

LA PROTECTION DU SALARIE JURISPRUDENCE RÉCENTE RELATIVE AU DROIT DISCIPLINAIRE DANS L'ENTREPRISE

Etude de Monsieur Gérard SOURY, Conseiller référendaire à la Cour de cassation

S'il a toujours été reconnu au chef d'entreprise le droit de sanctionner les fautes commises par ses salariés à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, longtemps ce droit n'a pas fait l'objet d'un régime juridique clairement défini. Le pouvoir du chef d'entreprise en ce domaine était alors relativement étendu puisque le contrôle juridictionnel se limitait aux vérifications de la matérialité de la faute commise et de l'absence d'abus de droit ou de détournement de pouvoir.

Il a fallu attendre la seconde moitié de l'année 1982 pour voir, avec les lois "Auroux", du nom du ministre du travail de l'époque, cette situation évoluer. Ces textes ont marqué le souci des pouvoirs publics de redéfinir les rapports sociaux au sein de l'entreprise.

L'une des innovations les plus marquantes a été l'instauration d'un véritable droit disciplinaire issu de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux "libertés des travailleurs dans l'entreprise". Cette loi a institué un régime disciplinaire applicable à l'ensemble des entreprises, quelles que soient leur taille et leur branche d'activité, et à tous les salariés, quels que soient leur contrat de travail et leur ancienneté. Dans le rapport de force inégalitaire opposant l'employeur et le salarié, qui est la caractéristique du contrat de travail, l'objet essentiel de cette réforme était de garantir, au travers du régime disciplinaire mis en place, les droits de la défense du salarié poursuivi. Ce régime, qui a entre-temps fait l'objet de quelques retouches législatives - notamment avec l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relatives aux discriminations-, se trouve, pour l'essentiel, contenu aux articles L. 122-40 à L. 122-48 du Code du travail.

Le pouvoir disciplinaire appartient au chef d'entreprise mais celui-ci peut valablement en déléguer l'exercice à un cadre. Sa mise en œuvre suscite un contentieux important et varié. L'essentiel de ce contentieux a trait au bien-fondé de la rupture disciplinaire du contrat de travail. Rupture et pas uniquement licenciement car l'anéantissement de la relation de travail à titre de sanction ne se résume pas au seul contrat à durée indéterminée. L'article L. 122-3-8 du Code du travail autorise notamment la rupture avant son terme normal du contrat à durée déterminée en cas de faute grave de l'une des parties. Lorsque cette faute grave est imputable au salarié, la rupture-sanction qui en résulte ne pourra être infligée par l'employeur qu'en respectant la procédure disciplinaire de l'article L. 122-41 du Code du travail. On observera, d'ailleurs, que cette situation pourrait être amenée à se développer puisque, depuis un arrêt Soc. 5 janvier 1999 La Gréca c/ sté Marjean, Bull. n° 1 qui exclut la démission comme mode de rupture du contrat à durée déterminée, l'employeur dont le salarié ne se présente plus sur son lieu de travail sans justifier de la légitimité de son absence, n'aura pas d'autre solution, hormis le cas d'une rupture d'un commun accord, que de se prévaloir de la faute grave, tenant à l'inexécution par le salarié de ses obligations contractuelles, pour rompre le contrat.

De même, l'article L. 117-17 du Code du travail permet la résiliation du contrat d'apprentissage en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations, avec la particularité que cette résiliation doit être prononcée par le conseil de Prud'hommes.

La présente étude a pour objet de dresser un tableau aussi complet que possible de la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur les principales difficultés juridiques qu'elle a été amenée à trancher en matière disciplinaire.

Cette juridiction exerce, en effet, un contrôle sur les décisions rendues par les juges du fond. Pour autant, ces derniers conservent en cette matière un très large pouvoir souverain d'appréciation. D'abord, parce que le contentieux disciplinaire est étroitement lié à des données de fait qu'il n'appartient pas au juge de cassation -juge du droit- d'apprécier.

Ensuite, parce que la politique de contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation a sensiblement évolué dans le sens de l'allègement, particulièrement en ce qui concerne la gravité du fait fautif. Certes, il existe toujours une part incompressible de contrôle portant sur les exigences relatives à la forme et à la motivation de la décision, la justification légale de la solution retenue, mais ce n'est que dans certains cas limites que la Chambre sociale va censurer l'appréciation des juges du fond sur la gravité du fait fautif.

C'est également aux juges du fond, en présence d'une contestation sur la nature disciplinaire ou non d'un licenciement, qu'il incombera d'apprécier, à la lumière des termes de la lettre de licenciement, dont la Cour de cassation rappelle régulièrement qu'elle fixe les termes du débat, si l'employeur a entendu ou non infliger cette mesure à titre de sanction.

Si l'employeur reste maître de l'opportunité d'engager une procédure disciplinaire contre un salarié, son pouvoir n'est plus aussi large qu'il a pu l'être par le passé : ses prérogatives s'apparentent désormais davantage à un droit :

- qui s'exerce dans le cadre d'un régime légal, éventuellement complété par des textes conventionnels **(I)** ;
- dont l'exercice est contrôlé par les juges du fond **(II)**.

I. UN RÉGIME DISCIPLINAIRE PROTECTEUR

Le chef d'entreprise -ou le délégataire de son pouvoir disciplinaire- est seul juge de l'opportunité de sanctionner. En présence d'un comportement fautif de la part d'un salarié, il n'est pas tenu d'engager des poursuites disciplinaires et, lorsque plusieurs salariés se sont rendus coupables d'un même fait fautif, il conserve la faculté de ne sanctionner que certains d'entre eux et même d'individualiser les sanctions en punissant différemment les fautifs poursuivis ; (Soc. 17 décembre 1996 Giordano c/ association au service de l'enfance Batipaume, Bull. n° 445). La différence de traitement n'est pas anormale en tant que telle ; elle correspond à la transposition du principe de la personnalité des peines, bien connu en droit pénal. Il existe, cependant, deux limites à la marge de manœuvre du chef d'entreprise :

- la différence de traitement des salariés fautifs ne doit pas traduire une discrimination illicite : tel salarié a été plus sévèrement sanctionné parce qu'il est syndicaliste, ou de nationalité étrangère... ;

- cette différence de traitement ne doit pas non plus masquer un détournement de pouvoir : l'individualisation de la sanction doit être dictée par l'intérêt de l'entreprise et non par le souci de l'employeur d'assouvir une rancœur personnelle à l'encontre de tel salarié.

Mais, surtout, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, le chef d'entreprise est tenu de respecter un régime légal, éventuellement complété par les garanties supplémentaires en faveur du salarié issues de textes conventionnels ou du règlement intérieur de l'entreprise, qui s'applique au fait poursuivi **(A)**, à la procédure à suivre **(B)** et au choix de la sanction **(C)**.

A. L'employeur ne peut pas se prévaloir de n'importe quel fait pour sanctionner un salarié

1) Le fait poursuivi ne doit pas être prescrit, en application de l'article L. 122-44 du Code du travail

*Ce texte institue en son premier alinéa une règle de prescription en disposant qu'**aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà de 2 mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.***

Ce texte n'exige pas que la sanction soit prise par le chef d'entreprise dans le délai de 2 mois mais seulement que les poursuites disciplinaires soient engagées dans ce délai. Aucun obstacle juridique ne paraît, au demeurant, s'opposer à ce que des dispositions conventionnelles viennent réduire ce délai en faveur des salariés.

Dès lors qu'un licenciement est prononcé à raison de fautes imputées au salarié, cette mesure présente un caractère disciplinaire et les juges du fond, saisis du moyen tiré de la prescription de la faute, doivent en vérifier le bien-fondé : Soc. 25 janvier 2000 Lailly c/ société Moyse Climax arrêt n° 466D.

Lorsque les faits reprochés remontent à plus de 2 mois, c'est à l'employeur qu'il appartient de rapporter la preuve qu'il n'en a eu connaissance que dans le délai de prescription : Soc. 12 octobre 1999 Romand c/ société Carrières Bresse Bourgogne (Bull. n° 374) : cet arrêt censure une cour d'appel qui avait écarté la prescription en énonçant qu'il n'était pas démontré que l'employeur avait eu connaissance du fait fautif plus de 2 mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires.

Cette règle de prescription supporte deux limites. Tout d'abord, l'article L. 122-44 ne fait pas obstacle à la prise en considération d'un fait antérieur de plus de 2 mois dans la mesure où le comportement fautif du salarié s'est poursuivi dans ce délai (pour une illustration Soc. 10 novembre 1999 Plaisant c/ société EMSTAP arrêt n° 4213D). En outre, le fait pour un salarié

de commettre une nouvelle faute autorise l'employeur à rappeler des griefs antérieurs déjà sanctionnés ; Soc. 5 janvier 1999 Mechain c/ société Fornières arrêt n° 33D et Soc. 29 mars 2000 Loac c/ société LG arrêt n° 1576D.

La seconde limite résulte, elle aussi, du texte même de l'article L. 122-44 et concerne l'hypothèse où la faute du salarié est pénalement qualifiable et a donné lieu, à ce titre, à l'engagement de poursuites devant les juridictions répressives. La règle suivant laquelle *le criminel tient le civil en l'état* trouve ici application, si bien que le chef d'entreprise, après que la juridiction pénale ait admis la responsabilité pénale du salarié fautif, pourra se prévaloir de cette faute même si elle est antérieure de plus de 2 mois.

2) Le fait fautif ne doit pas avoir été déjà sanctionné

C'est l'application de la règle *non bis in idem*. On observera que cette règle ne figure pas dans le Code du travail. Il semblerait qu'il s'agisse tout simplement de la transposition au droit disciplinaire du travail d'un principe issu du droit pénal qui interdit de sanctionner un individu à deux reprises pour un même fait. Cette référence ne doit pas surprendre compte tenu de la parenté existant entre le droit pénal et le droit disciplinaire qui ont tous deux pour objet la sanction de comportements considérés comme répréhensibles.

La Chambre sociale a fait application de ce principe dans un arrêt n° 2213 F-D Soc. 16 mai 2000 Membrut c/ Fradet : dans cette affaire, le comportement fautif de la salariée (attitude désagréable avec la clientèle) avait déjà été sanctionné par un avertissement et ne pouvait donc être sanctionné à nouveau. En outre, la persistance de ce comportement après l'avertissement n'était pas caractérisée.

En revanche, si le comportement fautif du salarié persiste ou s'il commet une nouvelle faute de même nature que celle précédemment sanctionnée, l'employeur pourra se prévaloir de la ou des précédentes sanctions -dans la limite des 3 années visées au dernier alinéa de l'article L. 122-44- pour sanctionner encore plus fermement la nouvelle faute ; Soc. 5 janvier 1999 Mechain c/ société Fornières arrêt n° 33D précité.

3) Lorsqu'une convention collective ou le règlement intérieur vient préciser les fautes susceptibles d'entraîner un licenciement disciplinaire, l'employeur ne pourra sanctionner que dans les limites prévues par ce texte.

Il arrive qu'une convention collective ou un règlement intérieur vienne "encadrer" le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise en disposant que seuls certains types d'agissements limitativement définis sont constitutifs d'une faute grave justifiant le licenciement sans indemnités ni préavis ; ou bien, autre exemple, que la faute grave suppose une répétition de certaines catégories de fautes...

De telles dispositions, qui viennent limiter, en faveur du salarié, la marge de manoeuvre du chef d'entreprise en matière disciplinaire, sont parfaitement licites.

Lorsqu'une disposition conventionnelle limite les possibilités de licenciement à certaines causes strictement déterminées, le licenciement prononcé pour un motif autre que ceux conventionnellement prévus n'est pas nul mais seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

C'est ce qui résulte d'un arrêt Soc. 14 octobre 1997 (Bull. n° 310). Cette solution est conforme à la lettre de l'article L. 122-43 du Code du travail qui, s'il autorise, en son deuxième alinéa, les juges du fond à annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise, leur refuse, en son troisième alinéa, cette possibilité d'annulation lorsque la sanction prononcée est un licenciement. La sanction est ici purement pécuniaire et consiste en l'octroi de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Toutefois, l'arrêt précité réserve le cas où la nullité serait expressément prévue par le texte conventionnel pour admettre que, dans cette hypothèse, il puisse être dérogé au troisième alinéa de l'article L. 122-43.

B. L'employeur doit respecter la procédure disciplinaire

La procédure disciplinaire est prévue à l'article L. 122-41 du Code du travail. Elle peut être éventuellement complétée par des dispositions conventionnelles instituant des règles procédurales renforçant les garanties des salariés.

1) Respect de la procédure disciplinaire légale

L'innovation majeure de la loi du 4 août 1982 a été de mettre en place un véritable droit disciplinaire dans l'entreprise en soumettant l'exercice de ce droit au respect d'une procédure essentiellement destinée à promouvoir, au profit des salariés, des droits de la défense.

a) L'entretien préalable

L'employeur qui envisage de sanctionner un salarié doit respecter la procédure de l'article L. 122-41 du Code du travail.

Cette procédure débute par la convocation du salarié à un entretien préalable dont l'employeur n'est dispensé que lorsque la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié.

On peut seulement déplorer que l'employeur ne soit pas tenu de préciser, dans la convocation, le motif de la sanction envisagée, ce qui aurait parfois pu être utile au salarié pour préparer sa défense ; Soc. 17 décembre 1992 (Bull. n° 603).

Le lieu de l'entretien préalable est en principe celui où s'exécute le travail ou celui du siège social de l'entreprise : Soc. 9 mai 2000 Bourgin c/ sté Socogest (Bull. n° 171). Cet arrêt réserve toutefois la possibilité de justifier d'un motif permettant de fixer le lieu de l'entretien dans un endroit différent.

La convocation à l'entretien préalable à un licenciement doit indiquer l'objet de l'entretien, c'est à dire l'éventualité du licenciement ; Soc. 18 janvier 2000 Pallud c/ société Beaumont arrêt n° 292D qui censure un conseil de Prud'hommes qui avait décidé qu'en convoquant une salariée à un entretien préalable en vue d'une sanction, un employeur avait satisfait aux exigences de l'article L. 122-14 du Code du travail. La Cour de cassation affirme que la convocation doit faire référence, de façon non équivoque, à un éventuel licenciement.

L'irrégularité de la convocation cause nécessairement au salarié un préjudice dont il est fondé à obtenir réparation, même s'il a, en définitive, participé à l'entretien préalable : Soc. 24 juin 1998 Nollen c/ association Radio Mélodie arrêt n° 3265D et cette réparation ne peut consister en l'allocation du franc symbolique Soc. 11 mars 1998 Bresciani c/ société Panisud (Bull. n° 136).

La procédure de l'article L. 122-41 du Code du travail a vocation à s'appliquer y compris pour la rupture d'un contrat à durée déterminée pour faute grave :

- Soc. 4 janvier 2000 Cambra c/ sté de transport 45ème parallèle arrêt n° 23D qui casse une cour d'appel qui -raisonnant à tort sur le fondement de L. 122-14 avait débouté un salarié de sa demande de dommages et intérêts pour inobservation de la procédure au motif que le salarié n'avait pas l'ancienneté nécessaire pour y prétendre, tout en rappelant que ce non-respect cause nécessairement un préjudice.

- cf. également Soc. 8 mars 2000 Balzing c/ sté Mondial Productions arrêt n° 1148 D dans lequel la Cour de cassation énonce : "*La rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée prononcée pour faute grave constitue une sanction qui ne pouvait être prononcée qu'après accomplissement des formalités prévues à l'article L. 122-41 du Code du travail*".

b) Les délais de notification de la sanction

Le second alinéa de l'article L. 122-41 du Code du travail dispose que la sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien préalable.

- Sur le délai maximum d'un mois pour sanctionner, un arrêt récent apporte une précision intéressante dans une affaire où l'employeur avait convoqué le salarié à des entretiens préalables successifs afin de lui permettre de produire des pièces. Cet arrêt précise que le délai d'un mois commence à courir à compter de la date du premier entretien préalable et rappelle, conformément à une jurisprudence constante, que le licenciement disciplinaire prononcé sans respect de ce délai est dépourvu de cause réelle et sérieuse ; Soc. 16 janvier 2001 Guerin c/ société Sumaca arrêt n° 118 FS-P en cours de publication au bulletin ; (cf également sur la sanction du délai : Soc. 1^{er} décembre 1999 Le Grand c/ sté Leroy Merlin arrêt n° 4658 D ; Soc. 15 octobre 1997, Bull. n° 319 ; Soc. 7 juillet 1998 Munoz c/ Les Rapides de la Cote d'Or Bull. n° 368). Dans un arrêt Soc. 21 mars 2000 société Seop c/ Loyal n° 1514 D, la formule retenue par la Cour de cassation est encore plus lapidaire puisqu'elle énonce qu'un tel licenciement est dépourvu de cause. La Chambre sociale considère, en effet, qu'il ne peut être tenu compte des motifs énoncés dans une lettre de licenciement notifiée hors délai. Il s'ensuit que l'on se trouve en présence d'un licenciement dépourvu de toute justification.

La Chambre sociale a précisé dans un arrêt Soc. 31 octobre 2000 Zaitra c/ CMSA publié au Bull. n° 353 que la saisine d'une instance disciplinaire a pour effet d'interrompre ce délai et de le suspendre pendant toute la durée de cette saisine. La rédaction de cet arrêt qui fait référence, dans le même membre de phrase de la motivation, à la fois aux termes *suspension* et *interruption* ne recèle aucune contradiction. Il s'agit, au contraire, d'une rédaction tout à fait réfléchie pour signifier que le délai d'un mois interrompu par la saisine de l'instance disciplinaire doit être décompté à l'issue de cette instance.

En outre, reprenant une solution classique, un arrêt Soc. 13 février 2001 SNCF c/ Aboutaleb, en cours de publication au Bulletin, énonce "*que si, selon l'article L. 122-41 du Code du travail, la sanction disciplinaire ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien préalable, ce dernier délai peut être dépassé lorsque l'employeur est conduit, en vertu de règles statutaires ou conventionnelles, à recueillir l'avis d'un organisme disciplinaire, dès lors qu'avant l'expiration de ce délai, le salarié a été informé de la décision de l'employeur de saisir cet organisme*".

- Sur la sanction du délai de réflexion d'un jour franc qui doit séparer l'entretien préalable de la notification de la sanction, un arrêt n° 179D Soc. 23 janvier 1990 société STAM c/ Rauline rendu dans une affaire où le licenciement disciplinaire avait été prononcé le jour même de l'entretien préalable, approuve une cour d'appel qui avait alloué des dommages et intérêts pour inobservation de la procédure disciplinaire. Un arrêt n° 2904 F-D Soc. 14 juin 2000 Delihassani c/ OGEC s'oriente vers le maintien de cette solution dans une affaire où un salarié soutenait devant un conseil de Prud'hommes que la rupture de son contrat à durée déterminée pour faute grave lui avait été notifiée le jour même de l'entretien préalable. Il sollicitait des dommages et intérêts à ce titre. La Chambre sociale a cassé le chef de décision rejetant sa demande en reprochant au conseil de Prud'hommes de n'avoir pas répondu au moyen des conclusions du salarié relatif à l'irrégularité alléguée. Bien que rendu au visa de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, cette décision est tout de même digne d'intérêt puisqu'elle permet de constater que dans ce litige où le salarié, contestant la faute grave, réclamait également des dommages et intérêts pour rupture anticipée de son contrat à durée déterminée, la Chambre sociale n'entend pas sanctionner l'inobservation du délai d'un jour franc par la remise en cause du bien-fondé de la rupture. Si elle avait entendu le faire, elle n'aurait pas manqué de casser, par voie de conséquence, le chef du jugement admettant le bien-fondé de la rupture.

c) L'exigence de motivation

Le second alinéa de l'article L. 122-41 du Code du travail dispose que la sanction doit être motivée. Lorsque cette sanction fait l'objet d'une contestation, les motifs énoncés dans la lettre de notification fixent les limites du débat, conformément à une jurisprudence abondante et constante sur cette question.

2) Respect de la procédure disciplinaire conventionnelle

Des dispositions conventionnelles -qui peuvent parfois être reprises dans les règlements intérieurs d'entreprises- peuvent instituer des garanties favorables aux salariés s'ajoutant aux garanties légales. L'application de la procédure disciplinaire conventionnelle ne dispense pas l'employeur de respecter la procédure légale : il y a cumul des garanties issues des procédures.

C'est ainsi que certaines dispositions conventionnelles prévoient la comparution du salarié poursuivi disciplinairement devant un conseil de discipline. Cette procédure particulière ne dispense pas de l'entretien préalable.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a récemment eu à se prononcer, en formation plénière, sur la sanction de l'inobservation par une compagnie aérienne de la procédure prévue

par son règlement intérieur qui lui imposait de faire comparaître le salarié poursuivi disciplinairement, en l'occurrence un pilote de ligne, devant un conseil de discipline chargé de donner un avis sur la sanction envisagée, avec cette particularité que l'employeur ne pouvait retenir une sanction plus grave que celle proposée par ce conseil.

Le salarié, qui avait été licencié pour faute grave, soutenait devant les juges du fond que l'inobservation de la procédure de comparution devant le conseil de discipline rendait son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et il sollicitait des dommages et intérêts à ce titre.

La cour d'appel ayant fait droit à cette demande, l'employeur a formé un pourvoi en cassation dans lequel il faisait valoir que l'inobservation -non contestée- de la procédure conventionnelle était seulement passible de dommages et intérêts pour irrégularité de la procédure.

La jurisprudence de la Cour de cassation était partagée sur la question de la sanction de ce type d'irrégularité.

Dans une affaire assez similaire ayant donné lieu à un arrêt n° 3270D Soc. 30 septembre 1997 CPAM des Hauts de Seine c/ Dupont la Chambre sociale avait jugé que l'inobservation de la procédure disciplinaire, prévue en l'occurrence par une convention collective (défaut d'avis d'un conseil de discipline) ne rendait pas de ce seul fait le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse mais justifiait seulement l'octroi de dommages et intérêts pour inobservation de la procédure de licenciement.

En revanche, dans un arrêt plus récent Soc. 23 mars 1999 Jeareguy c/ association d'aide à domicile de Puymirol Bull. n° 134, la Chambre sociale décidait, dans un cas semblable, que l'inobservation de la procédure disciplinaire prévue par une convention collective rendait le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse...

Cette incertitude jurisprudentielle a conduit à la saisine de la formation plénière de la Chambre sociale qui a tranché la question dans son arrêt : Soc. 28 mars 2000 sté Air Toulouse International c/ Texier publié au Bull. n° 136. Cet arrêt énonce : *"la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou du règlement intérieur d'une entreprise de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond"*. L'inobservation de cette procédure rend le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Cette solution était déjà contenue dans l'arrêt Soc. 23 mars 1999 Jeareguy c/ association d'aide à domicile de Puymirol Bull. n° 134 (précité) et elle avait alors suscité certaines réserves. Notamment, le professeur Savatier, dans son commentaire de cette décision publié dans la revue "droit social" n° 6 de juin 1999, reprochait à cette solution de priver les juges du fond de leur pouvoir d'appréciation sur la justification du licenciement. En effet, dès lors que l'irrégularité de la procédure est avérée et qu'elle touche une garantie de fond, le licenciement devient automatiquement dépourvu de cause réelle et sérieuse et le salarié a droit aux indemnités de rupture quelle que soit la gravité réelle des faits qui lui étaient reprochés. Cette critique a été reprise dans son commentaire de l'arrêt du 28 mars 2000 publié dans la revue "droit social" de juin 2000 (p. 653 à 655).

Cette objection n'a pas été retenue par la Chambre sociale qui a résolument pris le parti de dégager en matière disciplinaire des solutions spécifiques, consacrant par la même occasion l'autonomie du disciplinaire par rapport au droit commun du licenciement. Cette démarche participe du constat que les sanctions des irrégularités prévues par le droit commun du licenciement ne permettent pas de garantir de manière efficace les droits fondamentaux des salariés -et en particulier les droits de la défense- que le législateur de 1982 leur a reconnu en matière disciplinaire. C'est pourquoi la Cour de cassation a considéré que dans un domaine aussi sensible que le droit disciplinaire, droit par nature "sanctionnateur" et donc attentatoire aux libertés individuelles, l'inobservation des garanties reconnues aux salariés, lors de la mise en oeuvre de ce droit par l'employeur, devait recevoir une sanction particulièrement rigoureuse affectant le fond du licenciement et non se limiter à de simples dommages et intérêts pour inobservation de la procédure.

Cette solution a depuis largement trouvé consécration ; cf notamment Soc. 28 juin 2000 Banque populaire du Sud Ouest c/ Laroquette arrêt n° 3102 F-D et Soc. 11 juillet 2000 Demarcke c/ société Allianz Via Assurances Bull. n° 272 qui sanctionne une cour d'appel qui s'était fondée sur le fait que l'employeur n'était pas lié par l'avis du conseil de discipline pour valider le licenciement.

La même solution a été retenue dans une affaire où l'avis du conseil de discipline n'avait pas été rendu de manière régulière (l'avis avait été rendu à la majorité simple alors que le texte conventionnel imposait la majorité absolue) : Soc. 16 janvier 2001 Couanon c/ CPAM de la Gironde arrêt n° 109 FS-P en cours de publication au bulletin.

C. L'employeur n'est pas totalement libre du choix de la sanction

Selon l'article L. 122-40 du Code du travail, constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

La formulation relativement large de ce texte -qui ne fixe aucune échelle des sanctions- offre au chef d'entreprise une large marge de manoeuvre pour adapter la sanction à la gravité de la faute commise, voire l'individualiser à la personne du salarié fautif. Cette marge de manoeuvre n'est cependant pas totale. Certaines sanctions sont, en effet, prohibées soit par la loi, soit par des textes conventionnels plus favorables au salarié que la loi elle-même.

Par ailleurs, s'il est possible à un chef d'entreprise de modifier le contrat de travail d'un salarié à titre disciplinaire, cette sanction obéit à un régime particulier.

1) Les sanctions prohibées

a) Interdiction des sanctions discriminatoires

L'article L. 122-45 du Code du travail fait notamment interdiction au chef d'entreprise de sanctionner un salarié en raison de ses origines, de son sexe, de ses moeurs, de sa situation de

famille, de sa race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de l'exercice normal du droit de grève ou de son état de santé.

Ce texte, tout du moins en ce qui concerne la discrimination syndicale, fait un peu double emploi avec l'article L. 412-2 du Code du travail, mais la sanction qu'il comporte est beaucoup plus radicale puisqu'elle consiste en l'annulation de la mesure discriminatoire - même si cette mesure consiste en un licenciement- alors que l'article L. 412-2 ne prévoit que l'octroi de dommages et intérêts.

Il est bien évident que dans la plupart des cas le motif discriminatoire ne sera pas clairement exprimé et sera même dissimulé derrière un motif présentant les apparences de la licéité. Il appartiendra alors aux juges du fond, saisi d'une contestation sur la régularité de la sanction, de vérifier si le motif apparent correspond bien au motif véritable.

b) Interdiction des sanctions pécuniaires

Cette interdiction résulte de l'article L. 122-42 du Code du travail qui dispose que "les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite".

Une sanction pécuniaire se définit comme la privation d'une partie de la rémunération à raison d'un fait considéré comme fautif par l'employeur. Ainsi, une retenue sur salaire suite à un acte d'insubordination (refus de participer à une réunion) présentera le caractère d'une sanction pécuniaire prohibée (Soc. 19 novembre 1997, Bull. n° 381). Il en va également de même de la suppression d'une prime à raison d'un comportement fautif reproché au salarié, et non de son rendement ; Soc. 11 octobre 2000 elf Aquitaine c/ Serralta arrêt n° 4136 F-D. Cependant, toute réduction de rémunération ne constituera pas obligatoirement une sanction pécuniaire. C'est notamment le cas lorsque le versement d'une prime est conditionné par la réalisation d'un certain rendement de production. Si le salarié ne parvient pas à atteindre le rendement demandé, la prime ne lui sera pas versée sans que cela constitue une sanction disciplinaire.

Enfin, l'article L. 122-42 ne s'oppose pas aux sanctions telles que la mise à pied ou la rétrogradation, même si elles ont des conséquences sur la rémunération. La privation ou la diminution du salaire est ici une simple conséquence attachée à la sanction.

2) La modification-sanction du contrat de travail

Il convient ici, au préalable, de rappeler la distinction entre le simple changement des conditions de travail et la modification du contrat de travail. Si le changement de ses conditions de travail, décidé par le chef d'entreprise dans le cadre de son pouvoir de direction, s'impose au salarié qui commet, en principe, une faute en refusant de s'y soumettre, en revanche, la modification de son contrat suppose son accord exprès.

Un employeur peut sanctionner un salarié par un changement de ses conditions de travail qui s'imposera à lui. Mais il peut aussi, à titre disciplinaire, modifier son contrat de travail en prenant à son encontre une mesure de rétrogradation, de mutation, ou de déclassement...

L'articulation des règles régissant la modification du contrat de travail avec le droit disciplinaire a été précisée dans un arrêt Soc. 16 juin 1998 société Hôtel le Berry Bull. n° 320 qui énonce : *"Une modification du contrat de travail prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié ne peut lui être imposée. Cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une sanction autre aux lieu et place de la sanction refusée"*.

Cette construction jurisprudentielle a été parachevée avec l'arrêt Soc. 15 juin 2000 Bensoussan c/ société Spada (Bull. n° 233), qui précise que le salarié doit consentir expressément à la modification-sanction de son contrat de travail. Son acceptation, conformément à la jurisprudence constante de la Chambre sociale en ce domaine, ne peut résulter de son absence de protestation à la modification ou de la seule poursuite de l'exécution du contrat modifié.

A défaut d'acceptation exprès de la part du salarié de la modification-sanction, l'employeur pourra réprimer le comportement fautif par une sanction autre. Cette sanction de remplacement pourra aller jusqu'au licenciement. Toutefois, ainsi que le précise l'arrêt Soc. 12 juillet 2000 Bengeloune c/ association Les Amis des Ouvrières Isolées arrêt n° 3362 F-D le licenciement qui fait suite au refus du salarié d'accepter la modification de son contrat à titre de sanction n'a de cause que si la sanction initiale était justifiée. Et, en tout état de cause, si le licenciement est uniquement motivé par le refus du salarié d'accepter cette modification, ce licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse puisque ce seul refus est dépourvu de caractère fautif : Soc. 29 novembre 2000 société SEP c/ Grisard arrêt n° 4760 F-D.

3) Les régimes disciplinaires conventionnels

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, un texte conventionnel peut valablement apporter des restrictions au pouvoir disciplinaire de l'employeur en définissant très précisément les agissements qui peuvent être qualifiés de fautifs. Certains de ces textes vont encore plus loin en précisant de manière stricte la nature de la sanction encourue pour une faute considérée. De telles dispositions s'analysent en une véritable légalité des fautes et des sanctions qui lie le chef d'entreprise en limitant sa marge de manoeuvre dans le choix de la sanction.

Pour autant, elles ne privent pas nécessairement le juge de tout pouvoir d'appréciation. Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt Soc. 2 mai 2000 Quennehen c/ société Ipedex Bull. n° 159, le règlement intérieur d'une entreprise prévoyait que le refus, de la part d'un salarié, d'accepter un changement d'affectation était considéré comme *pouvant entraîner* le licenciement sans indemnité ni préavis. Un contremaître mécanicien de l'entreprise, qui avait été licencié pour faute grave pour avoir refusé de rejoindre le lieu d'affectation de sa nouvelle mission après un congé, avait été débouté de sa demande d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par une cour d'appel qui avait considéré que ce licenciement était conforme aux dispositions du règlement intérieur. La Cour de cassation a censuré cette décision en énonçant que les dispositions du règlement intérieur relatives à la sanction disciplinaire ne liaient pas le juge auquel il appartenait d'exercer son pouvoir d'appréciation en recherchant si le refus d'affectation du salarié, compte tenu de son ancienneté et des circonstances dans lesquelles l'affectation avait été prononcée, caractérisait une faute rendant impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Cette solution s'imposait en présence d'une disposition d'un règlement intérieur qui n'envisageait le licenciement pour faute grave que comme une simple possibilité de sanction d'un refus

d'acceptation. Elle s'imposait d'autant plus que la disposition en cause prévoyait -ainsi que le relève la Cour de cassation- qu'en présence d'un refus d'affectation, l'employeur devait rechercher, dans la mesure du possible, une autre affectation pour le salarié et que la cour d'appel n'avait pas vérifié s'il avait satisfait à cette obligation.

Enfin, et même si cette mesure ne constitue pas à proprement parler une sanction disciplinaire, il convient de dire un mot sur la mise à pied conservatoire ne serait-ce que pour citer deux arrêts d'autant plus importants qu'ils ont été rendus à propos de salariés protégés.

Un premier arrêt Soc. 18 juillet 2000 Aissine c/ société Klinos Bull. n° 290 précise que lorsque l'autorisation de licencier le salarié protégé a été refusée, l'employeur se trouve, de plein droit, débiteur des salaires correspondant à la période de mise à pied.

Le second arrêt, rendu le même jour, Soc. 18 juillet 2000 Hinot c/ AGS Bull. n° 301 énonce que *constitue une violation du statut protecteur entraînant nécessairement un préjudice pour l'intéressé le fait par l'employeur de ne pas rétablir dans ses fonctions le salarié mis à pied à titre conservatoire dont l'autorisation de licenciement a été refusée.*

II. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

L'exercice de son pouvoir disciplinaire par le chef d'entreprise donne lieu à un important contentieux. Une grande majorité des litiges soumis à la juridiction prud'homale concerne la rupture disciplinaire du contrat de travail.

Les juges du fond, saisis par un salarié d'une contestation de la sanction qui lui a été infligée, vont devoir procéder à des vérifications qui peuvent concerner autant la matérialité de certaines données de fait que leur qualification juridique. Ce contrôle s'opérera par rapport au motif allégué dans la lettre de licenciement ou la lettre de notification de la sanction dont le contenu fixe les limites du débat ; cf. pour une illustration récente de cette jurisprudence constante Soc. 11 octobre 2000 Sanchez c/ Crédit Mutuel arrêt n° 3714 F-D rendu à l'occasion d'un licenciement pour faute lourde. C'est en particulier, par rapport au contenu de cette lettre que les juges du fond vont déterminer si le licenciement du salarié présente ou non un caractère disciplinaire.

Chaque fois que la sanction ne sera pas motivée ou que le motif allégué au soutien de la sanction ne sera pas établi, ou sera dépourvu de caractère fautif, ou ne sera pas le motif véritable, cette mesure sera sans justification et sera en conséquence soit annulée soit, dans le cas d'un licenciement, déclarée dépourvue de cause réelle et sérieuse. En aucun cas il ne sera possible pour les juges de justifier cette sanction en la fondant sur d'autres griefs que ceux énoncés par l'employeur.

Si les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour tout ce qui touche la matérialité des faits et leur preuve, la Cour de cassation contrôle leur décision dans ses éléments relatifs à la légalité de la sanction (le respect de la procédure disciplinaire, l'application d'une loi d'amnistie par exemple) ainsi que leur appréciation de la gravité de la faute.

Le contrôle que les juges du fond vont être, le cas échéant, amenés à opérer porte sur le fait fautif (A), la gravité de la faute (B) et la sanction de celle-ci (C).

A. Le contrôle juridictionnel sur le fait fautif

1) La réalité du fait fautif

En présence d'une faute dont la matérialité est contestée par le salarié, les juges du fond seront amenés à vérifier la matérialité du fait fautif. Il s'agit là d'un problème de preuve relevant exclusivement du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur lequel la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle, sous réserve du respect du régime de la charge de la preuve.

Lorsque la faute invoquée se double d'une infraction pénale, la décision de la juridiction pénale s'impose au juge civil : Soc. 8 février 2000 transports Barraud c/ Ragot arrêt n° 772 D : dans cette affaire, la lettre de licenciement était motivée par un vol ; le tribunal correctionnel a relaxé le salarié de ce délit ; il s'ensuit que ce motif n'est pas réel et que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

En revanche, le classement sans suite de l'infraction, qui est une mesure d'administration de la justice sans incidence sur la culpabilité, ne préjuge ni de la réalité de la faute, ni de son imputabilité.

2) Le fait invoqué doit constituer une faute

L'employeur qui sanctionne un salarié doit pouvoir se prévaloir d'une faute. Si le fait allégué est dépourvu de caractère fautif, il ne permet pas de justifier une sanction. Cette considération, évidente en apparence, est à l'origine d'une évolution majeure de la jurisprudence de la Cour de cassation consacrée dans un arrêt Soc. 9 mai 2000 Daluz c/ société Rosi Bull. n° 170. Il s'agissait d'un salarié qui avait été licencié pour faute grave, donc pour un motif disciplinaire, en raison de son insuffisance professionnelle et qui, contestant cette mesure, avait saisi la juridiction prud'homale pour obtenir paiement d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel amenée à statuer sur ce litige avait écarté la faute grave alléguée par l'employeur mais avait néanmoins rejeté la demande du salarié en énonçant que le reproche d'insuffisance professionnelle était établi et justifiait le licenciement.

La Cour de cassation a cassé cette décision pour violation des articles L. 122-40 et L. 122-14-3 du Code du travail en énonçant que l'insuffisance professionnelle est dépourvue de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier un licenciement disciplinaire.

Cette solution marque incontestablement une étape complémentaire dans la protection des salariés sanctionnés. Outre le fait que cet arrêt rappelle la jurisprudence constante de la Chambre sociale suivant laquelle l'insuffisance professionnelle n'est pas fautive -à la différence de la négligence professionnelle-, son intérêt majeur est de condamner une pratique assez largement suivie par les juridictions du fond consistant à disqualifier la faute invoquée dans la lettre de licenciement en fait non fautif justifiant cette mesure. En d'autres termes, la

Cour de cassation refuse aux juges du fond la possibilité de "sauver" le licenciement disciplinaire en énonçant que les faits allégués ne sont pas fautifs mais constituent néanmoins une cause réelle et sérieuse de rupture. Dès lors qu'il résulte des termes de la lettre de licenciement -qui fixe les limites du litige- ou du suivi d'une procédure spécifique à la prise d'une sanction, que l'employeur s'est placé sur le terrain disciplinaire, le juge sera tenu par les règles spécifiques à cette matière qui scelleront le débat. Un fait non fautif ne pourra donc pas justifier un licenciement disciplinaire et la conséquence qui en résulte sera radicale, à savoir l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, en sorte que le salarié sera fondé à obtenir des dommages et intérêts qui viendront s'ajouter à ses indemnités légales ou conventionnelles de rupture.

A bien y regarder, cette solution n'est pas aussi novatrice qu'on pourrait le penser de prime abord. Elle existait déjà en germe dans l'arrêt Soc. 26 octobre 1999 Fortès c/ société Legrand Bull. n° 115 ; le salarié avait été licencié pour absences injustifiées ayant perturbé l'organisation du travail. Sa demande en paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avait été rejetée par une cour d'appel au motif que ses absences n'étaient pas fautives mais qu'elles avaient tout de même perturbé le bon fonctionnement de l'entreprise. Cette décision a été censurée par la Chambre sociale qui, après avoir constaté que l'employeur avait prononcé un licenciement disciplinaire compte tenu des termes de la lettre de rupture, reproche à la cour d'appel de s'être fondée sur un fait non fautif (la perturbation apportée à la bonne marche de l'entreprise) et de ne pas s'être prononcée sur le caractère fautif ou non du comportement du salarié. Il est vrai que ce dernier reproche affaiblit la portée de cet arrêt qui pose cependant les bases de l'évolution jurisprudentielle issue de la décision du 9 mai 2000.

Cette évolution se trouve désormais bien établie avec notamment un arrêt Soc. 4 juillet 2000 Maury c/ société Sovab Bull. n° 263 et plus récemment Soc. 23 janvier 2001 Decaud c/ société AGB en cours de publication au bulletin qui énonce qu'un licenciement motivé par une faute grave, consistant dans le fait d'avoir refusé d'exécuter un ordre, présente un caractère disciplinaire et ne peut être justifié que par une faute du salarié.

Cette orientation nouvelle suscite actuellement certaines interrogations : pourquoi sanctionner aussi durement, par l'absence de cause réelle et sérieuse qui ouvre droit à des dommages et intérêts spécifiques, la mauvaise stratégie d'un employeur ou son erreur quant à la qualification de faute de certains agissements ? Cela d'autant que le choix de la voie disciplinaire s'accompagne de la mise en oeuvre de la procédure spécifique davantage protectrice des droits des salariés que celle du licenciement de droit commun, en sorte que les intérêts de ces derniers ne sont pas négligés.

On objectera tout d'abord que la rigidité dénoncée n'est que relative puisque la jurisprudence précitée ne remet pas en cause la possibilité de justifier un licenciement prononcé pour faute grave en disqualifiant le fait poursuivi en faute simple. La conséquence en sera que le salarié pourra prétendre aux indemnités de licenciement et de préavis dont il aurait été privé en cas de faute grave.

Surtout, partant du double constat que l'engagement de poursuites disciplinaires constitue à n'en pas douter un acte grave et que souvent le choix des employeurs de se placer sur le terrain du disciplinaire n'était pas le plus approprié à la situation en cause, la Cour de cassation a, une nouvelle fois, pris le parti de retenir une solution spécifique à cette matière,

certaines rigoureuse quant à ses implications, mais nécessaire à la protection des droits des personnes poursuivies, et incitant à davantage de discernement en ce domaine.

Corrélativement, la Chambre sociale veille scrupuleusement à ce que la notion de faute disciplinaire fasse l'objet d'une approche restrictive : quelques exemples d'agissements déclarés non fautifs :

- l'insuffisance professionnelle ; mais la négligence professionnelle est fautive ;

- le refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail n'est pas constitutif d'une faute (Soc. 18 avril 2000 société Hardy c/ Consteadt arrêt n° 1685 D), à la différence du refus d'un changement des conditions de travail qui marque un acte d'insubordination au pouvoir de direction du chef d'entreprise (Soc. 12 janvier 2000 Neau c/ société Titanite arrêt n° 186 D) ;

- l'exercice d'un droit ne peut être sanctionné, sous réserve toutefois de l'intention malveillante ou de la légèreté blâmable ; Soc. 14 mars 2000 Pitron c/ Cunéaz (Bull. n° 104) : "Le fait pour un salarié de porter à la connaissance de l'inspecteur du travail des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptible de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute" ;

- les critiques formulées par un cadre de haut niveau sur l'organisation de l'entreprise, dès lors qu'elles ne comportent pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs : Soc. 14 décembre 1999 Pierre c/ société Sanijura (Bull. n° 488) ; outre le fait que cet arrêt consacre une appréciation "in concreto" de la faute, il énonce dans un attendu de principe que "*... sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, qu'il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché*".

3) Le fait fautif visé dans la lettre de notification de la sanction doit être le motif véritable

C'est loin d'être toujours le cas :

Soc. 10 novembre 1999 société EMG c/ Montier arrêt n° 4212 D : le salarié avait été licencié pour avoir détourné des documents mais la cour d'appel constate que le véritable motif du licenciement était l'engagement d'une procédure prud'homale contre son employeur.

Soc. 8 février 2000 Denis-Loyau c/ société Venture arrêt n° 773 D : la salariée avait été licenciée pour déloyauté (pour s'être plaint de harcèlement auprès de l'inspection du travail) mais elle soutenait que la véritable cause de son licenciement était la création d'une section syndicale. Il appartenait à la cour d'appel, saisie du litige, de rechercher la cause exacte du licenciement ;

Soc. 9 décembre 1997 Vallon c/ Gallet arrêt n° 4706 D : dans cette affaire, le licenciement pour motif personnel du salarié avait été dissimulé en licenciement économique.

4) Le fait fautif doit être imputable au salarié

Soc. 21 mars 2000 Benamsili c/ sté PCM4 Bull. n° 113. Cet arrêt censure une cour d'appel qui avait admis la rupture d'un contrat à durée déterminée pour faute grave en retenant des insultes et menaces proférées par la soeur de la salariée, en la présence passive de cette dernière ; *un comportement fautif ne peut résulter que d'un fait imputable au salarié...*

5) Le fait fautif doit avoir été commis à l'occasion de l'exécution du contrat de travail

Cela peut paraître évident mais il existe certaines situations périphériques qui peuvent poser difficulté.

Qu'en est-il en particulier dans le cas où le contrat de travail se trouverait suspendu en raison de l'état de santé du salarié ?

On sait que l'arrêt médical de travail ne fait pas disparaître le contrat de travail ; il ne fait qu'en suspendre l'exécution : le salarié n'est plus tenu d'exécuter sa prestation de travail et pendant la durée de son arrêt, l'employeur n'a pas à lui verser son salaire. Aucun texte ne s'oppose à ce qu'un salarié soit sanctionné pour des fautes commises pendant la suspension de son contrat de travail mais il sera, dans la pratique, souvent difficile pour un employeur de caractériser un manquement de son salarié aux obligations nées du contrat de travail puisque celles-ci sont, par hypothèse, suspendues. Un exemple célèbre nous en est donné avec l'arrêt Soc. 16 juin 1998 Genovese c/ sté Ley's Bull. n° 323. Le salarié, qui était en arrêt maladie à la suite d'un accident de trajet, a profité de cet arrêt de travail pour effectuer un voyage d'agrément. L'employeur, à qui le salarié avait lui-même révélé la situation en lui adressant une carte postale, l'avait licencié pour faute. La décision de la cour d'appel, qui avait admis la faute du salarié en énonçant que son comportement constituait une violation de ses obligations tant vis à vis de la sécurité sociale que de l'employeur, a été censurée par la Cour de cassation au motif que le contrat de travail étant suspendu, les faits reprochés, en l'absence de tout acte de déloyauté, ne constituaient pas un manquement aux obligations résultant de ce contrat.

Une solution identique a été retenue dans un arrêt Soc. 21 mars 2000 Marino c/ sté Semitag (Bull. n° 115) qui concernait un salarié licencié pour faute grave au motif qu'il profitait d'un arrêt maladie pour travailler sur des marchés. Enfin, et dans la même logique, l'arrêt Soc. 27 juin 2000 Bertin c/ société Semitib (Bull. n° 249) énonce que les obligations du salarié à l'égard de la sécurité sociale tenant aux heures de sorties autorisées ne peuvent justifier le licenciement de l'intéressé dont le contrat de travail est suspendu en raison de la maladie, en sorte que le non-respect des heures de sorties ne constitue pas un manquement aux obligations du contrat de travail *dès lors qu'il n'est pas soutenu que le salarié a commis un acte de déloyauté.*

Cette réserve d'un acte déloyal est une constante de ces trois décisions. Il s'en déduit que le salarié reste tenu, même pendant la suspension de son contrat de travail, à une obligation de loyauté et qu'il peut être sanctionné en cas de manquement. Cette loyauté que doit le salarié à son employeur n'est qu'une application de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil qui dispose que les obligations doivent être exécutées de bonne foi.

Le manquement à l'obligation de loyauté pourra être évident en présence de certains actes positifs (dénigrement par exemple). Mais le salarié dont le contrat de travail est suspendu pourra-t-il être sanctionné pour son inaction, son inertie dans ses relations avec son employeur ?

La Chambre sociale s'est tout d'abord orientée vers une réponse négative dans une affaire où une salariée avait été licenciée pour avoir, au cours de son absence pour maladie, "coupé catégoriquement toute possibilité de contact avec ses collègues". Cette affaire a donné lieu à l'arrêt Soc. 15 juin 1999 Turpin c/ Caisse de congés payés du bâtiment du Haut-Rhin (Bull. n° 279) qui énonce que si la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté à l'égard de l'employeur, le salarié dispensé de son obligation de fournir sa prestation de travail, ne saurait être tenu, durant cette période, de poursuivre une collaboration avec l'employeur.

La Chambre sociale a précisé sa jurisprudence dans un arrêt rendu à l'occasion d'une affaire mettant en cause un salarié licencié pour faute grave, alors qu'il se trouvait en arrêt de travail pour maladie, au motif qu'il avait refusé de déférer à la demande de son employeur de restituer un fichier clients indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise. L'arrêt qui en résulte n° 515 FS-P Soc. 6 février 2001 société Laboratoires Dentoria c/ Bardagi en cours de publication au bulletin, précise dans un attendu de principe que *"la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident, si elle dispense le salarié de son obligation de fournir sa prestation de travail, de sorte qu'il ne saurait être tenu durant cette période de poursuivre une collaboration avec l'employeur, ne dispense pas le salarié, tenu d'une obligation de loyauté, de restituer à l'employeur qui en fait la demande, les éléments matériels qui sont détenus par lui et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise"*.

On perçoit bien aux travers de sa construction jurisprudentielle, le souci de la Cour de cassation de préserver le salarié, non seulement dans sa vie privée, mais plus largement dans tout ce qui touche à sa vie personnelle (cf. J.R. de la Tour "la vie personnelle du salarié : étude sur la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation" publié au rapport annuel de la Cour de cassation 1999 p. 191).

Même dans sa vie professionnelle, où pourtant c'est le lien de subordination hiérarchique qui prévaut, le salarié bénéficie d'une plage irréductible d'autonomie et de liberté et il ne pourra être sanctionné à l'occasion de l'exercice non abusif des droits qui en découlent. Cette protection se trouve consacrée à l'article L. 120-2 du Code du travail qui dispose "nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché". Cette terminologie a été reprise dans l'arrêt Soc. 14 décembre 1999 Pierre c/ société Sanijura (Bull. n° 488, précité) qui décide qu'en l'absence de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, les critiques, même vives, formulées par un cadre de haut niveau au sujet de l'organisation de l'entreprise, se rattachaient à sa liberté d'expression, à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

En sens inverse, en dehors des horaires de travail, le salarié ne se trouve plus sous l'autorité hiérarchique de l'employeur et les faits relevant de sa vie personnelle ne peuvent constituer une faute passible de sanction disciplinaire. Ce principe, affirmé dans un arrêt Soc. 16 décembre 1997 Bull. n° 441, supporte tout de même des limites. Ainsi, la Chambre sociale a

jugé qu'un salarié, auteur de violences inexcusables commises en état d'ébriété à un moment où il se trouvait en dehors du temps de travail, avait néanmoins commis une faute grave justifiant son licenciement dès lors que ces faits se sont déroulés au sein de l'entreprise qui l'employait : Soc. 28 mars 2000 Minereau c/ société du Casino de Royan (Bull. n° 127).

En revanche, le salarié placé en détention provisoire pour des infractions étrangères à la vie de l'entreprise ne peut être sanctionné pour ce fait qui relève de sa vie personnelle : Soc. 21 novembre 2000 société La Redoute c/ Oudina arrêt n° 4594 FS-P : *"le placement d'un salarié en détention provisoire, présumé innocent alors que l'obstacle mis à l'exécution du contrat de travail ne lui est pas imputable, entraîne la suspension du contrat de travail ; que la cour d'appel, ayant constaté que cette incarcération n'avait entraîné aucun trouble dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise a exactement décidé que ce fait de vie personnelle ne constituait pas une cause de licenciement"*. Le salarié ne pourra davantage être sanctionné au titre de son absence puisque la cause de celle-ci ne lui est pas imputable. Cependant, ainsi que le relève J.Y Frouin dans son commentaire de l'arrêt publié à la RJS 1/2001, cette décision réserve expressément le cas où l'absence du salarié désorganiserait l'entreprise, pour permettre, dans un tel cas, à l'employeur -à l'instar de la solution dégagée en matière de suspension du contrat de travail pour maladie (Soc. 16 juillet 1998, Bull. n° 394)- de licencier le salarié en se fondant sur la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé en raison de l'absence prolongée de ce dernier. Il s'agira alors d'un licenciement motivé par un fait non fautif tenant aux seules conséquences de l'absence.

Enfin, la portée de l'arrêt se trouve réduite, en l'état de sa rédaction, au cas de la *détention provisoire* pendant laquelle le salarié incarcéré est présumé innocent.

Une autre décision importante a été rendue par la Chambre sociale dans le cas d'un salarié licencié qui avait commis une faute grave (dénigrement de l'entreprise) en cours de préavis.

On sait que durant le préavis, le contrat de travail continue d'être exécuté et chacune des parties reste soumise aux droits et obligations qui découlent de la relation de travail. Il s'ensuit que le salarié qui commet une faute en cours d'exécution de son préavis peut valablement être sanctionné à ce titre par son employeur, lequel peut même, si la gravité du fait fautif le permet, mettre un terme immédiat à l'exécution du préavis en se prévalant d'une faute grave. La particularité de l'affaire dont a eu à connaître la Chambre sociale vient de ce que le salarié avait été, en l'espèce, dispensé de l'exécution de son préavis. Dans son arrêt Soc. 9 mai 2000 Bourgin c/ société Socogest (Bull. n° 171), la Chambre sociale énonce que *si la découverte ou la commission au cours du préavis d'une faute grave peut entraîner l'interruption de l'exécution de ce préavis, il en est autrement si le salarié a été dispensé de l'exécuter ; qu'en cas de dispense l'indemnisation du préavis lui est acquise*.

On citera encore deux arrêts :

- Soc. 22 février 2000 Lemay c/ association AISEP et association des papillons blancs, arrêt n° 1003 D. Le salarié travaillait pour deux associations dans le cadre de deux contrats de travail distincts. Licencié pour faute grave par une association, le second employeur licencie le salarié, également pour faute grave, à raison du premier licenciement. La Cour de cassation censure la cour d'appel qui avait admis la validité d'un tel licenciement en énonçant que la faute commise dans les rapports avec le premier employeur ne déteignait pas sur les rapports avec le second.

- Soc. 25 octobre 2000 Neret c/ société Spie Trindel (Bull. n° 4031 F-D) qui censure une cour d'appel qui avait admis le licenciement pour faute grave d'un salarié motivé par des faits liés à son activité d'entrepreneur et sans relation avec son activité salariée.

6) Le fait fautif ne doit pas avoir disparu à la date du licenciement

Par un arrêt n° 1940 D Soc. 2 mai 2000 Denis c/ société France Marine Chandlers la Chambre sociale a censuré une cour d'appel qui avait admis le licenciement d'une salariée motivé par son refus de remplacer une collègue alors que la salariée avait accepté de se plier à cet ordre lors de l'entretien préalable. Le refus antérieur ne pouvait, dès lors, plus servir de motif à un licenciement disciplinaire.

B. Le contrôle juridictionnel sur la gravité de la faute

En présence d'un comportement qu'il considère comme fautif, le chef d'entreprise va apprécier le degré de gravité de cette faute qu'il peut qualifier de légère, de grave ou de lourde, cette dernière qualification étant réservée aux situations dans lesquelles l'attitude du salarié traduit une volonté de nuire à l'entreprise. Cette volonté de nuire ne se résume pas au caractère intentionnel du comportement ; Soc. 6 juillet 1999 (Bull. n° 326) : dans cet arrêt, rendu à propos d'une employée de maison licenciée pour faute lourde motivée par un vol de numéraire, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe que *"si le délit de vol comporte un élément intentionnel, celui-ci n'implique pas, par lui-même, l'intention de nuire à l'employeur"*.

Il n'existe, en l'état des textes, aucune définition légale de la faute grave, les dispositions du Code du travail relatives tant au contrat à durée indéterminée qu'au contrat à durée déterminée prévoyant seulement les conséquences de cette faute qui sont particulièrement sévères pour le salarié fautif puisqu'une faute grave ou lourde autorise l'employeur à rompre immédiatement le contrat de travail du salarié sans lui verser la moindre indemnité.

La faute grave a fait l'objet d'une définition jurisprudentielle avec l'arrêt Soc. 26 février 1991 (Bull. n° 97) qui la définit comme la faute résultant d'un fait ou d'un ensemble de faits imputable au salarié, constituant une violation des obligations du contrat de travail ou des relations de travail, d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Cette définition a évolué et la faute grave est désormais celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis.

Il découle de cette définition que si l'employeur licencie disciplinairement un salarié tout en lui permettant d'effectuer son préavis, il ne sera pas recevable à se prévaloir d'une faute grave.

Il en va de même en matière de contrat à durée déterminée. La faute grave qui autorise la rupture avant son terme normal d'un contrat à durée déterminée, en application de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Là encore, l'employeur ne pourra pas s'en prévaloir s'il a autorisé la poursuite - même très temporaire - de la relation de travail et il devra verser au salarié des dommages et intérêts pour rupture anticipée du contrat à durée déterminée.

La qualification de faute grave ou de faute lourde retenue par l'employeur peut être remise en cause devant les juges du fond qui peuvent disqualifier cette faute en faute simple et rétablir, en conséquence, le salarié dans son droit aux indemnités de rupture.

La Cour de cassation exerce un contrôle sur la notion de faute et ce contrôle a sensiblement évolué avec le temps. Si, dans un premier temps, la Cour de cassation procédait à un contrôle rigoureux de la faute grave afin de réagir contre une tendance des juridictions du fond de retenir trop facilement cette qualification, elle a ensuite notablement allégé son contrôle après avoir constaté que son message jurisprudentiel avait été entendu.

Ce contrôle se limite désormais à la vérification de la motivation et des déductions juridiques par rapport aux situations de fait.

Il arrive, cependant, dans certains cas limites que la Cour de cassation, en présence de faits présentant un certain degré de gravité, casse néanmoins des décisions qui retenaient la faute grave, cela en se fondant sur certaines situations objectives justifiant la modération.

1) L'ancienneté du salarié

L'ancienneté du salarié est retenue par la Cour de cassation comme un élément atténuant la gravité de sa faute et permettant la disqualification de la faute grave en faute simple. Il s'ensuit alors que le salarié licencié bénéficiera des indemnités de préavis et de licenciement.

- Soc. 3 juin 1997 Gouhet Guichot c/ Le printania arrêt n° 2408 D : *le fait isolé, pour une veilleuse de nuit totalisant plus de 14 années d'ancienneté et n'ayant jamais fait l'objet de reproches pour des faits similaires, de s'endormir momentanément pendant son service, ne peut suffire à caractériser un manquement rendant impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et n'est donc pas constitutif d'une faute grave ;*

En réalité, dans cette affaire, il ressortait du dossier que l'employeur cherchait par tous les moyens à évincer la salariée (ancienne déléguée syndicale) et lui avait tendu un véritable piège pour se constituer un motif de rupture.

L'ancienneté du salarié pourra atténuer la gravité y compris d'agissements frauduleux ou susceptibles d'une qualification pénale :

- Soc. 22 février 2000 Dudot c/ sté Niro Kestner arrêt n° 1001 D dans lequel la Cour de cassation censure un arrêt qui avait retenu la faute grave d'un salarié qui se faisait rembourser ses frais de déplacement suivant le barème applicable aux véhicules d'une puissance fiscale de 11 chevaux alors qu'il utilisait un véhicule de 5 chevaux : *qu'en statuant ainsi, à l'égard d'un salarié justifiant d'une ancienneté de plus de 30 années et qui n'avait fait l'objet d'aucun grief, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé un manquement rendant impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis, a violé les articles L. 122-6 et L. 122-8 du Code du travail.*

- Soc. 18 juillet 2000 société Elf c/ Roméo arrêt n° 3471 FS-D qui décide que la tentative d'obtention de commissions indues de la part d'un salarié totalisant 24 années d'ancienneté n'est pas constitutive d'une faute grave.

2) La légèreté blâmable de l'employeur

Soc. 14 mai 1997 sté Accor c/ Joulot arrêt n° 2059 D : la salariée avait été licenciée pour faute grave pour avoir refusé de se soumettre à un changement de poste n'entraînant pas de modification de son contrat de travail. Effectivement, le changement des conditions de travail s'impose au salarié qui commet une faute grave (en principe) s'il refuse de s'y soumettre. Mais, en l'occurrence, les juges du fond ont relevé un usage abusif par l'employeur de son pouvoir de direction à l'effet de provoquer le départ de la salariée : il en résulte que le licenciement intervenu dans ces conditions est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

C. Le contrôle juridictionnel sur la sanction

1) La qualification de sanction

Le juge n'est pas lié par la qualification donnée par l'employeur à une mesure prise à l'égard d'un salarié. En présence d'une mesure que l'employeur n'avait pas présentée comme une sanction, le juge conserve la possibilité, après avoir constaté que cette mesure présente la nature juridique d'une sanction au sens de l'article L. 122-40 du Code du travail, de la requalifier en ce sens ; Soc. 19 avril 2000 société SICO c/ Lechevalier arrêt n° 1743 D : il s'agissait d'une salariée qui avait été licenciée pour faute grave et qui soutenait que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, par application de la règle *non bis in idem*, puisqu'elle avait déjà été sanctionnée pour cette faute par une mise à pied. L'employeur s'opposait à sa demande en faisant valoir que la mise à pied avait été prise à titre conservatoire, conformément au dernier alinéa de l'article L. 122-41 du Code du travail. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui, ayant relevé que la mise à pied avait été notifiée par un courrier ne comportant aucune référence explicite à l'éventualité d'un licenciement pour faute grave et que cette mesure n'avait pas été immédiatement suivie de l'engagement d'une procédure de licenciement, avait décidé que la mise à pied présentait le caractère d'une sanction disciplinaire, en sorte que la salariée ne pouvait être sanctionnée deux fois pour les mêmes faits.

2) Le contrôle de la proportionnalité de la sanction

Le juge tient de l'article L. 122-43 du Code du travail le pouvoir d'apprécier si la sanction disciplinaire infligée au salarié n'est pas excessive au regard de la faute commise. Ce contrôle de la proportionnalité de la sanction ne doit pas être confondu avec celui de la gravité de la faute mais, souvent, se superposera avec lui.

Un arrêt n° 4489 FS-P, Soc. 14 novembre 2000 Roche c/ Guillaumin en cours de publication au bulletin, précise le domaine de ce contrôle que le juge peut exercer *dans tous les cas où une sanction disciplinaire, autre qu'un licenciement, est prononcée.*

Il ne faut pas déduire de cet arrêt que le contrôle de la proportionnalité de la sanction est exclu en matière de licenciement. Même en ce domaine, le juge conserve la possibilité d'apprécier si cette sanction est proportionnée à la gravité de la faute commise. Mais les

conséquences juridiques d'une éventuelle disproportion seront ici différentes de celles encourues si la sanction avait été d'une autre nature.

En application du deuxième alinéa de l'article L. 122-43, le juge peut annuler une sanction disproportionnée à la faute ; mais il lui est interdit de se substituer à l'employeur pour infliger la sanction qui lui semble adéquate.

En revanche, en matière de licenciement, le troisième alinéa de l'article L. 122-43 exclut l'annulation. La sanction de la disproportion se situe ici sur le terrain pécuniaire puisque le licenciement, à défaut d'être justifié compte tenu de la légèreté de la faute, sera déclaré dépourvu de cause réelle et sérieuse et entraînera l'octroi de dommages et intérêts venant s'ajouter aux indemnités de rupture.

3) Le contrôle des modalités de mise à exécution de la sanction

La sanction -même lorsqu'elle est justifiée- ne doit pas être infligée dans des conditions vexatoires, brutales, dégradantes. Le chef d'entreprise qui procéderait de la sorte s'expose au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice, essentiellement moral, qu'un tel comportement cause au salarié (Soc. 7 mars 2000 Diratzouian c/ sté Beci arrêt n° 1263 D ; également Soc. 19 juillet 2000 Lejosne c/ société Brent, Bull. n° 306).