanche, si la concession est dénoncée pour être reprise en exploitation directe il n'y a pas de transformation de fonds ni de cessation d'activités mais simple perte d'un client pour l'entreprise concessionnaire. Les contrats de travail n'ont pas à être transmis et doivent rester à la charge de l'ancien concessionnaire.

Un seul salarié constitue-t-il une entité économique ?

Par un *arrêt du 14 avril 1994* de la 5^{ème} chambre de la Cour de justice des communautés européennes en réponse à deux questions préjudicielles posées par un tribunal allemand, en application de l'art. 177

du traité de la CEE considère qu'un seul salarié peut constituer une entité économique autonome du fait de son activité, même si celle-ci n'est pas assortie d'autres éléments à transférer, alors qu'elle ne présente pas un minimum d'organisation. En l'espèce, Mme Schmidt, employée chargée - seule - du nettoyage des locaux d'une banque localisée à Wacken constitue à elle seule une entité économique ! On ne peut donc supprimer son emploi si on désire sous-traiter l'activité de nettoyage ! Le champ d'application de l'art. L.122-12 ne cesse donc de prendre de l'ampleur sous l'influence du droit communautaire.

Répartition des obligations sociales entre l'ancien et le nouvel employeur

Après la modification la règle de continuation des contrats est réciproque. Si le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat au service du nouvel employeur, son refus équivaut à une faute. Si l'employeur veut modifier une clause substantielle du contrat de travail du salarié, sa démission est assimilée à un licenciement par l'employeur. Le salarié garde le bénéfice de l'ancienneté pour l'indemnité de congés payés, la prime d'ancienneté, l'indemnité de licenciement, les indemnités de clientèle, les indemnités de départ en retraite, les certificats de travail. Sauf cas de fraude (accords conclus entre les employeurs), l'Art.L.122-12 permet le licenciement des salariés par l'ancien employeur en fonction de la réorganisation demandée par le nouvel employeur. Le nouvel employeur peut toujours licencier pour réorganiser ses services ou procéder à une modification substantielle des contrats de travail. Le juge ne peut que proposer et non ordonner la réintégration du salarié licencié au détriment de l'art.L.122-12.

La volonté de frauder a été reconnue dans les cas suivants :

❑ exigence du licenciement d'un salarié avant reprise de l'entité économique
un salarié est licencié par la société cédante avant la reprise de l'activité par le cessionnaire. La cour d'appel a condamné la société reprenneuse au paiement de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation confirme cette décision au motif que le salarié était passé au service du nouvel employeur par l'effet de l'article L. 122-12, et que la cour d'appel a légalement justifié sa décision en faisant valoir que ce dernier avait fait échec à l'application de ce texte, en exigeant le licenciement de l'intéressé avant la reprise de l'entité économique. Cass. soc. 31-3-98, Sté Bericap c/ Franchet.

❑ Poursuite d'activité par le salarié pour le nouvel employeur.
Dans l'hypothèse où un licenciement est prononcé avant la reprise d'une activité par une autre société alors que les contrats de travail en cours ont été transférés par application de l'article L. 122-12 du Code du travail, le licenciement prononcé par le premier employeur est sans effet. Il en résulte que le salarié ne peut pas être soumis à une nouvelle période d'essai en cas de réembauche par le reprenneur. La Cour de cassation a précisé ce dernier point à propos d'une salariée responsable d'un stand de grand magasin. En l'espèce, la société qui exploitait ce stand avait été mise en redressement judiciaire. Un plan de redressement judiciaire avait prévu la cession de ses activités à une autre société et la reprise d'une partie des salariés par celle-ci. Cette salariée, qui ne faisait pas partie de la liste des salariés repris, avait été licenciée pour motif économique par le commissaire à l'exécution du plan. Quatre jours plus tard, elle était réembauchée au même poste par la société reprenneuse qui l'avait finalement licenciée au cours de la période d'essai prévue à son contrat. La cour d'appel avait condamné le nouvel employeur au paiement de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'employeur, au motif que « la cour d'appel qui a constaté que la salariée avait continué d'exercer ses fonctions au service du nouvel employeur, d'où il résultait que son licenciement par le premier employeur était sans effet par application de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail, a pu décider que la rupture de son contrat de travail prononcée sans énonciation de motif au prétexte d'une période d'essai illicite s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. » Cass. soc. 31-3-98, Sté Gerbe d'or c/ Garp et a.

Les obligations sociales sont réparties entre l'ancien et le nouvel employeur.

Le nouvel employeur est tenu des obligations contractuelles qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification. Il est ainsi responsable des salaires impayés, des compléments d'indemnités journalières etc.

Qui doit payer les congés payés dans le cas d'un changement d'employeur ?

Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombaient à l'ancien à la date du transfert, notamment du règlement des congés payés. Cass.soc. 14 décembre 1993, n°4205.

L'ancien employeur reste néanmoins responsable des dommages et intérêts dus en réparation d'un préjudice

subi, des indemnités compensatrices de préavis. En cas de restructuration et de transfert d'entreprise, il n'y a pas lieu à application immédiate du seul statut collectif de l'entreprise d'accueil. Le nouvel employeur doit continuer à appliquer pendant un an aux salariés repris leur ancienne convention collective sauf si, dans l'intervalle, une convention ou un accord conclu dans l'entreprise restructurée a adapté les dispositions conventionnelles antérieures ou a fixé de nouvelles dispositions. Ainsi un employeur ne peut licencier une salariée refusant de se voir imposer immédiatement l'application de la convention collective en vigueur dans l'entreprise d'accueil (Cass.soc. 14 mai 1992).

Dans le cadre d'une cession d'entreprise, peut-on appliquer immédiatement la convention du repreneur ?

La convention du repreneur ne peut pas se substituer immédiatement à celle du cédant (sauf si elle est plus favorable pour le salarié). A défaut d'accord d'adaptation ou de nouvelle convention, la convention du cédant demeure applicable pendant un an à l'égard des salariés de l'entreprise cédée (à l'expiration du préavis de 3 mois). Cass.soc. 9 février 1994, Bull. civ. V, n° 50. De plus, passé les délais de préavis et de survie de la convention, les salariés conservent le bénéfice des avantages acquis sur la base de l'ancienne convention. Cass.soc. 1^{er} décembre 1993, Bull. civ. V, n° 296.

Si la modification dans la situation juridique de l'entreprise rend impossible un accord de participation ou d'intéressement, cet ou ces accords cessent de produire leurs effets. En l'absence d'accord applicable à la nouvelle entreprise, l'employeur doit engager une négociation dans les six mois à compter de la clôture de l'exercice au cours duquel est intervenue la modification.

Deux entreprises peuvent-elles volontairement appliquer l'article L. 122-12 lorsque les conditions d'application ne sont pas réunies ?

Lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12 ne sont pas réunies, la jurisprudence admet que deux entreprises puissent valablement décider d'appliquer cet article volontairement (Cass. soc. 17-3-93, Banque régionale de l'Ain c/ Blot). Dans un tel cas, le transfert du contrat de travail n'est pas d'ordre public et ne s'impose donc pas au salarié. Il s'agit alors d'une modification du contrat de travail des salariés concernés que le salarié peut refuser ou accepter. En cas de refus, il reste alors employé dans l'entreprise d'origine. Si celle-ci souhaite le licencier, c'est à elle et à elle seule qu'il revient le soin de mettre en œuvre la procédure et d'en supporter le coût.

En cas d'acceptation du transfert par le salarié, le contrat se poursuit avec le nouvel employeur. Dans le cas où un licenciement serait ultérieurement décidé, celui-ci sera imputable au nouvel employeur. La Cour de cassation en a ainsi décidé à propos d'une affaire de succession de prestataires de service dans la gare de l'Est.

La SNCF avait concédé à une société de restauration divers emplacements destinés à la restauration dans cette gare. Après avoir interrompu l'activité pour rénovation, elle avait repris sept salariés. Puis elle avait modifié leurs conditions de travail. Deux d'entre eux avaient refusé et avaient formulé des demandes à l'encontre de leur premier employeur. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel condamnant celui-ci au paiement d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Alors même que le changement de concessionnaire entraîne le transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise, les salariés ne passent au service du nouvel employeur que s'ils sont affectés à l'activité transférée. La cour d'appel qui a estimé qu'il n'était pas établi que tel était le cas des salariés en cause et qu'ils s'étaient opposés à leur transfert a pu décider que la rupture du contrat était imputable à l'entreprise cédante. Cass. soc. 12-11-97, Sté Sato Buffet Paris Est c/ Sté C2L Le Central.

Externalisation et L 122-12

Conçu initialement pour défendre le salarié, pour éviter qu'il perde son emploi à l'occasion d'un changement d'employeur, l'article L. 122-12 du Code du travail peut devenir un moyen de se défaire, sans bourse délier, de toute une partie de son personnel. Le danger peut être grand si l'externalisation en cause transfère les contrats de travail des salariés à un employeur plus ou moins fantôme ou fictif, qui dépose son bilan peu de temps après l'expiration. La Cour de cassation a eu à se prononcer récemment sur la valeur ou la portée d'une opération d'externalisation.

La fraude

Une pratique d'externalisation peut permettre une fraude aux droits légitimes des salariés. La question de la

fraude a été posée à la Cour de cassation dans une affaire concernant la Société Générale (Cass. soc., 2 mars 1999, n° 97-20.535, RJS 4/99, n° 479). Sur l'incitation des pouvoirs publics, cet établissement bancaire avait isolé le secteur de la gestion des valeurs mobilières au sein d'une filiale à 100 %. Le comité d'entreprise et les syndicats avaient attaqué cette décision non pas sur l'externalisation elle-même, mais en tant qu'elle entraînait le transfert des contrats de travail à la société filiale. La Cour de cassation a tout à la fois constaté que les conditions d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail étaient réunies, et qu'aucune fraude n'était établie.

En effet, pour la cour, la filialisation en cause correspondait à la nécessité d'une gestion plus claire des interventions sur le marché financier et aux exigences des investisseurs institutionnels.

Si la chambre sociale n'a aucune hostilité de principe à l'externalisation, non plus qu'à toute opération de gestion et d'organisation des entreprises, elle demeure néanmoins vigilante comme en témoigne l'affaire des laboratoires pharmaceutiques. Les laboratoires pharmaceutiques sont régis par la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique, qui comporte un avenant « visiteurs médicaux ». Cependant, un visiteur médical présentant des produits de laboratoires pharmaceutiques s'est vu refuser l'application de la convention collective de l'industrie pharmaceutique au motif qu'il était le salarié d'une société distincte exerçant l'activité de conseil en publicité, étude de marchés, routage sélectif, visite médicale, relevant de la convention collective de la publicité. *La question posée par le visiteur médical était celle de savoir si l'externalisation de l'activité de visite médicale, sous la forme d'une entreprise écran, n'avait pas pour seul but d'éviter l'application d'une convention collective plus avantageuse pour les visiteurs médicaux.*

Pour la cour, l'utilisation par les laboratoires pharmaceutiques de visiteurs médicaux employés par des sociétés écrans constituait une fraude aux règles régissant les conventions collectives (cf.arrêt du 30 mai 2000 (n° 98-40.727 FS-P).

Le transfert des contrats de travail

Ni en fait ni en droit, l'externalisation n'entraîne nécessairement le transfert d'une entité économique autonome. Par les arrêts Perrier-Vittel du 18 juillet 2000, la cour de cassation souligne que « *la reprise par un autre employeur d'une activité secondaire ou accessoire de l'entreprise n'entraîne le maintien des contrats de travail que si cette activité est exercée par l'entité économique autonome* ».

Il n'existe aucune automaticité du transfert des contrats de travail en cas d'externalisation. C'est seulement dans le cas où cette opération d'externalisation concerne une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie par un nouvel entrepreneur qu'il pourra être question de décider que les salariés sont passés au service d'un nouvel employeur.

Or, s'il est exact que la Cour de cassation a souvent décidé qu'un service déterminé, au sein d'une entreprise, pouvait constituer une entité économique, il ne s'agit pas là d'une règle générale : elle a ainsi jugé « *que le suivi des problèmes techniques et matériels de la copropriété Ile-de-Flandre ne constituait pas un service autonome au sein de la société Foncia Paris, que tous les services de cette société apportaient leur contribution à cette tâche qui relevait purement et simplement de la fonction de syndic dévolue à cette société* », en sorte que « *les tâches litigieuses, qui n'étaient pas assurées par un ensemble organisé de moyens, ne suffisaient pas à caractériser une entité économique autonome* » (Cass. soc., 26 avr. 2000, n° 98-41.024).

Dans l'affaire Perrier Vittel France, qui a donné lieu aux deux arrêts du 12 juillet 2000, L'entreprise avait décidé de ne plus assurer la fabrication et la réparation des palettes de bois. A cet effet, la caisserie centre bois de l'établissement de Vergèze et celle de l'établissement de Contrexéville étaient cédées à la société Palette rouge. *Perrier Vittel soutenant qu'il s'agissait de la cession d'une entité économique autonome, entendait que les contrats de travail des salariés affectés à la caisserie soient repris par la société Palette rouge.*

Pour la Haute cour, il existait bien, sur les deux sites, une activité de fabrique ou de réparation de palettes. Mais cette activité n'était qu'un démembrement des services centraux et elle ne disposait d'aucun moyen particulier. *Cette caisserie ne disposait pas de moyens en personnel propres, la plupart des salariés étant polyvalents ; de plus, l'activité de cette caisserie n'avait aucune autonomie.*

L'externalisation, n'entraîne le transfert des contrats de travail que si l'activité cédée correspond à une véritable entité économique, ce qui n'était pas le cas pour Perrier Vittel.