

Ruptures déviantes

par *Alain CHIREZ*, Professeur agrégé des Universités, Avocat au Barreau de Grasse

PLAN

I. L'ère du faux

A – La rupture arrangée

B – L'utilisation dévoyée des clauses de mobilité

II. L'ère du fait

A – La déloyauté du fait accompli

B – La faiblesse des moyens de défense

Les conditions dans lesquelles sont actuellement rompues certaines relations de travail peuvent apparaître choquantes. Il n'est pas rare, souvent, en pratique, qu'on assiste à une mise en scène qui pourrait fausser le jeu normal de la règle : le législateur a récemment pris en compte la fausse démission par la loi sur le harcèlement, mais certaines pratiques restent à la lisière de la légalité, soit parce qu'elles sont consenties (faute grave inexistante dans l'exposé des motifs de la transaction), soit parce qu'elles s'appuient sur l'affirmation de droits subjectifs nés du contrat (utilisation dévoyée de la clause de mobilité, au lieu de licenciement économique). Certains congédiements de salariés se rattachent ainsi à ce que Umberto Eco appelait "l'ère du faux".

Le mensonge est remplacé par le cynisme lorsque l'employeur "voyou" emprunte la seule voie du fait et déménage l'entreprise à la cloche de bois : la fuite de l'employeur s'inscrit quant à elle, dans l'ère du fait.

I. L'ère du faux

La rupture arrangée à laquelle participe souvent le salarié lors de transaction (A) est moins choquante parce que, le plus souvent non dommageable et non contraire à l'ordre public que l'utilisation dévoyée des clauses de mobilité (B).

A – La rupture arrangée

Il faudrait un droit de la cause artificielle de licenciement, comme il existe depuis longtemps une clarification des concepts d'initiative et d'imputabilité qui permettent les requalifications. La fausse faute grave ou le faux motif de licenciement fréquemment utilisés dans les transactions s'inscrivent dans une zone de non droit laissée à la pratique qui joue parfois un jeu dangereux. On peut s'interroger sur le rôle peut être insuffisant de la volonté des parties pour rendre consistants des motifs inexistant du seul fait qu'elles sont d'accord pour les faire naître. La mise en place d'un échange de courriers matérialisant une mésentente ou un désaccord sur la politique de l'entreprise rappelle les échanges de lettres d'injures dans les procédures anciennes de divorce ! Certes, le but est noble car il s'agit de résoudre amiablement un conflit, de pacifier les relations, mais les moyens employés laissent parfois songeur.

En principe le juge n'a pas à se prononcer sur la réalité et le sérieux du ou des motifs énoncés dans la lettre de licenciement (1). Il peut, tout au plus, vérifier la matérialité des faits, sans d'ailleurs pouvoir se livrer à leur examen pour apprécier le caractère de gravité de la faute (2). Le contrôle

effectué par le juge reste en ce domaine, assez superficiel, même si l'état se resserre, qui ne permet plus de transiger sur l'imputabilité de la rupture (3) ou qui autorise le juge à restituer aux faits énoncés dans la lettre de licenciement leur véritable qualification (4). La pratique enseigne que pour transiger, les parties peuvent tenir pour vrai, sinon un fait inexact, du moins une situation psychologique bien virtuelle (mésentente, désaccord sur la politique de l'entreprise...) pour ne pas dire inexistante.

Dans une certaine limite, les parties peuvent ainsi tordre la réalité à leur guise, alors que par ailleurs, la Cour de cassation affirme de la façon la plus solennelle que la volonté est impuissante à soustraire un travailleur à un statut nécessairement déterminé par les conditions effectives de travail. Une telle situation n'est cependant pas bien gênante : dès lors qu'elles ne frustrant les intérêts de quiconque, et en particulier de la collectivité, les parties doivent pouvoir attribuer au motif reconnu de rupture, la portée voulue. Il en résulte que le juge n'a pas la possibilité, "sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, de trancher le litige que cette transaction avait pour objet de clore, en se livrant à l'examen des éléments de faits et de preuve" (5).

Le droit du travail n'accorde pas systématiquement à la vérité une valeur sacramentelle (si l'on en juge par le droit au mensonge face à la question non pertinente du questionnaire d'embauche) et la mise en scène de certains griefs dans la

(1) Cass. Soc. 23.01.2001 n° 98-41.992.

(2) Cass. Soc. 21.05.1997 n° 95-45.038 P

(3) Cass. Soc. 16.07.1997 n° 94-42.283.

(4) Cass. Soc. 06.04.1999.

(5) Pour la dernière décision en date Cass. soc. 24 février 2004, Sem. Soc. Lamy 15 mars 2004 n° 1160 p. 14.

transaction tient plus du secret partagé que du faux en écriture. Les parties respectent la règle du jeu par elles choisie.

En revanche, l'ordre public social est plus troublé par l'utilisation dévoyée, très en vogue actuellement, des clauses de mobilité pour contourner les plans sociaux.

B – L'utilisation dévoyée des clauses de mobilité

Même si le contrat de travail n'en finit pas d'échapper à son déclin, suivant la belle formule de Monsieur Jeammaud, ses prescriptions restent très actives. Ainsi, la clause de mobilité par laquelle l'employeur se réserve la possibilité de modifier le lieu de travail connaît un franc succès. Elle est actuellement utilisée par certains pour éviter d'avoir à recourir à la procédure, complexe et peu valorisante pour l'entreprise, du licenciement économique.

Le syllogisme juridique utilisé par certains employeurs soucieux de recomposer leurs effectifs en sélectionnant les salariés licenciés est assez efficace :

- les clauses du contrat de travail doivent être exécutées à peine d'indiscipline gravement fautive.
- les inexécutions individuelles délibérées ne confèrent pas une nature économique aux licenciements qui les sanctionnent ; ceux-ci restent disciplinaires.
- le refus par un groupe de salariés tenus par des clauses de mobilité de rejoindre une affectation désignée constitue, pour chacun, une faute grave.

Effectivement, le refus par le salarié d'exécuter une clause de mobilité a souvent été analysé comme une violation délibérée de ses obligations, une indiscipline caractérisée (6). La jurisprudence est parfois sévère puisqu'elle estime que l'employeur peut même faire jouer la clause de mobilité à l'issue d'un congé maternité (*"Lorsqu'une clause de mobilité est incluse dans un contrat de travail, le changement d'affectation du salarié ne constitue pas une modification du contrat, mais un simple changement des conditions de travail, et le refus du salarié de rejoindre sa nouvelle affectation constitue en principe une faute grave"*(7)). Le salarié qui refuse la mobilité instituée par la clause se voit donc, en principe, privé des indemnités de préavis et licenciement.

La définition des différents types de licenciement est suffisamment peu précise et certaines directions en profitent : *"en dépit de leurs différences formelles et en raison du flou qui entoure la définition des motifs légaux de licenciement, les frontières entre ces différentes catégories juridiques s'estompent et le recours à l'une ou l'autre semble, dans certains cas, répondre plus à des stratégies gestionnaires de l'employeur qu'à des causes objectivement différentes"* (8).

On pourrait ainsi sanctionner la volonté frondeuse de sédentarité de salariés appartenant à des unités importantes qui délocalisent, sans mettre en œuvre un plan social dont la judiciarisation est sources d'aléas.

Ce dévoiement de la procédure de licenciement nous paraît illégal pour les raisons suivantes :

- En premier lieu, on peut soutenir que le licenciement dont s'agit est, en réalité, effectué par l'employeur pour un motif non inhérent à la personne du salarié, résultant le plus souvent d'une transformation ou suppression d'emploi pour les motifs prévus par la loi et la jurisprudence (difficultés économiques, mutations technologiques, sauvegarde de la compétitivité...). C'est donc bien un licenciement économique. Lorsque l'effectif à déplacer (puis licencier) porte sur dix salariés au moins sur trente jours, le plan de sauvegarde de l'emploi devrait alors être mis en œuvre dans les entreprises employant cinquante salariés au moins.

L'utilisation du pouvoir disciplinaire constitue donc bien ici un détournement de pouvoir de la part de l'employeur qui ne devrait pas se situer sur ce terrain, mais sur le registre économique. Il n'y a d'ailleurs pas de raison pour changer de registre suivant qu'il y a ou non une clause de mobilité dans le contrat. (Le changement de secteur géographique peut relever, lui, en cas de refus du salarié du droit du licenciement économique). La mobilité enjointe à une collectivité de salariés relève du registre des mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs. On se situe donc bien dans le domaine économique. Le détournement des procédures constitue un manquement à la loyauté que les parties sont réciproquement en droit d'attendre, même à l'occasion de la rupture. (9). On sait que sur l'employeur aussi pèse *"une obligation de fidélité envers les membres de l'entreprise qui joue (...) en cas de réorganisation de celle-ci..."* (10).

- En second lieu, le juge conserve son pouvoir d'appréciation sur la mise en œuvre de la clause de mobilité. Sur ce point, une jurisprudence bien connue peut secourir le salarié "mobilisé".

Tout d'abord, il a toujours été admis que celle-ci peut être abusive, si elle est dictée par l'intention de nuire, intempestive ou hâtive dans sa mise en œuvre (nouvelle affectation annoncée par télégramme 24 h avant sa prise d'effet par exemple). L'usage de la clause doit être loyale et conforme à l'intérêt de l'entreprise (11).

Sa mise en application ne doit pas, par ailleurs, constituer une sanction disciplinaire déguisée, ce qui constitue là encore un détournement de procédure. Il est de fausses promotions par mutation qui constituent, on le sait, de vraies placardisations. On peut soutenir que l'utilisation dévoyée consomme le détournement du droit de sa fonction sociale au sens où l'entendait Jossierand.

La technique de l'abus de droit qui oblige le salarié à une démarche probatoire difficile (la charge de la preuve de l'abus lui incombe) nous paraît cependant dépassée.

La jurisprudence actuelle confronte en effet le pouvoir de direction par le droit au refus du salarié lorsque la clause porterait une atteinte trop caractérisée à sa situation personnelle, sans utilité légitime véritable pour l'entreprise.

(6) Cass. Soc. 9.07.91, sem. Soc. Lamy n° 564.

(7) Cass. Soc. 7.10.97, n° 95-41.857.

(8) M.T. Pignoni, Patrick Zouary, Dr. Ouv. 2003 p. 516.

(9) Sur l'obligation de loyauté lors de la rupture cf. A. Chirez, Sem. Soc. Lamy 8 dé. 1997 p. 5.

(10) J. Savatier, Dr. Soc. 1993 p. 123.

(11) Cass. Soc. 18.05.1999 n° 96-44.315, Legrand ; cf encore récemment Cass. Soc. 2 juillet 2003 n° 1-42.046 D.

Ainsi, pour que le salarié soit tenu de changer de résidence familiale –ce qui est le cas le plus fréquent lorsqu'on met en œuvre une clause de mobilité-, il faut que ce changement soit "indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise, et proportionné, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché". C'est le fameux arrêt *Spileers* du 12 janvier 1999 (12) rendu notamment au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui protège le droit au respect du domicile, lequel inclut le libre choix du domicile personnel et familial.

Les normes plus générales de finalité et de proportionnalité posées par l'article L 120-2 rendent le salarié créancier de justifications. Cette solution ne serait qu'une application particulière d'une obligation civile plus générale de motivation chaque fois qu'une partie peut exercer un droit unilatéralement. Le pouvoir de direction n'est plus discrétionnaire, surtout dans sa branche relative aux personnes. Ainsi, lorsque l'employeur ne s'explique pas, à propos de la mutation d'un conducteur d'engins d'un chantier à un autre, lorsque le chantier sur lequel le salarié était affecté n'était pas terminé, que les autres salariés poursuivaient leur tâche sans changement et que le propre engin du salarié muté était conduit par un autre salarié (13).

Les civilistes ont "découvert" récemment le principe de cohérence dans le droit du contrat. Le droit du travail est, quant à lui, depuis longtemps amené à utiliser ce concept sans le dire (on songe à l'utilisation fréquente du standard voisin de "raisonnable").

La mise en œuvre de la clause de mobilité ne doit plus seulement se faire de façon non abusive, mais, nous semble-t-il, *cohérente*. Cette exigence implique, au fond, que le maniement de la clause se fasse dans l'intérêt de l'entreprise, mais aussi sans contredire d'autres sources du droit, plus favorables au salarié, ou non modifiable sans son accord. Ainsi, une salariée a pu valablement s'opposer à un changement d'affectation lui faisant perdre le bénéfice de la convention collective de son entreprise d'origine parce que la mention de cette convention collective figurait dans une disposition expresse de son contrat (14). Il ne semble pas y avoir lieu ici de faire la distinction (comme pour le lieu de travail) entre les mentions strictement informatives et les dispositions qui engagent, puisque la mention de la convention collective qui figure seulement sur le bulletin de salaire peut être revendiquée par la salariée.

Plus récemment, la Cour de cassation, à l'occasion d'un transfert de contrat comportant une clause de mobilité, a dit la qualification de faute grave injustifiée, à propos d'une salariée qui avait d'abord accepté puis refusé sa nouvelle affectation, la Cour d'appel n'ayant pas recherché si les modifications apportées par le nouvel employeur n'affectaient pas également la durée du travail et la répartition hebdomadaire en vigueur avant le changement d'employeur (15).

On peut également rattacher à cette exigence de cohérence le principe selon lequel pour être applicable, la clause de mobilité ne doit pas être sujette à interprétation. Le juge pourra être amené, le cas échéant, à vérifier si les parties se sont accordées sur l'étendue de la clause. Il a été ainsi jugé que ne constituait pas une clause valable de mobilité la clause prévoyant que le lieu d'exécution du contrat situé dans une ville précise pourra s'accomplir en France, voire à l'étranger. Cette clause ne permet pas à l'employeur de muter le salarié sans que cette modification puisse être considérée comme touchant un élément essentiel du contrat. De même, faute par les parties d'avoir convenu dans une telle clause les limites dans lesquelles devaient s'organiser les modalités de changement de lieu de travail, le salarié n'était pas tenu (16).

C'est aussi au nom de cette exigence de cohérence que le salarié peut refuser la mobilité qui n'est pas assortie des moyens permettant d'exécuter cette obligation. Il y a un manquement à ce principe de cohérence dans un tel comportement contradictoire de l'employeur.

Ce devoir de cohérence mis en œuvre par le juge ces dernières années vaut aussi pour le choix des procédures de licenciement. Le contrat de travail doit être exécuté –on pourrait ajouter, et rompu- de bonne foi, aux termes du nouvel article L 120-4. L'utilisation dévoyée des clauses de mobilité contredit cette exigence élémentaire et s'inscrit dans la dérive émergente de l'évitement des plans sociaux par les licenciements personnels "moins visibles que les licenciements économiques (...) ils préserveraient l'image de l'entreprise et seraient "indolores" pour le corps social. Ils permettraient de procéder à des licenciements plus sélectifs" (17). La mise en œuvre de la clause de mobilité pour éviter le plan social ne repose pas sur le "motif objectif" sur lequel doit reposer la mutation (18).

Le droit du licenciement connaît bien la sanction (symbolique) du non respect des procédures. Si l'on veut enrayer la montée des faux licenciements personnels, il faut appréhender le détournement des procédures par la sanction appropriée du licenciement sans cause réelle ni sérieuse, non seulement parce que le motif personnel invoqué est faux mais aussi comme une violation de garanties de fonds (comme dans les procédures conventionnelles non respectées) ; l'employeur, en court-circuitant la procédure de licenciement économique, prive bien le salarié ou une collectivité de salariés, de garanties de ce type.

L'utilisation frauduleuse des clauses de mobilité est toutefois le fait d'un employeur soucieux de respecter les apparences par un minimum de forme procédurale. Le déménagement de l'entreprise, sans préavis ni consultation, nous entraîne dans un autre monde...

(12) D. 1999, jur. 335, Dr. Soc. 1999, 287, Dr. Ouv. 1999 p. 254 n. P. Moussy.

(13) CA Toulouse, 4^e Ch. Soc. 7.02.97, Dauzals / Gundoli.

(14) Cass. Soc. 2.12.98, Dr. Soc. 1999 p. 305.

(15) Cass. Soc. 5.11.2003, JSL n° 137, 9.01.2004

(16) Cass. Soc. 13.12.2000

(17) "Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel", Dares, Premières synthèses, article précité, Dr. Ouv. 2003 p. 511 et svtes et spec. p. 512

(18) Cass. Soc. 23.01.2002 n° 99-44.845

■ II. L'ère du fait ■

Face au coup de force de l'employeur qui disparaît, l'autre partie ne peut souvent que constater la déloyauté du procédé (A) et déplorer la faiblesse des moyens dont elle dispose pour se défendre (B).

A – La déloyauté du fait accompli

Le fait, dans sa brutalité, sans appel, constitue souvent, à la fois le plus court chemin et l'ultimum remedium pour parvenir à ce que l'on souhaite, sans s'embarrasser de formes ni des droits de ses partenaires. Le Droit du travail (comme le Droit de la famille) n'ignore pas le fait accompli. Ainsi, parmi d'autres exemples, peut on citer l'action qui coïncide avec les revendications dans le droit de la grève (19) ou encore l'enlèvement par l'employeur du tract estimé inapproprié sur le panneau syndical (20).

La presse a relaté ces dernières semaines plusieurs exemples de déménagements en catimini des outils de production par des "patrons voyous" selon l'expression employée par le Président de la République en janvier 2003, après l'arrêt de Métaleurop-Nord et 800 salariés "lachés par le groupe suisse Glencore" (21).

Le scénario est souvent le même : de retour de congés ou de RTT décidés par la direction, les salariés découvrent les portes et volets clos d'une entreprise vidée de son contenu. Cette voie de fait se double parfois d'un simulacre de procédure consistant en une brève rencontre entre représentants de l'employeur et salariés au cours de laquelle on remet au personnel de vagues lettres de licenciement, parfois difficilement compréhensibles, "à l'attention du personnel" donc, non nominatives ni motivées. Les ministres peuvent s'émouvoir, les parquets et administrations du travail unir leurs efforts pour poursuivre l'auteur du licenciement d'un salarié protégé et la disparition des registres, on s'accorde à dire que les recours des salariés sont problématiques. Si les parades apparaissent assez dérisoires, et l'intervention du législateur aussi nécessaire, c'est peut-être qu'en droit du travail comme ailleurs, il existe une ambiguïté sur le droit de disparaître. Le sujet de droit empêtré dans un tissu d'obligations qui choisit de se retirer a-t-il le droit de le faire ?

L'arrêt Brinon avait dénié au salarié tout droit subjectif à la stabilité de l'emploi ; la fuite de l'employeur ne serait-elle alors que la suite logique et exacerbée de l'affirmation de pouvoir d'une direction qui considérerait que le meilleur argument est la fuite ? L'employeur irait au bout d'une certaine rationalité puisque "l'employeur est rationnel" (22)

La fuite de l'employeur ne serait que la caricature grimaçante de la décision Sat (23) relayée et confortée par la

décision du conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 selon laquelle "le juge n'a pas à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles" (24). Le juge social n'ayant pas à se prononcer sur l'opportunité d'une décision de l'employeur, alors même que d'autres possibilités moins douloureuses existeraient, cette forme extrême de choix ne serait que l'extrapolation de cette jurisprudence par d'autres moyens. La liberté de choix de l'employeur en matière économique fonderait assez cyniquement son déménagement à la cloche de bois.

B – La faiblesse des moyens de défense

On pourra trouver d'élégants arguments en réponse au coup de force. Ce comportement méprisant n'est pas conforme au bonus managerius qu'on veut voir émerger en tant que standard comparable à celui du bon père de famille (25) Le contrat de travail doit être exécuté (et rompu) de bonne foi. Et agir de bonne foi, c'est agir conformément aux attentes légitimes de ses partenaires. Si l'on fonde l'interdiction faite à l'employeur de faire suivre ses salariés sur la bonne foi (26) que dire de l'abandon de l'entreprise !

Les avancées jurisprudentielles actuelles sur les obligations de reclassement ou encore d'information de l'employeur constituent une forme de solidarisme contractuel qui vient assurément borner le pouvoir de direction en posant, en sorte de principes, l'exigence d'une nécessaire collaboration entre employeur et salariés. Par delà l'antagonisme, cette tendance jurisprudentielle en droit du travail rejoint le droit civil des contrat qui conduit "à se soucier de l'autre, de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence de solidarité, voire de fraternité contractuelle" (Catherine Thibierge-Guelficci).

M. Supiot a fait remarquer qu'en droit allemand, la notion de subordination personnelle *-persönliche Abhängigkeit-* implique un devoir d'assistance de l'employeur *-Fürsorgepflicht-* envers ses salariés.

On est pourtant bien loin de tout cela qui constitue un arsenal bien civil face à cette contempation du contrat, par l'employeur délinquant.

Dès lors, la responsabilité délictuelle de l'employeur qui choisit délibérément et violemment de se placer en dehors du contrat peut, en attendant les réformes législatives annoncées, mieux correspondre à la nécessaire réparation d'un dommage causé par cette inexécution dolosive de quelqu'un qui nie le contrat. En droit civil, le traître au contrat qui se soustrait de manière égoïste à ses engagements parce qu'il a mieux à faire

(19) Qui n'est pas véritablement appréciée par les tribunaux, cf. notamment Cass. Soc. 20.10.1977, Bull. Civ. V n° 554 p. 442 ; cf. cependant le récent arrêt de la Cour d'appel de Paris 18^e Ch. 20.11.2003, Sem. Soc. Lamy n° 1147 p. 12.

(20) L'enlèvement par l'employeur caractérise de délit d'entrave : Cass. crim. 8.12.1976, RPDS 1977 p. 36 ; Cass. Crim. 19.02.1979, bull. Crim. p. 201.

(21) *Le Monde* du 4 mars 2004 p. 17.

(22) A. Lyon-Caen, Note sur le pouvoir de direction et son contrôle, Mélanges Despax, p. 95 et suivantes, et spéc. p. 100 n° 8.

(23) Cass. Ass. plén. 08 déc. 2000 SAT, Droit social 2001 p. 120 conclusions de Caigny, Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et F. Saramito.

(24) Cons. Constit. déc. 12 janv. 2002 Dr. Ouv. 2002 p. 59 notes F. Saramito et B. Mathieu, RPDS 2002 p.27 n. L. Millet ; cf. également l'arrêt Valéo-Vision du 17.12.2002, Dr. soc. 2003 p. 342, note G. Couturier.

(25) G. Lyon-Caen, 60^{ème} anniversaire de la Chambre sociale, documentation française, Paris 2000, p. 103.

(26) Obs. J. Savatier à propos de l'arrêt de la Chambre sociale du 26 nov. 2002.

ailleurs se soumet à un régime de responsabilité différent et renforcé (27). Depuis 1969, l'inexécution consciente par le débiteur caractérise la faute intentionnelle, sans qu'il y ait nécessairement besoin d'intention de nuire (28).

On sait qu'il existe une tendance (controvertée) en droit de la responsabilité à considérer qu'en cas de dol ou de faute lourde, la responsabilité délictuelle qui resterait sous-jacente à la responsabilité contractuelle, rejaillit.

Comme pour la faute inexcusable dans le droit des accidents du travail, la qualification dolosive de la faute permet une réparation élargie du dommage. L'idée de faute délictuelle permet mieux la réparation du dommage imprévisible et aussi du dommage des proches par ricochet. Le paiement des seules indemnités de licenciement, de préavis et des dommages et intérêts classiques pour

licenciement sans cause réelle ni sérieuse, constitue une réparation trop imparfaite pour ce genre de situation qui affecte tant matériellement que moralement des familles entières. Peut-être la notion de dommage punitif, inconnue du droit français, répondrait-elle de façon plus adéquate au double souci de réparer le dommage subi et de dissuader l'auteur du préjudice de tels comportements.

L'aggravation de la responsabilité, même si elle reste contractuelle, se justifie de toute façon par le dol de l'employeur. Dans la mise en œuvre de la responsabilité, le degré de la faute viendra utilement suppléer dans le registre des arguments, l'atteinte irréversible et délibérée à la propriété de l'emploi qui n'a jamais été reconnue en droit du travail.

Alain Chirez

(27) A. Chirez, Thèse Nice 1977 p. 607.

(28) Cass. Civ. I, 4 fév. 1969, Dalloz 1969, 601, Note Mazeaud.