

La négociation de la mobilité du salarié sous contrôle du juge*

par Valérie LACOSTE-MARY,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV,
Membre de l'Institut du Travail, Chercheur au Centre de droit comparé du travail
et de la Sécurité sociale (Comptrasec), UMR CNRS 5114

PLAN

I. Le contrôle du juge et la négociation des contours de la mobilité

- A. L'appréciation objectivée de l'espace de mobilité par le juge
- B. Le recul de la volonté des parties lors de la négociation de la mobilité

II. Le contrôle du juge et la négociation de la mise en œuvre de la mobilité

- A. Le contrôle de proportionnalité : droits des salariés et mise en œuvre de la mobilité
- B. Le contrôle de la bonne foi et mise en œuvre de la mobilité du salarié

« Il y aurait à écrire toute une histoire des espaces – qui serait en même temps une histoire de pouvoirs, depuis les grandes stratégies de la géopolitique jusqu'aux petites tactiques de l'habitat, de l'architecture institutionnelle, de la salle de classe ou de l'organisation hospitalière. (...) L'ancrage spatial est une forme economico-politique qu'il faut étudier en détail » (1). C'est ainsi que s'exprimait Michel Foucault à propos des espaces et, de toute évidence, cette réflexion habille sur mesure la question du lieu de travail. En effet, être à un endroit ou un autre n'est pas neutre. Ainsi, les sportifs ne préfèrent-ils pas jouer sur leur propre terrain, redoutant les matches retour chez l'adversaire ? Les hôtes, pour mettre à l'aise leurs invités, ne les autorisent-ils pas à faire « comme chez eux » pour une meilleure appropriation des lieux ?

Le lieu n'est évidemment pas un sujet nouveau de réflexion pour un juriste travailliste. La discussion sur le lieu de travail est immédiatement rapportée à celle de la subordination juridique. Au même titre que le temps, le lieu est symbole de l'absence de liberté du salarié qui doit travailler à un endroit déterminé par l'employeur, lieu qu'il ne peut abandonner sans raison sous peine de sanction. Dès lors quel est la place du lieu dans la relation salariale ? Étonnamment – paradoxalement –, cette interrogation est plus vive lors du changement de celui-ci lorsque la mobilité du salarié est envisagée.

Au fond, la mobilité dévoile en creux la place du lieu de travail dans le contrat et plus largement dans la relation de travail ; elle est révélatrice de l'intérêt théorique et pratique de l'espace comme exercice du pouvoir de l'employeur.

Sur un plan juridique, le lieu de travail délimite un certain nombre de droits ou de compétences. Par exemple, celle du Conseil de prud'hommes – déterminée dans le ressort du lieu de travail (2). Mais, plus spécifiquement, le lieu de travail et la mobilité interrogent les droits du salarié à son domicile (3), à sa liberté, à sa vie familiale (4).

Il est banal de le relever : le lieu de travail (5) est déterminant de la vie sociale et familiale du salarié. C'est autour de son lieu de travail que

* Cet article est issu d'une communication présentée lors d'une journée consacrée aux "Négociations en droit du travail", organisée par l'Institut du travail de Bordeaux (Université Montesquieu, Bordeaux IV).

(1) Michel Foucault, *Dits et Ecrits*, Paris Gallimard, 1994, t. 3, n° 195, p. 192.

(2) La même règle existe en droit social international, tant sur le choix du tribunal compétent que de la loi applicable au contrat à défaut de choix.

(3) Soc. 23 sept. 2009, n° 08-40434, Dr. soc. 2010, p. 114, obs. G. Loiseau.

(4) Voir l'article de S. Tournaux dans le même numéro p. 293.

(5) Au même titre que le temps de travail et aussi de la rémunération qui constituent les autres « piliers » du contrat de travail.

s'organisent l'achat de sa maison, le choix de l'école de ses enfants et, d'une manière générale, ses activités extraprofessionnelles (6).

Il faut toutefois s'interroger sur les modalités de la mobilité comme sur les circonstances dans lesquelles elle est proposée au salarié. Le concept, en apparence simple, de mobilité recouvre une multitude de situations qui vont de l'affectation temporaire aux déplacements, en passant par la mise à disposition voire à l'expatriation. L'étude qui nous occupe concerne la mutation définitive (7) sur un autre poste de travail, à l'exclusion des déplacements liés à la profession (8) ou des changements temporaires de poste de travail.

Dans quelles circonstances la mobilité est-elle proposée au salarié ?

Schématiquement, la mobilité peut avoir plusieurs origines. Disciplinaire d'abord. L'employeur soucieux de sanctionner un comportement fautif pourra muter un salarié dans un autre service, un autre établissement. La mobilité se fait sous contrôle du juge mais il ne s'agit pas ici de mobilité négociée, mais imposée par l'employeur.

Contractuelle ensuite. La mobilité est abordée alors par le biais de la clause de mobilité dont la jurisprudence de ces dernières années peaufine le régime juridique. Il s'agit ici d'une mobilité programmée et négociée par les parties.

Plus globalement, la mobilité du salarié peut intervenir en dehors de la clause, dès lors que le changement de lieu de travail s'inscrit dans le même secteur géographique, notion floue imposée par la jurisprudence à propos de la modification du contrat de travail.

C'est la comparaison de ces deux situations contractuelles qui conduit à s'interroger non seulement sur le régime de la mobilité, avec ou sans clause *ad hoc*, mais aussi sur la logique du contrôle du juge dans l'appréciation des contraintes imposées au salarié par rapport au changement de son lieu de travail.

N'y a-t-il pas un paradoxe à contrôler aussi sévèrement (et justement) la clause de mobilité (sa validité et sa mise en œuvre), tout en considérant que le salarié doit accepter par avance sa mutation dans un secteur géographique non défini, au titre du pouvoir de direction de l'employeur ?

Cela révèle alors la contradiction fondamentale de la jurisprudence dans l'acceptation du lieu de travail qui n'est pas considéré comme un élément du contrat de travail dès la conclusion du contrat, alors que tout le contrôle sur la clause de mobilité témoigne du contraire.

Quel est donc le fondement et la justification d'une telle différence de traitement par le juge ? Et quelles en sont les conséquences ? C'est le rôle du juge qu'il faudra ainsi examiner dans la négociation des contours de la mobilité (I) comme dans celui des conditions de mise en œuvre (II).

I. Le contrôle du juge et la négociation des contours de la mobilité

L'espace dans lequel le salarié va être muté sera le premier contrôle réalisé par le juge ; ce contrôle porte sur la validité de la clause de mobilité, mais également sur le secteur géographique lorsque le contrat est vierge de toute clause.

Dans ces deux situations contractuelles, il opère une appréciation objective de l'espace de mobilité négocié par les parties (A). Cette posture jurisprudentielle a des conséquences sur les conditions de négociation de la mobilité et, partant, sur le lieu de travail comme élément du contrat de travail (B).

(6) L'article 8 de l'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail avait bien entrevu cet aspect des choses, qui préconisait entre autres dispositifs : la visite du futur lieu de travail, l'aide au déménagement, l'aide à la recherche de logement, l'aide à l'accès au logement, l'aide à l'achat ou à la location d'un véhicule, l'aide à l'obtention du permis de conduire, l'aide à la recherche d'établissement scolaire, l'aide à la recherche d'emploi pour le conjoint, politique d'essaimage...

(7) L'affectation temporaire sur un autre poste de travail aurait toutefois de quoi interroger car les juges, lorsque celle-ci est prévue hors du secteur géographique, considèrent qu'elle doit être motivée par l'intérêt de l'entreprise, justifiée par des

circonstances exceptionnelles et que le salarié soit informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible. Si ces conditions ne sont pas remplies, il s'agira d'une modification du contrat de travail. Soc. 3 fév. 2010, n° 08-41412, à paraître au Dr. Ouv. avec les obs. de B. Lardy-Pélessier.

(8) La mobilité n'interroge pas les salariés mobiles dont les déplacements font partie intégrante de leur activité professionnelle : Soc. 23 janv. 2002, pourvoi n° 99-46245.

A. L'appréciation objectivée de l'espace de mobilité par le juge

La mobilité, acceptée ou imposée, interroge de toute évidence les modalités selon lesquelles celle-ci va être négociée avec le salarié.

Or, ces dernières années, la clause de mobilité est tombée sous le joug de la jurisprudence, alors qu'elle fut longtemps abandonnée sur les terres de l'autonomie de la volonté. En effet, considéré comme un élément du contrat de travail, le lieu de travail ne pouvait faire l'objet de changement sans l'accord du salarié, au nom de l'article 1134 du Code civil et, au nom du même article, la clause de mobilité n'était pas contrôlée, sous réserve de l'abus de droit.

Or, la Chambre sociale a procédé à un resserrement spectaculaire des conditions d'acceptation de la clause de mobilité dans le contrat de travail, en portant sur la volonté des parties un contrôle sensible.

Interventionniste, le juge le fut en posant des jalons à la validité de la clause : celle-ci doit être écrite (dans le contrat ou dans les conventions collectives (9)), précise pour que le secteur de mutation soit connu à l'avance par le salarié (10), interdite si elle opère un changement d'employeur (11). Cette solution, logique au titre du droit des conventions, contraint l'employeur à définir l'objet de l'obligation, donc la prestation à laquelle doit s'engager le salarié (12).

C'est plus fortement encore que le juge contrôle objectivement le lieu de travail dans le secteur géographique (13). En effet, à propos de la modification du contrat de travail, la jurisprudence sociale a posé en principe que le salarié devait accepter toute mutation dès lors qu'elle s'inscrivait dans un même secteur géographique (14), sous-entendu que son lieu habituel

de travail. Mais, contrairement à toute attente et ce depuis bientôt quinze ans, la Chambre sociale n'a jamais fait jaillir de ses décisions une définition de cette notion. La mention du lieu de travail a donc valeur informative (15), sauf stipulation contraire (16).

Pourtant, le secteur géographique n'est pas inconnu du droit du travail. L'examen sévère porté par la jurisprudence sur les secteurs géographiques des commerciaux aurait dû inciter les juges à conférer des limites à une telle notion. Or, on peut simplement déduire des décisions de la Cour de cassation que le secteur géographique serait un espace dans lequel le salarié accepte par avance de muter, espace inhérent au contrat de travail et, partant, au pouvoir de direction de l'employeur. Au-delà, la clause de mobilité trouverait à s'appliquer aux nouvelles conditions imposées par le juge.

Y aurait-il deux poids deux mesures ? Le juge contrôle la validité de la clause de mobilité dans ses moindres détails, conférant à celle-ci des contours absolument nets et précis, alors qu'il laisse le secteur géographique prétendument accepté, le soin de se révéler au moment de la proposition de mutation du salarié.

Mais contrôler avec autant de minutie les conditions de validité de la clause de mobilité, c'est bien considérer qu'elle ne peut être une clause de style, mais une clause négociée ; au fond, c'est bien faire du lieu de travail un élément du contrat de travail. Partant, l'objectivisation du contrôle de l'espace de mobilité entraîne un recul de la volonté des parties lors de la négociation de la mobilité qui n'est pas nécessairement favorable au salarié.

(9) Soc. 24 janv. 2008, *SA Jacobs France c/Thomas*, Bull. civ., V, n° 23 ; JCP éd. S, 1250, note B. Bossu p. 20.

(10) La clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur la possibilité d'en étendre unilatéralement la portée. Pour exemple : Soc. 27 juin 2006, n° 04-45846 et 12 juill. 2006 n° 04-45396, RDT 2006, p. 313 note J. Pélissier ; D. 2006, II, p. 3041 note M.-C. Escande-Varniol.

(11) Cette dernière interdiction, récente, peut faire penser à une mort annoncée de la clause de mobilité : Soc. 23 sept. 2009, RDT 2009, p. 647, note G. Auzero, Dr. Ouv. 2010 p. 21, n. A. Chirez. Le changement d'employeur est cependant considéré comme une novation du contrat de travail : Soc. 3 mars 2010, n° 08-41600 et 08-44120, FS P+B+R, *SA Collectes valorisation énergie déchets (Coved) et a.c/Helbert et a.*

(12) Soc. 7 juin 2006, M. Grass, note M.-C. Escande-Varniol, D. 2006, jurisp. p. 3041, Dr. Ouv. 2006 p. 529.

(13) La doctrine considère à juste titre que cette posture jurisprudentielle transforme à tort le juge en législateur : F. Favennec-Héry, « Le contrôle judiciaire du contrat de travail » in *Négociation du contrat de travail*, Dalloz, 2004, p. 89 ; B. Boubli, « Le changement du lieu de travail », SSL, 6 sept. 2004, p. 10.

(14) Soc. 10 juill. 1996, Bull. civ., V, n° 278, obs. H. Blaise ; Dr. Ouv. 1996, p. 457, note P. Moussy ; JCP éd. G 1997, II, 22768, note Y. Saint-Jours. Ph. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96 p. 791 ; « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 383.

(15) J. Pélissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat », RJS, 1/04 : l'auteur rappelle à juste titre que « *L'obligation n'aurait aucun sens... si l'information ne liait pas celui qui doit la fournir* » sp. p. 5 ; du même auteur : « Pour un droit des clauses du contrat de travail. A partir de l'arrêt société Leviel », RJS 7/05, p. 499. Dans le même sens : A. Mazeaud, Dr. soc. 1999, p. 191, note sous Soc. 21 janv. 2004, *Aventis Pharma c/Syndicat CGT Aventis Pharma et a.*, B. Lardy-Pélissier, Dr. Ouv. 2004, p. 22. Soc. 3 juin 2003, *Mme Suret c/Sté Coop-Atlantique* ; Soc. 3 juin 2003, *Sté Résoserv c/Mme Ariane Queniat*, Dr. soc. 2003, note J. Savatier, p. 984, Dr. Ouv. 2003 p. 523 n. F. Saramito et P. Moussy.

(16) La solution de 2003 est donc confirmée par la jurisprudence : Soc. 15 mars 2006, *SA Trans'Ova c/Martin et a.*, JCP, éd. S, 1328, note B. Bossu.

B. Le recul de la volonté des parties lors de la négociation de la mobilité

En résumé, le juge canalise la volonté des parties de telle manière que celle-ci s'inscrive dans l'économie générale du contrat de travail : le salarié doit savoir à quoi il s'engage, au nom de la bonne foi, du respect de l'objet du contrat... mais il accepte les changements dans ses conditions de travail au nom de ce même équilibre lors d'une mutation dans le secteur géographique.

Admettons ! La négociation de clauses du contrat de travail n'est jamais tout à fait libre, en effet, cette recherche d'équilibre est largement pratiquée par le juge social entre droit des salariés et intérêt de l'entreprise.

Pour autant y a-t-il une transformation radicale de la validité de la clause de mobilité dans le contrat de travail et, partant, une meilleure protection des droits des salariés dans l'exigence de mobilité demandée par l'employeur ? Rien n'est moins sûr. L'enchaînement saisissant des décisions jurisprudentielles fait porter le regard sur les nouvelles conditions de validité de la clause. Cette mise en exergue constitue surtout un trompe-l'œil si l'on compare le régime de la clause de mobilité à celui des autres clauses du contrat ou si on l'envisage dans un ensemble incluant le secteur géographique.

En effet, la clause de mobilité subit au fond les contrôles de validité imposés depuis fort longtemps aux autres clauses négociées du contrat de travail. Mais, contrairement à celles-ci, la Chambre sociale n'a posé ni de contrepartie financière (17) à sa validité (18) comme pour la clause de non-concurrence, ni d'interdiction en cas de travail à temps partiel, comme pour la clause d'exclusivité (19). Un régime se dessine, mais il est encore estompé.

L'ingérence du juge dans la négociation de la mobilité est symptomatique de sa doctrine dans le contrôle du contenu contractuel en général. Loin d'interpréter le contenu du contrat au regard de l'intention des parties lors de l'embauche, la jurisprudence « *fait prévaloir des*

règles qu'elle a posées elle-même et qui déterminent ce qui doit être prévu par le contrat et à quelles conditions les parties peuvent donner au contrat un contenu plus large » (20). Quelles marges de négociation de la mobilité reste-il au salarié ? Ne rien négocier l'oblige à une mobilité imposée dans le secteur géographique ; négociée, la clause sera imposée (21) par l'employeur aux nouvelles exigences jurisprudentielles. Le lieu de travail reste largement encore sous le pouvoir de direction de l'employeur.

Cette constatation s'impose de plus fort pour l'appréciation du secteur géographique. En effet, le paradoxe est donc bien dans le fait, non que le salarié accepte par avance la mutation dans un espace prédéterminé, dans la mesure où elle conduirait objectivement à des changements mineurs de sa situation professionnelle ou familiale, mais bien dans le fait que le lieu de travail n'est considéré comme élément du contrat qu'au-delà du secteur géographique.

Le changement de cap sur le contrôle de la validité de la clause de mobilité laissait espérer une véritable construction d'un régime de la mobilité, non seulement cohérent sur la méthodologie, mais sur le fond.

Partant, l'intrusion prétorienne dans la négociation de la mobilité semble confuse si on l'envisage dans sa globalité. Une première démarche cohérente, liée au contrôle objectif, voudrait que les juges définissent le secteur géographique et que la clause de mobilité ne soit valide qu'au-delà de ce secteur. Aucune orientation en ce sens ne semble se faire jour. En réalité, la seule issue consisterait à repenser le lieu de travail comme un élément du contrat de travail dès la conclusion du contrat, ce qui éviterait une négociation faussée d'éventuels changements du lieu de travail.

La réflexion sur l'admission du principe de la mobilité serait alors conjuguée avec celle, plus aboutie, des sanctions des conditions de mise en œuvre de celle-ci.

(17) Voire un autre type de compensation.

(18) Sauf si l'on met à part la mobilité internationale, qui est souvent la seule à prévoir des contreparties financières par convention collective ou par négociation individuelle.

(19) La Cour de cassation a d'ailleurs déjà jugé qu'une clause de mobilité ne peut avoir pour effet d'imposer à un salarié un partage de son temps de travail entre plusieurs établissements, Soc. 20 déc. 2006, n° 05-42224, *Dramagore c/SA Le bac à Linge*, Bull. civ., V, n° 393 ; JCP, éd. S., II, 1120, note Marion del Sol. L'interdiction de l'insertion de la clause de mobilité préserverait le droit (ou la nécessité ?) de cumuler un autre emploi ou tout simplement, parce qu'il a été choisi de maintenir un équilibre avec la vie familiale.

(20) G. Couturier, « Le contrat de travail et le droit des contrats », RDT, « droits d'ici/droits d'ailleurs », 2007, p. 407, sp. 411 ; M. Mekki, « Existe-t-il un jus commun applicable aux clauses du contrat de travail ? », RDT 2006, Etudes, p. 292.

(21) Sauf à admettre que l'ensemble des clauses soit véritablement négocié. Rien n'est moins sûr en pratique, en tous cas pour certaines catégories de salariés.

II. Le contrôle du juge et la négociation de la mise en œuvre de la mobilité

Si la validité de la mobilité est acceptée, le contentieux ne se déclare en réalité qu'au moment de la mutation du salarié. Le refus de la mutation par le salarié entraîne des tractations finissant le plus souvent par son licenciement. Deux types de contrôle, d'inégale importance, sont alors mis en place. Le juge en effet sanctionne une mutation entachée d'atteinte aux droits des salariés fondée sur un contrôle de proportionnalité (A) ; sinon il retourne au contrôle classique de l'abus de droit ou du détournement de pouvoir (B).

A. Le contrôle de proportionnalité : droits des salariés et mise en œuvre de la mobilité

La mainmise du juge sur les conditions de mise en œuvre de la clause ont entraîné un bouleversement dans le fondement de son contrôle. A l'origine, la bonne foi et l'abus de droit constituaient les arguments essentiels pour considérer que la mise en œuvre de la clause portait préjudice au salarié.

Actuellement, en se fondant sur l'article L. 1121-1 du Code du travail, le juge change la donne car il va sanctionner la mise en œuvre de la mobilité en faisant peser son contrôle sur les libertés et droits fondamentaux, notamment ceux relatifs à la protection de la vie personnelle et familiale (22). D'une manière générale, c'est parce que la mobilité du salarié n'est pas que géographique que la Cour de cassation la condamne parfois (23), mais c'est parce qu'elle a pu la confronter aux droits fondamentaux du salarié qu'elle la condamne assurément. Ainsi, les juges censurent les clauses de résidence (24), car la mobilité ne peut porter atteinte au libre choix du domicile et plus largement à la vie privée du salarié (25).

Ce nouveau fondement de la sanction jurisprudentielle de la mise en œuvre de la clause de mobilité contraint l'employeur à faire la preuve que sa décision est bien justifiée et proportionnée (26) aux intérêts de l'entreprise et au but recherché. Mais les juges ne tirent pas encore toutes les conséquences de la violation des droits fondamentaux, à savoir que la mesure de licenciement devrait être considérée comme nulle (27). Mais ce contrôle s'avère inutilisé dans le cadre de la mutation dans le secteur géographique car celui-ci n'existe que par ses conditions de mise en œuvre, le juge lui appliquant les sanctions classiques du droit des contrats.

En effet, une distinction fondamentale doit être opérée entre le régime de la clause de mobilité et celle du secteur géographique. Cette différence porte sur le fait que la clause de mobilité est détachable du contrat de travail, alors que le secteur géographique est inhérent à celui-ci dans la conception jurisprudentielle. Par conséquent la distinction validité/mise en œuvre qui peut résumer le régime de la clause est inapplicable à la notion de secteur géographique. Cette dernière se confond avec ses conditions de mise en œuvre (28).

B. Le contrôle de la bonne foi et mise en œuvre de la mobilité du salarié

Le contrôle initial de la jurisprudence est fondé sur la bonne foi car la mutation doit être en principe dictée par l'intérêt de l'entreprise. Elle sanctionne ainsi l'abus de droit, la légèreté blâmable (29) par exemple.

Les sanctions existent lorsque la clause de mobilité a été mise en œuvre avec trop de précipitation ou n'a pas respecté les termes du contrat imposant par exemple des délais (30). On peut également se demander si l'activation d'une clause de mobilité qui n'a pas été

(22) I. Daugareilh, « Le contrat de travail à l'épreuve de la mobilité », *Dr. soc.*, 1996, p. 138 ; A. Gardin, *La vie familiale du salarié en droit du travail*, Thèse Nancy, 2000 ; « La prise en compte de la vie familiale dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 854.

(23) Soc. 14 oct. 2008, *Machetto c/Sté Iss Sécurité*, *Bull. civ.*, V, n° 190 ; *Dr. soc.* 2009 p. 113 observ. Ch. Radé ; *Dr. Ouv.* 2009 p. 14, n. F. Canut ; *JCP éd. G.*, II, 10201, note D. Corrigan-Carsin.

(24) Soc. 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. civ.*, V, n° 7 ; D. 1999, *Jurisp.*, note J.-P. Marguenaud et J. Mouly ; *Dr. Ouv.* 1999 p. 254, n. P. Moussy ; *RTD Civ.*, obs. J. Hauser p. 358 ; *Soc.* 12 juillet 2005, n° 04-13342.

(25) Soc. 14 oct. 2008, *RDT* 2008, note G. Auzero, p. 731, *Dr. Ouv.* 2009 p. 16 n. F. Canut ; *Soc.* 12 janv. 1999, préc. Cette interdiction est levée si l'atteinte est justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise, proportionnée aux buts recherchés compte tenu de l'emploi occupé : *Soc.* 15 mai 2007, pourvoi n° 06-41277.

(26) Soc. 3 oct. 2007, *JurisData* n° 2007-040826, *JCP*, éd. S, 2008, note B. Bossu ; *Soc.* 14 oct. 2008, *RDT* 2008, p. 731, note G. Auzero.

(27) G. Auzero, *op. cit.* sp. p. 733.

(28) J. Péliissier, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges Couvrat*, PUF, Paris, 2001, p. 101.

(29) P. Lokiec et S. Robin-Olivier, « Le droit des contrats comme mode de régulation du rapport de travail », *RDT*, droits d'ici/droits d'ailleurs, 2007, p. 339.

(30) Soc. 18 sept. 2002, *Sté Go Sport c/Mme J. Petit*, *Dr. soc.* 2002, note R. Vatinet, p. 997. Les juges relèvent que l'employeur n'a pas respecté le délai de prévenance, a agi avec précipitation, en outre ils relèvent que l'employeur cherchait à se séparer de sa salariée et donc avait commis un détournement de pouvoir. *Soc.* 14 oct. 2008, n° 07-43071, *Sté Otis c/Cayrat épouse Biganzoli et a.*, *JCP*, éd. S, II, 10202, note D. Jacotot.

utilisée depuis de fort longues années ne tomberait pas également sous le coup de l'abus de droit.

Toutefois, ce contrôle demeure à la charge et au risque du salarié (31). En effet, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Leviel* (32), a décidé que la bonne foi étant présumée, le salarié devait prouver que la décision de l'employeur de le muter procédait d'une mauvaise foi de ce dernier, le fardeau de la preuve étant ici lourd (33).

C'est à ce même contrôle sur l'abus de droit que procède au fond la jurisprudence pour apprécier si la mutation a lieu dans ou hors du secteur géographique. La différence ici est que ce sont les conditions de mutation qui conditionnent l'existence de ce dernier.

C'est bien à ce point de l'analyse que l'on constate la carence du raisonnement de la Cour de cassation : un contrôle totalement objectif (34) l'aurait conduite à fixer un périmètre géographique de mobilité au-delà duquel la mutation devrait faire l'objet d'un accord des parties. La totale objectivisation du lieu de travail s'avérant impossible, le juge est contraint d'injecter des éléments subjectifs (35) pour le définir. Par exemple, on constatera la desserte en transports en commun pour apprécier le secteur géographique (36). Le contrôle est alors laissé aux juges du fond (37) qui peuvent considérer que 50 km d'éloignement du lieu habituel de travail n'est pas

une modification du contrat de travail, alors même que les frais engendrés ne sont pas pris en charge par l'employeur (38).

L'échec de l'objectivisation du secteur géographique par les juges milite pour un retour du lieu de travail comme véritable pilier contractuel, porteur de la volonté du salarié. Cette approche aurait de toute évidence une répercussion sur la validité même de la clause de mobilité, qui ne pourrait exister que si elle était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

En effet, il n'est pas certain que le seul contrôle sur la négociation des conditions de mise en œuvre de la clause protège suffisamment le salarié. Bien que nécessaire, la sanction par le biais des droits fondamentaux s'avère insuffisante car toute mobilité ne porte pas en elle les stigmates d'une telle atteinte. Après tout, le salarié accepte-t-il par avance une rétrogradation possible, un changement de qualification ou de rémunération ? Pas davantage pour le lieu de travail.

Le changement de lieu de travail se doit d'être *ab initio* porté par le principe de proportionnalité, sinon négocié au coup par coup et, dans tous les cas, assorti de contreparties.

Valérie Lacoste-Mary

(31) Soc. 14 oct. 2008, n° 06-46400, et 07-42352, *Union des amis et compagnons d'Emmaüs (UAC Emmaüs) c/Kante*, Bull. civ., V, n° 191 ; Dr. soc. 2009, p. 112, note Ch. Radé ; Dr. Ouv. 2009 p. 15 n. F. Canut ; JCP, éd. G, II 12202 note D. Jacotot ; JCP, éd. S, II, 1668, note B. Bossu.

(32) Soc. 23 fév. 2005, Dr. Soc. 2005 p. 576, obs. J. Mouly, Dr. Ouv. 2005 p. 213, n. P. Moussy.

(33) Soc. 23 février 2005 prec.

(34) Soc. 4 mai 1999, Dr. soc. 1999 p. 737, obs. J.-E. Ray, « *Le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective* ».

(35) Soc. 13 avril 2005, D. 2005, jurisp. p. 1978, note C. Lefranc-Harmoniaux.

(36) Soc. 15 juin 2004, n° 01-4477.

(37) Soc. 25 nov. 2009, n° 08-43649, *Sté Sita Sud* : la Cour de cassation relève que les juges du fond ont apprécié souverainement que le changement de lieu s'effectuait hors du secteur géographique (60 km). Soc. 16 sept. 2009, n° 08-41676, le changement de 50 km a été considéré comme dans le même secteur géographique, non contrôlé par la Cour de cassation.

(38) Soc. 3 juin 2009 n° 08-41041 et 08-41420.



RPDS 781 - Mai 2010
NOUVELLE FORMULE

Au sommaire :

Dossier : La modification du contrat de travail

Le droit et les juges : Codes de « bonne conduite » :

les juges posent des limites.

Fiche pratique : La nouvelle réglementation des chèques-vacances

Pratique prud'homale : Mesures d'instruction :

la différence entre « témoin » et « sachant »

L'actualité juridique : sommaires de jurisprudence et de législation

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, commande à NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches en Ouche.

Prix du numéro : 6,80 euros (+ forfait de 3 euros par envoi). Abonnement : 71 euros par an uniquement à NVO, BP 160,

77315 Marne-La-Vallée Cedex 2. Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet www.librairie-nvo.com ou www.lecodedutravail.fr