

COUR D'APPEL DE VERSAILLES (17^e ch.) 5 septembre 2012

N. contre SARL Manulav

EXPOSE DES MOTIFS

Après deux contrats de travail à durée déterminée en mars 2005, madame U. N. épouse N., ci-après Mme N., a été engagée par la Société Manulav, entreprise de propreté, selon un contrat à durée indéterminée à temps partiel à compter du 1^{er} avril 2005, en qualité d'agent de propreté, sur le site médical Corome.

Le contrat de travail a fait l'objet de 10 avenants acceptés par la salariée, augmentant ou diminuant temporairement ses heures de travail, et modifiant son lieu de travail.

Les relations contractuelles entre les parties étaient soumises à la convention collective des entreprises de propreté.

Mme N. a été en congé de maternité de début septembre 2008 jusqu'au 12 janvier 2009.

Mme N., convoquée, par courrier recommandé avec demande d'avis de réception en date du 6 février 2009, à un entretien préalable à un éventuel licenciement, fixé au 16 février 2009, et mise à pied à titre conservatoire, a été licenciée pour faute grave «*pour refus de mutation et absences injustifiées*» par courrier recommandé du 27 février 2009.

L'entreprise comptait au moins 11 salariés au moment du licenciement, en fait 50.

Contestant son licenciement, Mme N. a saisi le Conseil de prud'hommes de Cergy Pontoise qui, dans un jugement rendu en départage le 31 janvier 2011, a dit que le licenciement reposait sur une faute grave, a débouté Mme N. de ses demandes et l'a condamnée aux dépens.

(...)

MOTIFS

Au soutien de son appel, Mme N. explique qu'à la date à laquelle elle a accepté la clause de mobilité dans son contrat de travail, rien n'entravait son exercice puisque, sans enfant, elle était disponible et a accepté à plusieurs reprises de modifier son lieu de travail et ses horaires et la durée du travail, mais que cela n'a plus été le cas après la naissance de sa fille le 16 septembre 2008 et la nécessité impérieuse de la faire garder. Elle soutient que les modifications imposées par l'employeur augmentaient considérablement son temps de trajet de son domicile d'Epinay sur Seine à son nouveau lieu de travail, et se heurtaient à ses obligations familiales, justifiant son refus de sorte que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse par application de la Convention de l'OIT n° 156.

La Société Manulav invoque « la clause de mobilité » suivante, figurant dans le contrat de travail : « Mademoiselle N. est affectée aux sites récapitulés en Annexe 1. Cependant elle reconnaît qu'en raison des contraintes particulières d'organisation, inhérentes à [notre] profession, la mobilité est nécessaire et indispensable. En conséquence, elle accepte de pouvoir être affectée à tout autre site de l'entreprise, dans les départements d'Ile-de-France et l'Oise. »

Selon cette Annexe 1, Mme N. travaillait 26 heures par mois, réparties du lundi au vendredi, à raison de

1,20 heures chaque jour sur le site du centre médical Corome.

Le dernier avenant à son contrat de travail, qu'elle a signé le 14 novembre 2006, indiquait qu'elle travaillait 32,50 heures par mois, réparties du lundi au vendredi, à raison d'1,50 heures chaque jour sur le site du Cosem situé 66, rue de Miromesnil à Paris 8^{ème}, de 17 heures à 18 heures 30, comme ne le conteste pas l'employeur.

Elle établit que le temps de transport entre son domicile, situé à Epinay Sur Seine, et la rue de Miromesnil à Paris étaient, aller-retour, d'une heure maximum, après avoir emprunté le RER et la ligne 13 du métro parisien.

L'employeur a adressé à Mme N., le 20 janvier 2009, un courrier recommandé intitulé « Changement d'affectation pour raison d'organisation », ainsi rédigé :

« Pour des raisons d'organisation, nous avons décidé de changer votre site d'affectation :

Ce changement d'affectation tient compte :

- des difficultés rencontrées sur votre site actuel, Cosem, sur lequel l'intérêt de notre Société est de renouveler le personnel pour ne pas perdre cet important client ;

- de notre besoin de personnel sur le site de notre autre client, Institut du Luat ;

- de nos impératifs d'organisation.

Par la présente, nous vous confirmons donc que, comme convenu, à compter du lundi 26 janvier, vous serez affectée aux sites suivants :

AVANT : Cosem Miromesnil, 1,5 heures par jour du lundi ou vendredi... 32,47 heures par mois ;

APRÈS : Institut du Luat, 3 heures par jour du mardi ou vendredi de 8 h à 11 h... 51,96 heures par mois.

Nous vous proposons donc une augmentation de votre nombre d'heures mensuelles de 19,49 heures, qui passerait de 32,47 heures à 51,96 heures par mois, soit + de 60 %.

Si vous le souhaitez, votre nombre d'heures mensuelles peut être maintenu à 32,47 heures.

Nous ne pouvons donc considérer, en la circonstance et en ce qui vous concerne, que ce changement de lieu de travail constitue une modification essentielle de votre contrat de travail, du fait :

- du respect de la clause de mobilité figurant à votre contrat (article 6) ;

- du maintien de votre nombre d'heures actuelles, et de la possibilité d'augmentation que nous vous offrons.

Nous comptons sur la poursuite normale de notre collaboration et estimons qu'un éventuel refus constituerait un manquement important à vos obligations contractuelles.

Si tel était le cas, nous pourrions être amenés à prendre à votre rencontre des sanctions, pouvant aller jusqu'à un licenciement ... ».

Mme N. refusa cette proposition dans deux courriers recommandés successifs des 16 et 23 janvier 2009, expliquant dans le dernier qu'elle était mère d'un enfant âgé de 4 mois et « ne pouvait donc accepter le changement d'affectation du fait de l'éloignement du trajet du nouveau chantier ... ».

La Société Manulav, après avoir adressé un courrier recommandé le 3 février 2009 à Mme N. pour lui reprocher l'absence de justification de ses absences depuis le 26 janvier 2009 sur le site de l'Institut du Luat, a engagé une procédure de licenciement pour faute grave contre elle, dont la lettre qui fixe les limites du litige est rédigée en ces termes :

« Nous vous informons que nous avons décidé de vous licencier pour faute grave. En effet, vous ne vous êtes pas présentée sur le site référencé depuis le lundi 26 janvier 2009. Sommée le mardi 3 février 2009, par lettre recommandée avec accusé de réception, de justifier de votre absence, vous ne nous avez jamais fourni de justification valable.

Vous n'avez visiblement pas compris la portée de ce premier courrier.

Votre courrier AR contenant une « attestation de passage » à l'hôpital Bichat de 15 h 52 à 16 h 20 (soit 28 minutes !!!) le 30 janvier 2009 ne justifie : ni votre absence de DEUX SEMAINES du 26 janvier 2009 au 6 février 2009, ni votre absence du 30 janvier 2009, puisque vos horaires de travail sont 8 h - 11 h...

Vos courriers AR antérieurs des 16 et 27 janvier 2009 ne sauraient, EN AUCUN CAS, constituer des justifications à votre absence injustifiée. En effet :

- un projet d'avenant NON daté et NON signé, NI par notre Société, NI par vous, ne peut nous être opposé, vous nous écrivez refuser ce projet d'avenant que nous n'avons pas validé non plus (!!!)

- vous ne pouvez EN AUCUN CAS refuser votre mutation à l'Institut du Luat, car celle-ci :

** ne modifie PAS vos conditions de travail ;*

** maintient votre nombre d'heures actuelles et vous propose une augmentation de 60 % ;*

** respecte votre clause de mobilité (article 6 de votre contrat du 1er avril 2005).*

Vous aviez la faculté de nous demander un congé parental suite à votre congé de maternité, donc vous ne pouvez en AUCUN CAS, nous dire aujourd'hui : « avec les transports, je n'ai pas assez de temps pour mon bébé » et « je préfère ma vie familiale » pour tenter de justifier votre absence de votre lieu de travail ... ».

La faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. La charge de la preuve de la faute grave incombe à l'employeur qui l'invoque.

La Société Manulav, contrairement à ce qu'elle soutient dans le courrier du 20 janvier 2009, n'établit pas la possibilité de perdre le marché du Cosem Miromesnil au moment du changement de lieu de travail et des horaires de travail de Mme N. fin janvier 2009, ni des reproches qui auraient pu être formulés

contre la salariée par le client.

Il est en revanche démontré par la salariée que la mise en œuvre de la clause de mobilité le 20 janvier 2009, seulement 8 jours après son retour de congé de maternité et alors que son enfant n'était âgé que de 4 mois, portait atteinte à son droit à une vie personnelle et familiale, protégée par les articles 4- b, 7, 8 et 9 de la Convention de l'OIT n° 156 du 23 juin 1981 sur « les travailleurs ayant des responsabilités familiales », ratifiée par la France le 16 mars 1989 et d'application directe en droit interne.

Cette atteinte consistait à faire prendre successivement par une jeune mère quatre transports en commun différents (RER, 2 changements pour prendre un train de la SNCF, puis un bus), selon le trajet le moins long proposé par un site Internet spécialisé, à compter de 6 heures du matin pendant 4 jours par semaine, pour une durée totale de transport aller-retour de plus de 3 heures, soit 3 fois plus que pour le poste précédent. Cette atteinte n'était pas justifiée par la tâche à accomplir par la salariée au sein de l'Institut du Luat, et n'était pas proportionnée au but recherché par l'employeur, qui était seulement de modifier le lieu de travail de Mme N. et ses horaires de travail, à l'exclusion de tout autre.

Ces modifications étant incompatibles avec les obligations familiales impérieuses de Mme N. de garder sa petite fille très tôt le matin, il convient, dans ces conditions, et en infirmant le jugement, de dire dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur « le refus de mutation » de Mme N. et qui l'a conduite à ne pas se rendre sur le nouveau lieu de travail qui lui était assigné.

Il lui est alloué le rappel de salaire relatif à la mise à pied à titre conservatoire, l'indemnité compensatrice de préavis, les congés payés afférents et l'indemnité légale de licenciement qu'elle sollicite et dont les montants ne sont pas critiqués par l'employeur.

Au moment de la rupture de son contrat de travail, Mme N. avait au moins deux années d'ancienneté et la Société Manulav employait habituellement au moins 11 salariés. En application de l'article L. 1235-3 du Code du travail, le salarié dont le licenciement est sans cause réelle et sérieuse peut prétendre à une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires bruts perçus au cours des six derniers mois précédant son licenciement.

Au regard de son âge au moment du licenciement, 24 ans, de son ancienneté de pratiquement 4 ans dans l'entreprise, du montant moyen de 947 € de la rémunération mensuelle qui lui était versée, de ce qu'elle justifie avoir été indemnisée par le Pôle Emploi jusqu'au mois de novembre 2009 et avoir débuté une formation au CAP « d'agent polyvalent de restaurant » en apprentissage à compter du 19 novembre 2009, il convient de lui allouer, en réparation du préjudice matériel et moral résultant de la perte de son emploi, la somme de 5 800 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mme N., qui reproche à la Société Manulav de lui avoir remis une attestation Assedic comportant des erreurs qui ont conduit Pôle Emploi à appliquer un différé d'indemnisation de 60 jours, en ne la prenant en charge qu'à compter du 26 juin au lieu du 26 avril 2009, demande la réparation du préjudice en résultant

par le paiement de dommages et intérêts.

L'original de l'attestation Assedic, dressé et signé par l'employeur le 9 avril 2009, et qu'il a d'ailleurs remise en main propre à la salariée après deux lettres des 6 mars et 10 avril 2009 de l'employeur lui rappelant que cette attestation, le solde de tout compte et le certificat de travail étaient « quérables » et non portables, comporte, comme le relève justement la salariée, les erreurs suivantes :

1. Il est écrit que la fin de contrat date du 25 mars 2009 au lieu du 27 février 2009, date du licenciement prononcé pour faute grave, la date du 25 mars 2009 figurant d'ailleurs sur le certificat de travail ;
2. La somme de 118,14 € inscrite comme ayant été perçue à l'occasion de la rupture du contrat de travail, correspond, en réalité, suivant le bulletin de paie de mars 2009, à un rappel de salaire d'un mois antérieur par application des minima conventionnels, ce que ne conteste pas l'employeur ;
3. La date du 25 mars 2009 comme dernier jour payé et travaillé est erronée, puisque ce dernier jour est le 6 février 2009 correspondant au premier jour de la mise à pied à titre conservatoire ;
4. Il n'est pas indiqué que le licenciement a été prononcé pour faute grave ;
5. Il n'est pas mentionné que le licenciement a été notifié le 28 février 2009, ni l'absence de préavis ;
6. Seuls trois mois de salaires perçus par la salariée sont mentionnés, au lieu des 12 mois requis.

Ces nombreuses erreurs ont causé un préjudice matériel à la salariée, qui justifie, grâce aux attestations de paiement de Pôle Emploi, qu'elle n'a été indemnisée qu'à compter du 26 juin 2009, au lieu de fin avril 2009.

Ce préjudice est justement réparé par le paiement de dommages et intérêts d'un montant de 800 €.

Il convient d'ordonner la remise par l'employeur d'un bulletin de salaire et d'une attestation Assedic rectifiés conformément au présent arrêt.

En application de l'article L.1235-4, il y a lieu, en outre, d'ordonner d'office le remboursement par l'employeur à l'organisme concerné du montant des indemnités de chômage servies à la salariée à la suite de son licenciement, dans la limite de quatre mois d'indemnités.

Par ces motifs

Infirmant le jugement,

Dit le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse,

En conséquence, condamne la Société Manulav à payer à madame U. les sommes de : 641,36 € à titre de rappel de salaire relatif à la mise à pied conservatoire, 2 022,02 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 266,34 € au titre des congés payés afférents à

la mise à pied et à l'indemnité de préavis, 842,51 € au titre de l'indemnité légale de licenciement, 5 800 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 800 € à titre de dommages et intérêts pour attestation Assedic erronée,

(Mme Lacabarats, prés. - M^e Lecourt, M^e Loeff, av.)

Note.

1. Les faits de l'espèce

Une salariée, embauchée en CDI à temps partiel en qualité d'agent de propreté dans une entreprise de nettoyage, réside à Epinay sur Seine (Seine-Saint-Denis). Le dernier avenant à son contrat prévoit une durée mensuelle de 32 h 30, soit quotidiennement 1 h 30 du lundi au vendredi, le lieu de travail est à Paris 8^{ème} et son temps de trajet aller-retour n'excède pas 1 heure. Malheureusement, son contrat initial prévoit une clause de mobilité qui stipule qu'elle « pourrait être affectée à tout autre site de l'entreprise dans les départements d'Ile de France et l'Oise » (1).

Dans notre cas, c'est la mise en œuvre de la clause de mobilité qui a été contestée et a provoqué le licenciement de la salariée. Suite à son retour de congé maternité début janvier 2009, la salariée se voit imposer, par courrier du 20 janvier, un « changement d'affectation pour raison d'organisation » sur un nouveau site de travail, qui impliquait un rallongement considérable de son temps de transport aller-retour, cumulant ainsi 3 h par jour, contre seulement 1 h auparavant.

Refusant cette modification imposée par l'employeur, elle est licenciée le 27 février 2009 pour faute grave : « refus de mutation et absences injustifiées depuis le 26 janvier 2009 ». Par un jugement rendu en départage, le Conseil de prud'hommes de Cergy-Pontoise la déboute de toutes ses demandes ; heureusement, la Cour d'appel de Versailles est venue rectifier en infirmant cette décision (ci-dessus).

2. L'exercice du contrôle de la clause par le juge

Le contrôle de la clause de mobilité se distingue nettement de celui, par exemple, de la clause de résidence dont la licéité reste exceptionnelle (2) : alors que la licéité des clauses de résidence est appréciée dès le stade de leur énoncé, les clauses de mobilité ne sont, le plus souvent scrutées, qu'au moment, trop tardif, de leur mise en œuvre. Le régime de ce contrôle devrait,

(1) V. Lacoste-Mary, « La négociation de la mobilité sous le contrôle du juge », Dr. Ouv. 2010, p. 301 ; S. Joubert, « Mobilité et respect de la vie privée et familiale », Dr. Ouv. janv. 2011 p. 47.

(2) Le libre choix du domicile personnel et familial, consacré en droit positif (Cass. Soc. 12 janvier 1999, n° 96-40.755, Dr. Ouv. 1999, p. 254, n. P. Moussy, solution reprise par Cass. Soc. 28 février 2012, n° 10-18.308, Dr. Ouv. 2012, p. 502, n. A. Gardin), ne s'oppose pas à une mutation (Cass. soc. 28 mars 2006, Bull. civ. V, n° 126, Dr. Ouv. 2006, p. 489, n. P. Moussy).

pour ces dernières également, se déplacer en amont car, par nature, elles portent atteinte au droit de mener une vie familiale normale. La doctrine s'est prononcée en ce sens sans ambiguïté : « *La prévision dans le contrat d'une mobilité future constitue pourtant déjà une atteinte à une liberté du salarié, qui devrait, par conséquent, être contrôlée dès la conclusion du contrat.* » (3).

Pourtant, ces clauses sont considérées, le plus souvent, comme valables, sous condition d'une zone géographique définie précisément (4). Valables, même si elles laissent toujours planer une menace au-dessus de la tête des salariés ; cette décontractualisation d'éléments du contrat de travail est un artifice qui prive les salariés d'exprimer leur volonté (5), sauf à montrer qu'elle provoque également une baisse de rémunération (6), une obligation de domiciliation (7) ou bien un bouleversement dans l'organisation du temps de travail (8).

Le contrôle par le juge de la mise en œuvre de la clause nécessite de porter le regard dans deux directions : l'intérêt de l'entreprise d'une part, la situation du salarié, d'autre part : « *Le juge doit ainsi apprécier la licéité de la mise en œuvre de la clause non seulement au regard des intérêts de l'entreprise, mais aussi de la vie personnelle et familiale du salarié* » (9).

La mise en œuvre d'une clause de mobilité doit toujours être justifiée par l'intérêt de l'entreprise. On peut trouver là une illustration de l'obligation pour l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (L. 1222-1). Le manque de prise en compte de la situation personnelle du salarié ou la mise en œuvre précipitée de la clause constituent autant d'atteintes à cette exécution de bonne foi. Bien que le salarié ait l'obligation de se conformer à la clause de mobilité, l'employeur ne doit pas faire un usage abusif de cette clause en imposant au salarié, dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés (10).

Pour autant, c'est au salarié qui conteste le détournement ou le caractère abusif de la mutation qu'incombe la charge de la preuve ; en vertu d'une interprétation contestable de la bonne foi contractuelle, l'employeur est présumé, dans le cadre de son pouvoir de direction, avoir pris sa décision dans l'intérêt de l'entreprise (11).

Dans notre cas d'espèce, les deux aspects, l'intérêt de l'entreprise et la protection de la vie personnelle, s'additionnent : l'employeur n'a pas réussi à légitimer l'intérêt de l'entreprise ; la Cour relève que « *la Société Manulav n'établit ni la possibilité de perdre le marché de l'ancien site au moment des changements de lieu et d'horaires de travail, ni des reproches qui auraient pu être formulés contre la salariée par ce client* ». De l'autre côté, la salariée démontrait les conditions inacceptables de la mise en œuvre de la clause de mobilité, faisant apparaître une atteinte incontestable à sa vie familiale.

3. Le contrôle de justification et de proportionnalité

La Cour d'appel constate que le changement consistait à faire prendre par une jeune mère 4 transports en commun différents pour une durée totale de transport aller-retour de plus de 3 heures, soit 3 fois plus que pour le poste précédent ; elle relève que la mise en œuvre de la clause de mobilité seulement 8 jours après son retour de congé de maternité, et alors que son enfant n'était âgé que de 4 mois, portait atteinte à son droit à une vie personnelle et familiale ; elle poursuit en indiquant que « *cette atteinte n'était pas justifiée par la tâche à accomplir par la salariée au sein de l'Institut du Luat, et n'était pas proportionnée au but recherché par l'employeur, qui était seulement de modifier le lieu de travail de Mme N. et ses horaires de travail, à l'exclusion de tout autre. Ces modifications étant incompatibles avec les obligations familiales impérieuses de Mme N. de garder sa petite fille très tôt le matin* » (ci-dessus).

(3) Par ex. S. Tourneaux « La négociation des sujétions contractuelles du salarié » Dr. Ouv. juin 2010, p. 293, spéc., p. 298.

(4) Cass. Soc. 26 mai 2010, n° 06-46.400, 09-40.422 ; V. Lacoste-Mary, préc.

(5) M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié » Dr. Ouv. juillet 2012, p. 459 ; v. également sur la difficile articulation entre respect de la vie personnelle et protection de la santé : P. Lokiec « Les transformations du droit du temps de travail » Dr. Ouv. septembre et octobre 2009, p. 418, spéc., pp. 487-488, les deux articles sont disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(6) Si modification de tout ou partie de la rémunération : Cass. Soc. 14 octobre 2008, n° 07-41.454, Dr. Ouv. 2009, p.14, décision annexée à F. Canut « Tir groupé autour de la clause de mobilité » ; Cass. Soc. 15 février 2006, Dr. Ouv. 2006, p. 485, n. F.S. et A. de S.

(7) Cass. Soc. 15 mai 2007, n° 06-41.277, avec une clause de résidence.

(8) Si passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour (Cass. Soc. 14 octobre 2008, n° 07-40.092, Dr. Ouv. 2009, p.14, n. F. Canut) et vice versa.

(9) C. Vigneau « Contrat et individualisation dans la relation de travail » Dr. Ouv. 2009, p. 175, spéc., 181, disp. sur le site de la revue.

(10) Cass. Soc. 14 octobre 2008, n° 07-43.071 ; Cass. Soc. 18 mai 1999, n° 96-44.315.

(11) « *La mise en œuvre de la clause de mobilité doit être conforme à l'intérêt de l'entreprise ; que la bonne foi contractuelle étant présumée, il incombe au salarié de démontrer que la décision de l'employeur a été prise en réalité pour des raisons étrangères à son intérêt ou que la clause a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* » Cass. Soc. 14 octobre 2008, n° 07-43.071 ; Cass. Soc. 23 février 2005, *Leviel et Fort Cros*, Bull. civ. n° 64, Dr. Ouv. 2005, p. 213, n. P. Moussy ; v. toutefois les obs. de F. Canut, préc., spéc., 9-10.

En cela, il paraît s'inspirer implicitement de l'article L. 1121-1 du Code du travail, qui dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » et de la jurisprudence associée (12).

4. Le fondement textuel

Les dispositions légales relatives au contrat de travail à temps partiel font référence aux « obligations familiales impérieuses » (13). C'est au visa, notamment, de ce texte qu'un arrêt avait précédemment censuré des juges du fond, concernant des faits très proches : « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher concrètement, comme il lui était demandé, d'une part si la mise en œuvre de la clause de mobilité ne portait pas une atteinte au droit de la salariée, laquelle faisait valoir qu'elle était veuve et élevait seule deux jeunes enfants, 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 et, d'autre part, si la modification des horaires journaliers de travail était compatible avec des obligations familiales impérieuses, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (14).

Mais ce terme « d'obligations familiales impérieuses » n'est pas, en l'espèce, explicitement rattaché au Code du travail. L'arrêt recourt, ce qui est peu commun, à un texte supranational, la Convention de l'OIT n° 156 sur « les travailleurs ayant des responsabilités familiales », les juges rappelant que ce texte a été ratifié et qu'il est

d'application directe en droit interne (15).

On peut se demander si ce licenciement, plutôt que d'être déclaré sans cause réelle et sérieuse, n'aurait pas dû être annulé ; deux raisonnements invitent à poursuivre dans cette voie. Tout d'abord, l'article 3-2 de la Convention n° 156 de l'OIT renvoie à la notion de discrimination (16), définie par la Convention n° 111 de 1958 concernant la discrimination (emploi et profession). Et le droit interne y fait écho avec l'article L. 1132-1 du Code du travail, qui prévoit la nullité de l'acte « en raison de la situation de famille » et, par conséquent, la possibilité de la continuation du contrat de travail, si le salarié le souhaite bien évidemment. Mais, au cas d'espèce, même si la précipitation à prononcer la mutation dans les jours suivants le retour de congé rend éminemment suspecte la décision de l'employeur, il manque une caractérisation de la discrimination (17). C'est pourquoi la voie la plus féconde en matière de nullité pourrait bien être la sanction de la violation de l'art. L. 1121-1. La Doctrine se montre largement acquise à cette idée (18), la mise en œuvre de ce texte requérant, par hypothèse, l'exercice d'un droit fondamental.

Cet arrêt est, somme toute, classique, mais son existence même rajoute une pierre à l'édifice visant à faire plier les employeurs face à des impératifs familiaux, cela dans des circonstances où les employeurs croient pouvoir profiter impunément de la fragilité des salariés.

Sylvie Mess,

Conseillère prud'homme, Avignon

(12) La Cour de cassation a reproché, dans un arrêt *Milcent contre Price Waterhouse Coopers Développement*, aux juges du fond de ne pas avoir recherché 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. 14 octobre 2008, n° 07-40.523, Dr. Ouv. 2009, p. 16, n. F. Canut.

(13) Le 2^{ème} alinéa de l'article L.3123-24 du Code du travail dispose notamment que « Lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon les modalités préalablement définis dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses (...). Il en va de même en cas de changement des horaires de travail au sein de chaque journée travaillée (...) » ; outre ce texte, le Code du travail emploie cette notion en matière de travail de nuit.

(14) Cass. Soc. 13 janvier 2009 n° 06-45.562.

(15) Sont visés par la Cour :
Article 4 - « En vue d'instaurer l'égalité effective de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes, toutes les mesures compatibles avec les conditions et possibilités nationales doivent être prises pour :
(a) permettre aux travailleurs ayant des responsabilités familiales d'exercer leur droit au libre choix de leur emploi ;
(b) tenir compte de leurs besoins en ce qui concerne les

conditions d'emploi et la sécurité sociale. »

Article 7 - « Toutes les mesures compatibles avec les conditions et possibilités nationales, entre autres des mesures dans le domaine de l'orientation et de la formation professionnelles, doivent être prises pour permettre aux travailleurs ayant des responsabilités familiales de s'intégrer dans la population active, de continuer à en faire partie et de reprendre un emploi après une absence due à ces responsabilités. »

Article 8 - « Les responsabilités familiales ne peuvent, en tant que telles, constituer un motif valable pour mettre fin à la relation de travail. »

Article 9 - « Les dispositions de la présente convention peuvent être appliquées par voie de législation, de conventions collectives, de règlements d'entreprise, de sentences arbitrales, de décisions judiciaires, ou par une combinaison de ces divers moyens, ou de toute autre manière appropriée, conforme à la pratique nationale et tenant compte des conditions nationales. »

(16) Article 3-2 de la Convention n° 156 de l'OIT du 23 juin 1981 « Aux fins du paragraphe 1 ci-dessus, le terme discrimination signifie la discrimination en matière d'emploi et de profession, telle que définie aux articles 1 et 5 de la Convention concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. »

(17) Caractérisation qui n'était toutefois pas nécessaire à la motivation.

(18) Pour se limiter aux auteurs précités : V. Lacoste-Mary ; F. Canut et les références citées en note 49.