

Mobilité et respect de la vie privée et familiale

par *Sylvie JOUBERT*, Maître de conférences à l'Université d'Evry

PLAN

I. La mobilité dans le respect de la vie privée et familiale

- A. La mobilité, élément de la relation de travail qui ne heurte pas, par principe, le respect de la vie privée et familiale
- B. La mobilité, élément de la relation de travail participant au respect de la vie privée et familiale

II. La mobilité contre le respect de la vie privée et familiale

- A. La mobilité peut heurter le respect de la vie privée et familiale
- B. La sanction du respect de la vie privée et familiale, élément de subjectivisation et de recul du contrat

La mobilité est le maître mot du monde d'aujourd'hui et du monde du travail en particulier. Cette actualité est observable tant dans le privé que dans le public. Dans le privé, bien sûr, et semble-t-il naturellement, la compétitivité y régnant l'asseyant, depuis une décennie, comme un mal nécessaire. Dans le public aussi et de façon plus nouvelle avec le vote de la toute récente loi du 3 août 2009 sur les mobilités (1). Celle-ci constitue une véritable révolution en faisant éclater le statut des fonctionnaires afin de permettre les restructurations des administrations d'État menées aujourd'hui dans le cadre de la révision générale des politiques publiques et, demain, les mouvements des territoriaux nécessités par les regroupements prévisibles des catégories de collectivités territoriales.

Au cœur des relations actuelles du travail, la question apparaît donc particulièrement sensible à une époque où la société accorde, parallèlement, une importance croissante à l'épanouissement personnel et familial, à l'enracinement social, au travail du conjoint et à la propriété du logement, données qu'une mobilité contrainte peut évidemment bouleverser. Du point de vue juridique, la confrontation entre l'instrument juridique qu'est la mobilité et le droit de la personne, la liberté fondamentale du respect de la vie privée et familiale, garantie par nos sources internes comme externes (2), s'en avère dès lors intéressante.

La mobilité semble heurter aisément et par principe même la vie privée et familiale. Or, tel n'est pas le cas pour le droit positif. La mobilité coexiste, sans difficulté, en effet, avec un tel principe et s'exerce même au profit de celui-ci. Ce n'est, dès lors, que si elle est abusive qu'elle encoure la sanction du droit. A cet égard, il conviendrait de noter un réel approfondissement de l'Etat de droit par le contrôle tout neuf des clauses de mobilité au titre du droit au respect de la vie privée et familiale. Le droit positif justifierait ainsi d'une appréhension bien comprise de l'intérêt des entreprises et d'une efficace protection des salariés (3). En réalité, l'examen entrepris nous amènera à constater que ces derniers, en perdant la libre disposition de leur lieu de travail, ont peu gagné avec la garantie du respect de leur vie privée et familiale.

(1) Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, JO 6 août 2009.

(2) Article 9 du Code civil, article L. 1121-1 du Code du travail, article 28 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

(3) Par ex, J. Mouly : Une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du libre choix du domicile, JCP éd. G. n° 51, déc. 2006 ; B. Bossu : Délimitation géographique de la clause de mobilité, JCP soc. n° 50, déc. 2007 ; D. Corrignan-Carsin : La clause de mobilité ne doit pas affecter les éléments essentiels du contrat de travail ni porter atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale, JCP éd. G. n° 49, déc. 2008 ; J.-Y. Frouin : Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail, JCP soc. n° 9 mars 2010.

I. La mobilité dans le respect de la vie privée et familiale

A. La mobilité, élément de la relation de travail qui ne heurte pas, par principe, le respect de la vie privée et familiale

1. La validité de la mobilité dans l'entreprise

Le contrat de travail, c'est *a priori* un accord de volonté qui, s'il respecte les lois en vigueur, lie les parties en ses éléments auxquels ils se sont obligés, les éléments du contrat. Or, le lieu du travail n'est plus en lui-même un élément du contrat de travail. S'il est mentionné, en effet, dans le contrat de travail, il n'a la valeur désormais que d'une simple information : *"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"* (4). Cela n'a pas toujours été le cas et force est de constater que le droit est incroyablement malléable quant les nécessités économiques font loi. En effet, le lieu du travail était considéré jusqu'en 1999 comme un élément essentiel du contrat de travail, alors qu'aujourd'hui seul le secteur géographique de l'entreprise l'est (5). Le lieu du travail peut donc être modifié, en cours de contrat, et ce en l'absence comme en présence d'une clause de mobilité.

En l'absence d'une clause de mobilité au contrat, la mobilité est par principe admise à l'intérieur du secteur géographique de l'entreprise. La délimitation de ce secteur géographique est ainsi une donnée sensible, contrôlée par les juges. Elle est pour ceux-ci une donnée objective, bien que la prise en compte de données subjectives, notamment familiales, propres au salarié puisse être relevée (6). La mobilité est juridiquement, à l'intérieur du secteur géographique, une modification des conditions de travail et non une modification du contrat de travail. Elle ne nécessite donc pas l'accord du salarié et trouve sa seule limite dans la validité même du cadre dans lequel elle s'exerce. La décision de mobilité n'est donc pas contrôlée au regard du principe du respect de la vie privée et familiale, étant présumée régulière dans la zone géographique d'application du contrat de travail.

La mobilité s'exerce aussi dans le cadre de clauses de mobilité, valables en elles-mêmes du fait de la décontractualisation partielle du lieu du travail (7). Le principe même de la clause n'est donc pas contrôlé au titre du respect de la vie privée et familiale. Le contrôle de la clause sur ce point est, certes, difficile car il n'est pas aisé de préjuger que la clause porte dès le départ une atteinte excessive à la vie privée et familiale (8). C'est, en tout état de cause, lors de la mise en œuvre de la clause que le conflit se fait jour et c'est à cette seule date donc que le juge contrôlera les effets de la mobilité sur la vie privée et familiale du salarié.

La clause de mobilité, comme toutes les clauses du contrat, n'en est pas moins soumise à un contrôle de validité. Le juge vérifie qu'elle a un champ d'application valable. La zone géographique d'application doit, à ce titre, être définie de façon précise et ne pas conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée (9). Il est normal que soient sanctionnées les clauses trop générales qui donnent un pouvoir discrétionnaire à l'employeur. Les obligations des parties ne sont pas alors suffisamment déterminables au sens des règles de l'article 1129 du Code civil (10). L'employeur ne peut imposer des variations de l'aire géographique d'application de la clause au gré des restructurations postérieures à la conclusion du contrat de travail sans modifier celui-ci (11).

Le juge opère aussi un contrôle classique des effets de variabilité de la clause quant aux autres éléments du contrat de travail (rémunérations, horaires), interdits au nom de modifications du contrat non consenties (12). Le juge préserve, enfin, la liberté du choix du domicile même si *"une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile"* (13). Elle n'implique pas nécessairement, en effet, un changement de domicile et n'empêche pas le salarié de choisir librement son domicile. Le juge contrôle donc en réalité les seules clauses de résidence qui peuvent accompagner les clauses de mobilité. La libre

(4) Cass. soc. 3 juin 2003, Dr. soc. 2003 p. 884, Dr. Ouv. 2003 p. 527, note F. Saramito et P. Moussy.

(5) Cass. soc. 4 mai 1999, Bull. civ. 1999, V, n° 128.

(6) M. Del Sol. Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail. La Semaine juridique social n° 36, 5 sept. 2006, 1663.

(7) Cass. soc. 10 juin 1997, Bull. civ. 1997, V, n° 210 : *"en procédant à un changement des conditions de travail en exécution d'une clause de mobilité, l'employeur ne fait qu'exercer son pouvoir de direction"*; Cass. soc. 11 juill. 2001, Bull. civ., V, n° 265 : *"la mise en œuvre d'une clause de mobilité n'entraîne pas de modification du contrat de travail"*.

(8) G. Loiseau. La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité. La Semaine juridique social n° 3, 13 janv. 2009, 1013

(9) Cass. soc. 7 juin 2006, n° 04-45.846, Dr. Ouv. 2006 p. 529 ; confirmée par Cass. soc. 14 octobre 2008 n° 07-42352, Dr. Ouv. 2009 p. 15, 3^e esp., note F. Canut.

(10) *"Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée"*.

(11) Cass. soc. 19 avr. 2000, n° 98-41078.

(12) Confirmation par Cass. soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.092 et 07-41.454, Dr. Ouv. 2009 p.15, 1^{re} et 2^e esp., note F. Canut.

(13) Cass. soc. 28 mars 2006, JCP S. 2006, 1381, note P.-Y. Verkindt, Dr. Ouv. 2006 p. 489, note P. Moussy.

détermination du domicile est remise en cause en principe par la fixation d'un domicile dans le contrat (14), sauf s'il est indispensable à l'activité professionnelle du salarié (15).

2. Les impératifs de statut de certains fonctionnaires d'Etat

La mobilité est une nécessité aussi pour l'Etat s'agissant de certains de ses personnels et de ses corps d'armée en particulier. Ceux-ci étaient, au demeurant, les quasi seuls concernés par la mobilité forcée jusqu'à la loi du 3 août 2009 sur la mobilité. L'article 7 de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires (16) énonce à leur égard qu'ils "peuvent être appelés à servir en tout temps et en tout lieu". Le statut évoque en son article 1^{er} le terme de disponibilité et non de mobilité, terminologie qui résume le caractère hautement obligatoire des sujétions pesant, à ce titre, sur les militaires. Cette disponibilité est, en effet, très large puisqu'elle recouvre l'obligation d'une mobilité géographique comme fonctionnelle.

Le respect de la vie privée et familiale cède donc juridiquement le pas à l'intérêt du service militaire, sous réserve de la classique erreur manifeste d'appréciation et de la plus nouvelle atteinte disproportionnée à même de justifier de la sanction du droit.

B. La mobilité, élément de la relation du travail participant au respect de la vie privée et familiale

La mobilité ne heurte ainsi pas, par principe, la vie privée et familiale. Elle peut même en assurer le respect comme le montre sa mise en œuvre dans le secteur public où elle a pendant longtemps été une revendication, un droit des fonctionnaires plus qu'une sujétion imposée par l'employeur (1.). C'est en cette dernière qualité qu'elle est par contre traditionnellement appréhendée dans le secteur privé, même si une évolution en la matière peut être constatée (2.).

1. La mobilité, un droit des fonctionnaires au profit de la vie privée et familiale

L'idée de mobilité était si peu liée à la situation des fonctionnaires que, pendant longtemps, elle a constitué une revendication puis est devenue un droit et même « une garantie fondamentale de leur carrière » (17).

Une revendication car la mobilité devait s'exercer dans le cadre d'un corpus juridique en rendant l'exercice difficile : multiplicité des statuts particuliers et des corps (18), obstacles statutaires à la mobilité (19), hétérogénéité des rémunérations, et plus particulièrement des régimes indemnitaires entre les différents corps, gestion de carrière peu individualisée ne valorisant pas la mobilité dans le parcours professionnel, indemnisation peu incitative de la mobilité. Un droit toujours à l'initiative du fonctionnaire dans le cadre des deux types de mobilité que permettaient alors le statut, une mobilité normale résultant des ouvertures de postes et des candidatures spontanées et une mobilité encouragée pour les postes difficiles ou à compétences rares (20). Le statut n'ouvrait pas véritablement encore aux fonctionnaires ou plutôt aux administrations la mobilité « imposée » par une délocalisation ou une suppression d'activité (21).

Juridiquement, on distinguait alors la mobilité selon qu'elle s'effectuait dans un même corps ou cadres d'emplois ou hors ceux-ci. Au sein d'un même corps ou cadres d'emplois, la mobilité se faisait exclusivement par la voie de la mutation. Et si elle pouvait théoriquement être imposée, c'était compte tenu des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille (22). La mobilité s'exerçait également entre corps ou cadres d'emplois, voire entre fonctions publiques, par la mise à disposition, le détachement, le placement en position hors cadre ou la disponibilité (23).

La mobilité, dans les conditions ainsi décrites, a été notamment utilisée au profit du respect de la vie privée et familiale. L'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction

(14) Cass. soc. 12 janv. 1999, *Speelers*, RJS 1999 n° 151, Dr. Ouv. 1999 p. 254, note P. Moussy.

(15) Cass. soc. 13 juill. 2004, n°02-44.958, visant les intérêts légitimes de l'entreprise.

(16) Loi n° 2005-270, JO 26 mars 2005.

(17) Solennellement proclamée par l'article 14 de la loi du 13 juill. 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires.

(18) 1 700 corps encore pour la seule fonction publique d'Etat il y a quelques années, nombre ramené à 500 depuis lors.

(19) Certains corps ne prévoient pas la possibilité d'intégrer des fonctionnaires relevant d'autres corps.

(20) Un droit peu utilisé au vu des derniers chiffres disponibles : au 31 décembre 2004, 4,9 % des agents civils de l'Etat n'exerçaient pas leur activité dans leur administration d'origine.

(21) Le détachement pouvait exceptionnellement être prononcé d'office, idem pour la disponibilité à l'égard d'un agent qui

n'était pas en état de reprendre son travail au terme d'un congé de maladie.

(22) Loi n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

(23) La mise à disposition permettait au fonctionnaire d'exercer des fonctions en dehors du service auquel il appartenait, tout en continuant à relever de son corps d'origine. Le détachement était la position du fonctionnaire placé hors de son corps mais continuant à bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite dans ce corps. Le placement en position hors cadre permettait à un fonctionnaire de servir dans une administration ou une entreprise publique, dans un emploi ne conduisant pas à pension, ou dans un organisme national, sans bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite dans son corps d'origine. La disponibilité était la position du fonctionnaire placé hors de son administration, sans bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite dans son corps d'origine.

publique de l'Etat en témoigne en garantissant à certaines catégories de fonctionnaires placés dans une situation familiale ou privée difficile (24) un droit de priorité pour l'attribution des mutations.

2. La mobilité, une sujétion pour le secteur privé mais aussi un droit pour le respect de la vie privée et familiale

La mobilité, pour assurer le respect de la vie privée et familiale, n'est pas naturelle au secteur privé. Une décision récente de la cour de cassation (25), non

confirmée néanmoins, semble le démentir. La Cour y reconnaît que la décision de l'employeur de refus de mutation sur un poste disponible porte atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile (26). Certains en ont conclu à la création d'un droit à la mutation géographique pour des raisons familiales au profit du salarié (27).

La mobilité présente ainsi un visage plus complexe que celui intuitivement ressenti, ce que révèle tout autant son examen quand elle s'oppose au respect de la vie privée et familiale.

II. La mobilité contre le respect de la vie privée et familiale

La mobilité confrontée à la vie privée et familiale illustre, à première approche, l'idée que le lien de subordination, inhérent au contrat de travail, n'annihile pas toute l'autonomie de la personne et que lui sont conservés des droits, ses libertés fondamentales, le minimum qui le constitue en tant qu'être humain qu'il n'a pouvoir d'abandonner. Des droits, donc, au-delà du contrat de travail que l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation confirmerait au bénéfice du salarié (A). C'est cette évolution qu'il s'agit d'apprécier (B).

A. La mobilité peut heurter le respect de la vie privée et familiale

1. Sa sanction en droit privé

Le juge sanctionne depuis dix ans, au titre de la violation de la vie privée et familiale, la mise en œuvre des clauses de mobilité. La clause de mobilité ne porte pas en elle-même atteinte à la vie privée et familiale, mais il est davantage concevable que tel soit le cas quand elle est mise en œuvre. Le contrat de travail s'exécute sur plusieurs années. Entre la signature du contrat et le jour de la mise en œuvre de la clause, la

situation personnelle et familiale du salarié a pu évoluer et s'opposer, dès lors, à la mobilité.

On ne trouve de définition nulle part de la vie privée et familiale. De la jurisprudence il ressort qu'ont été pris en compte la grossesse de l'épouse (28), le handicap d'un enfant (29), le nombre d'enfants (30), l'âge des enfants (31), le veuvage (32), l'absence de permis de conduire et l'inaccessibilité du nouveau lieu de travail par les transports en commun (33). Le domicile du salarié est, par contre, une donnée inopérante. L'examen des fondements juridiques de ces décisions est essentiel car ils délimitent, par le système de preuve qui les accompagne, la portée des garanties offertes au salarié.

Quand on évoque la vie privée et familiale, on pense en premier lieu à l'article 8 de la CEDH, appliqué anciennement par la Cour de Strasbourg aux relations de travail (34). Or, ce n'est pas lui qui a été mobilisé. Seule la question de la liberté du domicile a justifié que la cour de cassation y recourt (35). Le juge a préféré utiliser la bonne foi contractuelle (36), ce qui est somme toute normal en raison du caractère *intuitu personae* du contrat. L'implication de l'employeur empêche qu'il fasse abstraction de la vie personnelle et familiale du salarié (37). Après avoir imposé à l'employeur de démontrer

(24) Les fonctionnaires concernés sont les fonctionnaires séparés de leurs conjoints pour des raisons professionnelles les concernant directement, ou concernant le conjoint ou la personne avec laquelle ils sont liés par un pacte civil de solidarité (PACS), ainsi que les fonctionnaires ayant la qualité de travailleur handicapé reconnu par la Cotorep.

(25) Cass. soc. 24 janv. 2007, n° 05-40.639, Dr. Ouv. 2007 p. 282, rendu au visa de l'article 8 de la Convention EDH.

(26) *"L'employeur ne peut refuser la demande d'une salariée de se voir attribuer en mutation l'un des postes disponibles, celle-ci ayant été contrainte de changer son domicile pour des raisons familiales sérieuses, alors, de surcroît, que la décision de l'employeur informé depuis plusieurs mois de cette situation, de maintenir son affectation initiale, portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle"*.

(27) Semaine juridique social n° 15, 11 avr. 2007, 1243.

(28) Cass. soc. 18 mai 1999, Bull. civ., V, n° 219.

(29) Cass. soc. 6 févr. 2001, Bull. civ., V, n° 41.

(30) Cass. soc. 14 oct. 2008, n°07-40.523, Dr. Ouv. 2009 p. 16, 5^e esp., n. F. Canut.

(31) Cass. soc. 19 mars 2003, n° 01-40128.

(32) Cass. soc. 13 janvier 2009, n° 06-45562.

(33) Cass. soc. 10 janvier 2001, Bull. civ., V, n° 3 ; Cass. soc. 2 juill. 2003, n° 01-40128.

(34) J.-P. Marguénaud, J. Mouly. Les incursions de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte. Revue de droit du travail 2008 p. 16.

(35) Cass. soc. 12 janv. 1999, précité ; Cass. soc. 24 janvier 2007, précité.

(36) Cass. soc. 18 mai 1999, Bull. civ., V, n° 219 ; Cass. soc. 23 février 2005, n° 03-42 018, Dr. Ouv. 2005 p. 213, n. P. Moussy.

(37) M.-C. Escande-Varniol. Mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique : les écueils à éviter. Recueil Dalloz 2009 p. 1799.

que la décision de mobilité repose sur un motif légitime, la Cour de cassation a durci sa jurisprudence en jugeant que la bonne foi de l'employeur est présumée. Il appartenait alors au salarié de faire preuve de l'abus en apportant *"des éléments concrets prouvant que la mise en œuvre de la mobilité est faite dans des conditions étrangères à l'intérêt de l'entreprise ou exclusives de la bonne foi"* (38).

En 2008, la Cour de cassation a assoupli le système en fondant, pour la première fois, sa décision sur l'article L. 1121-1 du Code du travail (39). Les conditions de preuve sont, dans ce cadre, plus favorables. La preuve est, en effet, partagée. Le salarié doit démontrer l'atteinte à un droit ou une liberté, l'employeur doit justifier de sa proportionnalité (40).

Les sources à disposition du juge pour sanctionner l'atteinte à la vie privée et familiale apparaissent ainsi multiples. Elles peuvent d'ailleurs se combiner entre elles comme en témoigne le double visa opéré, dans les décisions de 2008, à la bonne foi et à l'article L. 1121-1 du Code du travail. Le juge a donc toute latitude pour faciliter l'administration de la preuve ou ne pas le faire. Le peu d'utilisation par la Cour de cassation de l'article 8 de la CEDH ne semble, à cet égard, pas un hasard car les droits qu'il protège, *"les droits fondamentaux"* ont une portée plus grande que *"les droits des personnes et des libertés individuelles"* visés par l'article L. 1121-1. Contrairement aux premiers, ces derniers ménagent, en effet, une pesée entre la contrainte imposée au salarié dans sa vie personnelle d'un côté, et les impératifs de l'entreprise de l'autre, à travers le contrôle de la justification et de la proportionnalité (41). On reste ainsi dans le cadre connu d'une police du contrat (42), d'une police du contrat nationale, au surplus, hors de portée des interventions intempestives de la Cour européenne des droits de l'Homme (43).

2. Sa sanction en droit public

La jurisprudence administrative sur la mobilité et le respect de la vie privée et familiale est mince, aussi mince que l'était le domaine de la mobilité forcée jusqu'à la loi mobilité. L'intérêt du service prédominait, sous réserve du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au

respect de la vie privée et familiale sanctionnée, depuis 2003, sur le fondement de l'article 8 de la CEDH (44).

Les choses se présentent aujourd'hui différemment pour la fonction publique puisque la mobilité est le maître mot de la réforme du statut. La réforme de l'État entreprise dans le cadre de la révision générale des politiques publiques comme les recompositions territoriales en projet impliquent, en effet, la suppression d'un grand nombre d'emplois et contraignent les fonctionnaires concernés à la mobilité. Dans ce contexte, le statut est apparu inadapté, ce qui a justifié nombre d'ajustements ces dernières années (45), mais surtout sa profonde réforme par la loi du 3 août 2009 sur les mobilités.

Celle-ci prévoit qu'en cas de restructuration d'une administration de l'État ou de l'un de ses établissements publics administratifs, le fonctionnaire peut être placé en situation de réorientation professionnelle. Et que lorsque *"le fonctionnaire a refusé successivement trois offres d'emploi public fermes et précises correspondant à son grade et à son projet personnalisé d'évolution professionnelle, et tenant compte de sa situation de famille et de son lieu de résidence habituel"*, la réorientation professionnelle prend fin. Le fonctionnaire peut alors être placé en disponibilité d'office ou, le cas échéant, admis à la retraite.

De telles dispositions rendent perplexe au regard de l'affirmation parallèle et toute récente, par le Conseil d'État, comme garantie fondamentale des fonctionnaires, de l'*"obligation pour l'administration de recueillir l'accord du fonctionnaire intéressé pour l'affecter à un emploi ne correspondant pas aux missions afférentes au grade"* (46).

De telles dispositions font, en tout état de cause, de la mobilité imposée dans ce cadre au fonctionnaire une sujétion très proche du droit privé sous l'aune, à son instar, du respect de la vie privée et familiale. Les fonctionnaires semblent, il est vrai, dans une situation privilégiée par rapport aux salariés du droit privé puisqu'il est tenu compte de leur lieu de résidence habituel. L'avenir nous dira plus précisément si tel est le cas.

(38) Cass. soc. 23 févr. 2005, préc.

(39) Cass. Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523 préc.

(40) Le juge doit *"rechercher concrètement si la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché"*. Cass. soc. 13 janv. 2009, précité, confirmant les arrêts de 2008.

(41) M.-C. Escande-Varniol, précité.

(42) G. Loiseau. La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité. La Semaine juridique social n° 3, 13 janv. 2009, 1013.

(43) Même type d'approche avec la question prioritaire de constitutionnalité.

(44) CE 10 décembre 2003, Bouley, req. n° 235640 ; CAA Marseille, 25 mai 2004 M. Claude X., req. n° 99MA01029 ; CE 24 nov. 2008, ministre de l'Intérieur, req. n° 318499.

(45) Dans les années récentes, de nombreuses mesures législatives, réglementaires ou indemnitaires ont eu pour objectif de supprimer les freins à la mobilité.

(46) CE 28 déc. 2009, SYNTEF-CFDT et autres, req. n° 316479 ; E. Marc. Mobilité imposée, mobilité choisie : un équilibre instable entre intérêt du service et droits des agents. AJDA 2010 p. 568.

B. La sanction du respect de la vie privée et familiale, élément de subjectivisation et de recul du contrat

Le droit du travail se rapproche du droit des personnes comme en témoigne la civilisation observée depuis quelques années du contrat de travail (47). La sanction de la vie privée et familiale confirme une telle logique car l'employeur qui entend mettre en œuvre une clause de mobilité ne peut le faire qu'en tenant compte de la situation *in concreto* du salarié.

Force est alors de constater l'accentuation de la subjectivisation de la relation du travail (48) et le recul corrélatif du contrat. Ce recul est juridiquement naturel puisque ce qui caractérise une liberté fondamentale est qu'elle ne peut être négociée. On n'a pas la disposition juridique des libertés, leur imprescriptibilité s'impose. Ce recul va, de plus, dans le sens du renforcement du droit du plus faible, le contrat ayant montré ses limites en la matière. Le débat sur le contrat est, au demeurant, ancien, au regard de la place prise progressivement par l'ordre public social dans les relations du travail. L'examen entrepris amène néanmoins à reposer la question en un temps où les catégories protégées que nous constituons viennent à éclater.

A partir du moment où le lieu du travail est décontractualisé et la mobilité reconnue valable juridiquement, la position du salarié est fragilisée. Sa vie privée et familiale se trouve, en effet, et de fait bouleversée par une décision de mobilité. Les solutions rendues ces dernières années sur la mobilité concrétisent les contreparties mises en place. Ainsi, le salarié n'a pas gagné une protection supplémentaire. La protection du contrat est retirée au profit d'une application directe des

droits et libertés. En réalité, nous n'en sommes pas encore là puisque la Cour de cassation refuse le recours direct à l'article 8 de la CEDH. Une telle évolution est néanmoins enclenchée. Comment l'apprécier?

Est-ce mieux pour l'employeur ? Oui et non ; oui car il accroît son pouvoir de mobilité, non car il y perd en sécurité de la règle, l'évolution de la vie privée et familiale de son salarié étant une donnée hors de sa portée (49). Est-ce mieux pour le salarié ? Oui mais résolument non car ce qu'il perd, sa sécurité, son consentement à son lieu de travail, ne peut être raisonnablement compensé par la sanction éventuelle, au terme d'un long procès, d'une atteinte non « proportionnée » à sa vie privée et familiale. C'est donc surtout la règle, la règle de droit en ce qu'elle exprime de sécurité, qui semble la grande perdante de l'histoire.

Le débat est d'ailleurs ouvert dans la doctrine depuis un certain nombre d'années (50). Entre déstabilisation partielle et progrès du droit, la subjectivisation qu'illustre entre autres la thématique exposée est diversement appréciée (51). Ce qui est sûr est que notre relation au pouvoir que la règle de droit met en forme évolue. Robert Lafore l'illustre, en particulier, à travers l'exemple de la juridicisation des problèmes sociaux : *"Alors qu'antérieurement, le partage juste des droits et des obligations opérait au niveau de méta-catégories collectives dont l'appartenance suffisait à organiser des statuts protecteurs, c'est dorénavant davantage à l'échelle de chaque individu qu'il s'établit, en requérant de chacun une adhésion à des normes en échange des prestations"* (52). Être libre en droit, n'est-ce pas alors être libre de droits ?

Sylvie Joubert

(47) A. Chirez. Pouvoir de direction des personnes en droit français du travail : de l'unilatéralité à l'assentiment. RJP/NZACL Yearbook 2004.

(48) Subjectivisation relevée, par ex., par M. Del Sol, A. Chirez, précités.

(49) M. Del Sol, précité.

(50) Par ex, J. Chevallier. *L'Etat post-moderne*. LGDJ 2003, qui souligne l'hyper-subjectivisation de notre droit post-moderne.

(51) Par ex., E. Jaulneau - *La subjectivisation du droit. Etude de droit privé*. Thèse 2007, Université d'Orléans. *"L'analyse macro-juridique permet quant à elle de faire le point sur les incidences du phénomène sur le système juridique. A cet égard, l'analyse révèle que la subjectivisation du droit peut conduire, par une maximisation croissante de la volonté individuelle, à un schéma d'anti-subjectivisation, en rupture avec la logique première de la subjectivisation du droit"*.

(52) R. Lafore. *La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale*, Informations sociales 2010/1 n° 157.